



Adopción: Seguridad jurídica e interés superior del menor

Jornada

Fundación Æquitas

Congreso de los Diputados

Coord. Jesús López-Medel



Fundación Æquitas





Adopción: Seguridad jurídica e interés superior del menor

Jornada

Fundación *Æquitas*

Congreso de los Diputados

Coord. Jesús López-Medel



Fundación Æquitas

**Jornada Fundación Æquitas
Congreso de los Diputados**

Director: Jesús López-Medel Báscones
Diputado y Patrono de Æquitas

Secretarias: Blanca Entrena Palomero
Notaria y Coordinadora de Æquitas
Almudena Castro-Girona Martínez
Notaria y Directora de Æquitas

Colección LA LLAVE, n.º 5, dirigida por Blanca Entrena Palomero y
Almudena Castro-Girona Martínez

Edición: Marzo, 2009

Edita: ©Fundación Æquitas.
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 Madrid
www.aequitas.org

Para la presente edición: © Obra Social Caja Madrid
Plaza de Celenque, 2
28013 Madrid

Diseño, preimpresión e impresión: Jacaryan, S.A.

ISBN: 978-84-692-1561-6

Depósito legal: M-16614-2009

Introducción	11
Presentación	15
• Dña. Almudena Castro-Girona Martínez <i>Directora de la Fundación Æquitas</i>	17
• D. Jesús López-Medel Báscones <i>Director de la Jornada</i>	19
• Dña. María Luisa Cava de Llano <i>Adjunta Primera del Defensor del Pueblo</i>	23
• D. Luis Calvo Merino <i>Subsecretario del Mº de Asuntos Exteriores y de Cooperación</i>	28
La Ley de Adopción Internacional: Una nueva esperanza	
• Dña. Pilar Blanco-Morales Limones <i>Directora General de los Registros y del Notariado</i> <i>Catedrática de Derecho Internacional Privado</i>	35
• D. Javier Carrascosa González <i>Profesor Titular de Derecho Internacional Privado</i>	35
Mesa 1:	
Adopción internacional: Dos experiencias vitales	
• Presentación: D. Jesús López-Medel Báscones <i>Director de la Jornada, Diputado y Patrono de la Fundación Æquitas</i> ...	69
• Dña. Margarita Sáenz-Diez Trías <i>Periodista</i>	70
• Dña. Pilar Cernuda <i>Periodista</i>	75

Mesa 2:

Entidades públicas y entidades colaboradoras

- Presentación: Dña. Gador Ongil Cores
Consejera de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid ... 85
- D. Arturo Canalda González
Defensor del Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid 87
- D. Antonio Llorente Chala
Presidente de la Federación Española de ECAIs 95
- Dña. Carmen Cano García
Representante de la Federación Interautonómica de Entidades Colaboradoras (FIDECAI) 102

Mesa 3:

Capacidad, requisitos y obligaciones

- Presentación: D. Benigno Varela Autrán
Magistrado del Tribunal Supremo y Patrono de Æquitas 109-123
- D. Pedro Garrido Chamorro
Notario 110
- D. Félix Pantoja García
Vocal del Consejo General del Poder Judicial 124

Mesa 4:

Patria potestad, desamparo y protección del menor: Normas sustantivas y procedimentales

- Presentación: Dña. Carmen González Madrid
Jefe del Gabinete del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid ... 131
- D. Francisco Serrano Castro
Juez de Familia de Sevilla 138
- Dña. Nuria López-Mora González
Fiscal TSJ de Madrid y Patrona de Æquitas 167

Mesa 5:**Valoración global del proyecto por las organizaciones sociales**

- Presentación: D. Mario Bedera Bravo
Diputado. Ponente de la Ley de Adopción Internacional 177
- D. Juan Antonio Vallés Brau
Vocal del Consejo Consultivo de Adopción Internacional 180
- D. Ramón Rotger Canet
Miembro del Comité Ejecutivo de CORA 191
- Dña. Mar Calvo Cortés
Presidenta DAGA 197

Clausura:

- D. Juan Bolás Alfonso
Notario y Patrono de la Fundación Æquitas 207
- D. Jesús López-Medel Báscones
Director de la Jornada, Diputado y Patrono de la Fundación Æquitas 211
- Dña. Amparo Valcarce García
Secretaria de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad 213

La Fundación *Æquitas* es una entidad social dedicada a impulsar el desarrollo de los sectores más necesitados de promoción y desarrollo. Aplica así –y con toda intensidad– su atención a sectores como las personas con discapacidad, mayores o las que, en general, se encuentran en cualquier situación de dependencia, los inmigrantes, víctimas de la violencia doméstica, etc.

Entre estos ámbitos a los que se dirige la acción de la Fundación está, también, la protección de la infancia, como uno de los grupos sociales que han de requerir una atención importante por los poderes públicos y los agentes sociales. Singularmente la referida a los niños/as que, por sus circunstancias, pueden requerir una atención o protección adicional por encontrarse en situación de riesgo, desamparo, etc o con necesidades especiales tanto material como afectivamente.

De hecho, una mayor conciencia de atender a estas pequeñas personas ha hecho que, por diversos motivos, cada vez más familias –también monoparentales– decidan acoger o/y adoptar un niño/a que sin ser biológicamente suyo va a encontrar un hueco no sólo en su hogar sino también en su corazón. La experiencia dice que, aún contando que no es tarea fácil, se van entretejiendo unos vínculos de amor muy especiales entre quienes integran una familia unida no ya por los importantes nexos sanguíneos sino también por los no menos importantes vínculos del corazón.

Precisamente en España se está viviendo esa experiencia de modo creciente cuando, tras estos últimos diez o quince años, nos hemos convertido en el país del mundo con más adopciones en proporción a la población o en el segundo, tras Estados Unidos, en cifras absolutas.

Todo este fenómeno requeriría la adecuación de la normativa española que fuese aprovechada también como ocasión para mejorar algunas prácticas por parte de los diversos actores que intervienen en un proceso de adopción o acogimiento.

La elaboración de una ley es algo en lo que, además de los gobiernos y de los Parlamentos, cada vez se da más valor al principio de participación de la sociedad y los agentes sociales.

Esto, a veces, se canaliza a través de comparencias institucionales de los expertos en las materias de que trate el texto normativo. En otros casos, a través

de cauces en los cuales se permite dirigir la voz a quienes van a hacer que un proyecto de ley se convierta en norma jurídica vigente. El valor no sólo político sino también práctico de las aportaciones que estos interlocutores hacen es creciente y cada vez más ponderado.

En la elaboración de la tan esperada Ley de Adopción Internacional la Fundación Æquitas no podía estar ausente. Precisamente desde la responsabilidad y compromiso con este sector de la infancia promovimos la celebración de un foro de reflexión sobre esta iniciativa.

Conscientes del valor del Parlamento como órgano de representación de la soberanía popular y de que había de aprobarse por las Cortes el texto que como proyecto de ley enviaría el Ejecutivo, organizamos con la colaboración del Congreso y precisamente en sede parlamentaria una intensa Jornada de trabajo, reflexión, interlocución y escucha. La Jornada, diseñada con meses de antelación, coincidiría en que se celebraría la víspera de vencer uno de las prórrogas para presentar enmiendas. Eran, octubre de 2007, los momentos finales de una legislatura muy complicada donde el desencuentro político no sólo en cuestiones de Estado sino también en casi todos los asuntos era una constante. En aquel momento final, apurando las posibilidades temporales de aprobarse en un parlamento que se disolvería en dos meses, no estaba muy clara la viabilidad de que prosperase el texto enviado por el Gobierno, al igual que estaba en duda el apoyo de la oposición la cual se plantearía muy seriamente el presentar una enmienda a la totalidad. Eso era algo que estaba en la mente de todos los que pasamos un día muy cargado de trabajo- y también de emociones- intentando que la Jornada fuese fructífera.

Y, sin duda, lo fue. Sirvió, en primer lugar, para mostrar claramente el completo acuerdo de todos los sectores implicados en el sentido de que era una norma muy necesaria y cuya mera existencia ya era digna de valorar de modo positivo. Pero también sirvió para que desde la idea de que era mejorable el texto, hubiese una lluvia de ideas que luego, en forma de enmiendas, contribuirían a mejorarlo como así fue.

En este libro se recoge lo expresado en esta Jornada y constituyen sus textos una aportación fundamental para que cualquier interesado en el tema pueda conocer materiales que englobando ideas y reflexiones ayudan a entender mucho mejor lo recogido en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional que llegaría a ser la última Ley aprobada en esa legislatura.

Algunas de las intervenciones aparecen, debidamente corregidas, en la forma en que fueron entonces expuestas. Otras han sido reelaboradas, desde las mismas ideas expresadas, tras haberse publicado la norma jurídica en el Boletín

Oficial del Estado. Pese al tiempo transcurrido, todas ellas mantienen su frescura y su sentido práctico tras la entrada en vigor de la Ley, tanto las dictadas por los expertos y los agentes sociales como las reflexiones que fueron hechas desde una clave puramente vital y emotiva desde la experiencia personal.

Todos estos materiales indispensables para conocer mejor de Ley de Adopción Internacional verán ahora la luz desde el interés y el compromiso con estos sectores de Obra Social Caja Madrid, a la cual expreso mi gratitud.

El hecho de que en el Senado se haya constituido en el 2009 una Comisión especial para el seguimiento de la aplicación de la Ley es algo muy positivo y que habla muy bien de la responsabilidad de sus promotores, algunos de los cuales, ahora miembros de la Cámara Alta, participaron activamente en la elaboración de la Ley 54/2007 y, también, en esta Jornada que, con el frontispicio de la seguridad jurídica y el interés superior del menor, fue promovida por la Fundación *Æquitas*.

JESÚS LÓPEZ-MEDEL
Miembro del Patronato de *Æquitas*
Director de la Jornada

Presentación

Almudena Castro-Girona Martínez

Jesús López-Medel Báscones

María Luisa Cava de Llano

Luis Calvo Merino

Almudena Castro-Girona Martínez

Notaria y Directora de la Fundación Æquitas

Buenos días,

Estoy aquí en nombre de nuestro presidente, José Marqueño de Llano, que se disculpa ya que, por motivos de agenda, le ha sido imposible venir aunque su interés en esta materia es muy grande y me ha solicitado que les transmita tanto su agradecimiento como su apoyo en el estudio de la seguridad jurídica en el ámbito de la adopción internacional, que es lo que nos trae a todos aquí.

Deseo expresar mi agradecimiento al Congreso de los Diputados por habernos acogido en su casa, agradecimiento a Jesús López-Medel, director de la Jornada, por el tiempo que ha dedicado a la organización de la misma, a mis compañeros de mesa, Luis Calvo Merino y María Luisa Cava de Llano, por estar aquí y mostrar el apoyo y el convencimiento, también, en esta materia tan humana.

La principal intención, en relación con lo que es el ámbito de la Fundación Æquitas, es crear un foro de debate, de reflexión, de discusión en una materia tan sensible como es la adopción y el acogimiento internacional donde hay dos intereses fundamentales: por un lado, la seguridad jurídica y, por otro, el interés y la protección de la persona, en este caso del menor.

La Fundación se constituyó en el año 1999. Como señala el artículo quinto de sus estatutos, “La Fundación Æquitas tiene como fin esencial la prestación de ayuda y colaboración para potenciar el desarrollo y efectividad de los derechos de las personas que, sea por razones de edad o por enfermedad física o psíquica, sea por pertenecer a determinados colectivos menos favorecidos, están necesitadas de protección y ayuda”. Por ello, la Fundación tiene fundamentalmente entre otros campos de actuación:

a) El estudio, la elaboración de informes para colaborar y, en su caso, impulsar, en las necesarias reformas legislativas, así como la organización de seminarios, foros y conferencias en torno a la mejora de la normativa vigente en estas materias, objetivo precisamente de esta Jornada.

b) El asesoramiento gratuito, tanto a los ciudadanos que lo precisen como a las instituciones dedicadas a los mismos objetivos, que se articula, entre otras formas, a través de nuestro consultorio jurídico *on line* desde nuestra página web, www.aequitas.org.

La Fundación comenzó su actividad centrándose en los incapaces y los incapacitados, pero posteriormente ha ido ampliando notablemente su ámbito interesándose por otros colectivos como los de las personas afectadas por enfermedades irreversibles (Alzheimer, Afasia...); mayores y menores; (y, en general, las llamadas “personas dependientes”); inmigrantes y sin papeles, lo que podríamos denominar como sectores vulnerables de la sociedad, y hoy, nos centramos en los niños.

Muchas gracias, también, finalmente, a ustedes por su presencia.

Jesús López-Medel Báscones

Director de la Jornada

Como Diputado del Congreso, sean mis primeras palabras para darles a todos ustedes la bienvenida a esta Casa. Aquí radica la representación de la soberanía popular y quiero destacar la importancia y el valor de que esta Jornada se celebre en sede parlamentaria.

Hace unos años, tan sólo 11, a un Presidente de la Cámara se le ocurrió la idea de abrir las puertas del Congreso a los ciudadanos haciéndolo coincidir con la fecha de la aprobación por referéndum de la Constitución del 6 de diciembre. Desde entonces, esas jornadas de puertas abiertas se celebran con gran éxito y quiero destacar un hecho importante: Quienes en esas fechas visitan las dependencias del Congreso acceden por la puerta grande que está situada entre los dos leones. Esta puerta nunca se abre para nadie más, ni siquiera para los diputados. Únicamente hay una excepción, sólo hay alguien que la utiliza, al menos, una vez cada cuatro años, al iniciarse la legislatura: el Rey, el Jefe del Estado como símbolo de unidad y permanencia de éste en un sistema político que nuestra Constitución califica como de Monarquía Parlamentaria.

El hecho de que, junto al Jefe del Estado, también el pueblo pueda acceder en tal fecha por esa puerta tiene una significación evidente que quiero resaltar. En los últimos años esta institución, el Parlamento, se ha ido abriendo más y más a la sociedad, siendo muy frecuente que, en la elaboración de leyes, comparezcan ante la comisión competente personas expertas en la materia que aportan reflexiones, ideas y propuestas de un modo directo, de un modo oficial y, también, de un modo público constando, incluso, en el Diario de Sesiones. Esto no se ha hecho con esta Ley, sin perjuicio de que algunos Grupos y algunos parlamentarios ponentes hayan actuado con gran responsabilidad y sensibilidad a la hora de reunirse privadamente con algunos de los sectores sociales implicados. Por eso tiene especial valor esta Jornada.

Este encuentro, organizado por la Fundación Æquitas en colaboración con el Congreso de los Diputados, viene a dar voz en sede parlamentaria a quienes tienen que decir, y mucho, lo que esta materia debe recoger en la ley que se está tramitando actualmente.

Manifestación, también, de apertura de esta Cámara es la frecuente realización de eventos, como el que ahora comenzamos, en los que la iniciativa del denominado tercer sector –fundaciones y asociaciones– recibe acogida en las Cortes.

La Jornada que ahora celebramos es, sin duda, oportuna. El proyecto de ley fue remitido al Congreso poco antes del verano del 2007 y con un tiempo ajustado para que pudiera ser aprobado en lo que restaba de legislatura. Inicialmente se acordó que se tramitase por el procedimiento de urgencia. No obstante, han sido abundantes las prórrogas para presentar enmiendas haciendo que estemos ya al borde del límite temporal para que, realizando un esfuerzo, si hay voluntad por parte de todos, podamos tener al finalizar la legislatura la Ley de Adopción Internacional.

El proyecto de ley es evidentemente mejorable, pero es, también, sin duda, un buen punto de partida para que pueda darse un mejor tratamiento a algunos aspectos que se contienen en el texto remitido. En todo caso, he de decir que mi valoración positiva del texto con carácter general es clara; ya sólo la existencia del proyecto y la oportunidad de que tengamos en España una Ley de Adopción Internacional es claramente un hecho importante.

Quiero recordar que hace 7 años estuve trabajando con gran esfuerzo e intensidad –y hay aquí algunas personas que comparecieron en su momento–, en una comisión específica creada en el Senado dedicada precisamente a este tema. Y entre las conclusiones, que fueron aprobadas por unanimidad, estaba la necesidad de elaborar una Ley de Adopción Internacional. Ahora que ya está aquí, aprovechemos el texto para mejorarlo. Mañana acaba la que será –así lo deso– la última prórroga.

Confío y deseo que el sentido común, la responsabilidad y el interés general primen sobre intereses estrictamente partidistas.

Precisamente van a ser personas muy cualificadas quienes nos digan qué aspectos positivos contiene el texto, pero también aquellos que deben ser reformados o modificados. Escuchemos a esas personas y procuremos aprender de ellas.

Están aquí representantes de los tres Ministerios que han elaborado el proyecto de ley: Justicia, Exteriores y Trabajo, a través, respectivamente, de la Directora General de los Registros y del Notariado, del Subsecretario de Exteriores a quien agradezco particularmente su presencia y el gran trabajo que el área de consulares ha hecho en esta materia y también la Secretaria de Estado de Asuntos Sociales, Discapacidad y Familia.

Junto a ellos estarán las Administraciones competentes para gestionar las adopciones como son las Comunidades Autónomas a través de la presencia de la Consejera de Familia y Asuntos Sociales de Madrid.

Igualmente, contamos con organismos encargados de velar por los derechos fundamentales, particularmente, de los más débiles y, en ese sentido, además

del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, también está la representación del Defensor del Pueblo con su Adjunta Primera, María Luisa Cava de Llano, a la cual, desde hace muchos años, profeso gran admiración y afecto y ha hecho un esfuerzo para estar también aquí.

Asimismo, contamos, y por partida doble, con la voz de las ECAIs, o agencias de adopción, que son organismos fundamentales en la intermediación como entidades colaboradoras de las Administraciones. La presencia de expertos jurídicos nos dará, igualmente, elementos de reflexión. Un representante muy cualificado del Consejo General del Poder Judicial, un representante del Ministerio Fiscal, un Juez de familia especialmente comprometido en estas materias, una Catedrática de Derecho Internacional Privado y un Notario, también experto, que ha escrito trabajos y libros sobre el tema de acogimiento y adopciones. Junto a ellos está la presencia de un Diputado ponente de la Ley y, también, estarán con nosotros varios representantes de las asociaciones de padres y madres; todos ellos, desde su experiencia y compromiso de ayudar y asesorar a otros, son voces especialmente cualificadas.

Éste es el elenco de personalidades que, en un solo día de gran intensidad, nos permitirán tener una visión bastante completa, casi diría que como un calidoscopio, de la institución jurídica y de la institución social que son la adopción y el acogimiento. Como Director del Curso, es un gran honor el haber podido contar con personas tan valiosas y cualificadas y que, además, respondieron con gran entusiasmo a la invitación que, en su momento, les formulé en nombre de la Fundación *Æquitas*.

Aunque yo no sea uno de los ponentes parlamentarios de la Ley, no puedo ni quiero olvidar que durante muchos años tuve la oportunidad de impulsar en el Congreso estos temas, fundamentalmente en lo que se refiere a la equiparación e igualdad de derechos entre los hijos biológicos y adoptivos.

Soy padre adoptivo de tres hijos: Francisco, Luis y María. Además de las implicaciones personales que ello conlleva, también me ha dado la responsabilidad de involucrarme frecuentemente en estos temas e intentar, desde mi condición de diputado, hace ya casi 12 años, impulsar medidas que respondiesen en esta materia a los principios de justicia e igualdad.

Además, no quiero dejar de recordar cómo apenas tres meses después de acceder al Congreso en 1996 le formulé en una sesión del Pleno una pregunta al Ministro de Trabajo de entonces, Javier Arenas, interpeándole su opinión acerca de si consideraba razonable que una madre adoptiva de un niño de más de 10 meses –era el caso de mi mujer– sólo dispusiera de un permiso de maternidad de 6 semanas y no de 16 para atender a su hijo como disponían las madres

biológicas. Ésa y otras discriminaciones pudimos removerlas en el tiempo con el esfuerzo de muchas personas implicadas.

He tenido la suerte de ser ponente de más de 30 leyes, especialmente en las dos legislaturas precedentes. Sin embargo, de los trabajos que me siento más feliz y donde he podido justificar con más intensidad mi dedicación y vocación política ha sido en el impulso de medidas sociales destinadas a los sectores más desfavorecidos, particularmente del ámbito de la discapacidad y, también, en lo que se refiere a la adopción.

En ésta lo que tiene que prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo, todos ellos concurrentes, es el interés del menor. Los intereses de las familias biológicas y los intereses de las familias acogedoras son, sin duda, dignos de respeto y consideración pero, subrayo que, por encima de todos ellos, tiene que prevalecer el interés superior del menor como ya recogió la Ley de 1996, pero que es preciso reforzar y potenciar y, en este sentido, el proyecto de ley creo que lo hace. Ésta es, sin duda, una de las prioridades de la Ley, como antes ha dicho Almudena Castro-Girona; de ahí que figure en el título de la Jornada.

Junto a ello, también, figura una referencia a otro aspecto básico cual es el de potenciar en los procesos de adopción internacional, pero, también, en los nacionales, la seguridad jurídica. Ésta es siempre una labor fundamental de los notarios, lo que enlaza muy bien con lo que la Fundación *Æquitas* -de la cual me siento muy honrado de formar parte del Patronato- viene desarrollando con gran intensidad en varios ámbitos.

Concluyo ya, agradeciéndoles a todos ustedes su presencia aquí, expresión de su interés, de su sensibilidad y, también, de su compromiso por estos temas que nos convocan. Debo expresar mi gratitud, igualmente, a los intervinientes y ponentes y a las dos secretarías del Curso, Almudena Castro-Girona y Blanca Entrena, al igual que al personal de la Fundación, particularmente Carmen Robles, el apoyo y la dedicación que, desde el primer momento, han aplicado.

Deseo que sean fructíferas, que los moderadores también faciliten la participación de los asistentes en el público, que tengamos un buen día y que la Ley de Adopción Internacional sea pronto una realidad. Muchas gracias.

María Luisa Cava de Llano

Adjunta Primera del Defensor del Pueblo

Muchas gracias a todos por su presencia. Un saludo especial a los compañeros de mesa y especialísimo a mi buen amigo Jesús López-Medel, con quien tuve la satisfacción de compartir durante varias legislaturas trabajos parlamentarios en esta Casa y donde brotó una amistad que perdura, aunque yo no siga aquí, y que seguirá perdurando hasta el final de nuestros días, porque son muchos los puntos de unión que tenemos sobre abundantes temas.

Simplemente voy a dar una pincelada de lo que vemos desde el Defensor del Pueblo sin entrar en un examen exhaustivo del proyecto de Ley porque no soy ponente y porque, entiendo, que la intervención del Defensor del Pueblo debe ser a posteriori, una vez que la ley sea aprobada. Como saben ustedes, el Defensor del Pueblo es un sujeto legitimado para la interposición de recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, cualquier adelanto, cualquier fijación en un proyecto de ley hasta que es Ley, hasta que pasa toda la fase de enmiendas, me parece que no es lo que debe ser, sino que se debe esperar. Pero eso no quita para darles unas pinceladas de los fallos que hemos visto en el tema de adopción internacional por parte de nuestra Institución para que ustedes, sobre todo los que son Diputados, puedan en esa fase de enmiendas mejorar un texto que, como ha dicho Jesús López-Medel, es manifiestamente mejorable pero que, evidentemente, supone un punto de partida que debemos todos acoger con ilusión para defender a esos menores que están desprotegidos.

La sensibilidad colectiva en materia de desprotección de la infancia ha ido alcanzando cada vez un mayor desarrollo en los países occidentales hasta convertirse en una de las preocupaciones prioritarias de nuestras sociedades modernas. Durante las últimas décadas el discurso normativo que ha tenido la legislación sobre menores ha supuesto un cambio notable en la manera de entender las necesidades de esos menores. Pero esta afirmación, que es válida hoy y con la que todos estamos de acuerdo, no siempre ha tenido la misma vigencia. La Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en el año 1959 significó el inicio de un largo recorrido que culminó, después de 30 años de obstáculos, con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 que fue ratificada por más de 170 Estados. Estas dos normas y otras de carácter supranacional, nacional o regional, que han ido promulgándose a la sombra de aquélla, han supuesto un progreso significativo en la determinación de los derechos de los menores

y han contribuido, de forma decisiva, a mejorar la situación de los niños y de los jóvenes.

En nuestro país, esta mejora en las condiciones de vida ha sido considerable y se han adoptado importantes medidas de protección y atención que han llegado a configurar una trama legislativa adecuada para el desarrollo de la infancia. Sin embargo, es preciso reconocer que, a pesar de ese avance, siguen produciéndose situaciones en las que se vulneran los derechos de los más jóvenes. Basta, sencillamente, repasar la prensa diaria para darse cuenta de que persisten situaciones que afectan muy negativamente a los menores y que todavía no han podido resolverse.

Como dato escalofriante, en los últimos diez años aproximadamente dos millones de niños fueron asesinados con motivos de guerras, casi 5 millones quedaron impedidos o mutilados, 12 millones perdieron sus hogares y fueron separados de sus padres. Estos terribles episodios como la explotación infantil, los niños sometidos a la esclavitud o a la prostitución o los que son víctimas de tráfico de órganos forman parte, por desgracia, de nuestra historia cotidiana y deben invitarnos a actuar con determinación en forma urgente para comprometernos en la defensa y protección de los derechos del niño.

Por eso, la convocatoria de actividades como la Jornada de hoy, que va a ser un auténtico foro de reflexión entre todos nosotros, es considerada por la Institución del Defensor del Pueblo como un paso muy importante para seguir avanzando en la mejora de las condiciones de vida de los niños y en la protección de sus derechos. En la vertiente de las garantías compete de forma especial al Defensor del Pueblo la protección de los derechos fundamentales de los menores y la supervisión de las actuaciones de toda la Administración pública y de sus agentes no sólo para que se respete sino, también, para que se desarrolle la protección de los menores.

El artículo 54 de la Constitución define al Defensor del Pueblo como el alto Comisionado de las Cortes Generales para la defensa y tutela de los derechos fundamentales, que no son más que los derechos humanos. Y, en aras a esa protección, a esa garantía no jurisdiccional, se nos confiere poder para controlar a las Administraciones Públicas, sea la Administración central, la autonómica, la local o las empresas públicas.

Según el artículo 10 de nuestra Constitución, el Defensor del Pueblo está obligado a interpretar las normas relativas a esos derechos fundamentales que reconoce la Constitución, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con todos los tratados y acuerdos internacionales que han sido ratificados por España. Pero es que, además de ese artículo 10, el art. 39.4

CE reitera de forma expresa que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. De la aplicación conjunta de estos dos preceptos constitucionales, la Convención de los Derechos del Niño se ha convertido en un instrumento absolutamente indispensable para el Defensor del Pueblo en el desarrollo de la misión que se nos ha encomendado en relación con la salvaguardia de los derechos de la infancia.

Por tanto, desde la referencia de dicha Convención, vamos a abordar el tema que hoy nos convoca relativo a la adopción internacional de menores haciendo un breve repaso de alguna de las actuaciones más significativas llevadas a cabo por la institución del Defensor del Pueblo en esta materia.

De acuerdo con los datos que han sido divulgados por la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad del Ministerio de Trabajo, España se ha convertido en el primer país del mundo en adoptar niños de otros Estados. En los sucesivos informes anuales que venimos presentando en el Congreso de los Diputados y en el Senado hemos manifestado cada año distintos problemas en relación con las adopciones internacionales, que confiamos sean abordados en la tramitación del proyecto de ley que actualmente se está debatiendo.

Entre estos problemas destacan las demoras en la emisión del certificado de idoneidad que sigue siendo la cuestión que suscita un mayor número de actuaciones por parte del Defensor del Pueblo, al depender lógicamente su concesión del adecuado funcionamiento de nuestras Administraciones. En algunas Comunidades Autónomas las demoras en la valoración de la idoneidad están superando ampliamente el plazo de seis meses establecido para dictar resolución.

En otros casos, desde el Defensor del Pueblo hemos estimado conveniente formular a la consejería competente un recordatorio de la obligación que le impone el art. 42 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de resolver en tiempo y forma los procedimientos administrativos y notificar a los interesados las resoluciones correspondientes y también del deber que, conforme al art. 41 de la misma Ley, incumbe a los titulares de las unidades administrativas de arbitrar medidas para remover los obstáculos que impiden, dificultan o retrasan el ejercicio de los derechos de los interesados o el respeto de sus intereses legítimos disponiendo de lo necesario para eliminar toda anomalía en la tramitación del procedimiento.

Por otra parte, cuando las denuncias hacen referencia a problemas que surgen en el país de origen de los menores, la posible actuación del Defensor del Pueblo se encuentra muy limitada; por ello, debe incidirse en la responsabilidad que incumbe a las entidades colaboradoras de adopción internacional, en

este caso a las ECAIs, ya que, si bien no tienen capacidad decisoria, sí deben orientar y asesorar adecuadamente a las familias que se encuentran en un país desconocido en el que a menudo ni siquiera entienden el idioma y necesitan para efectuar cualquier gestión el consejo del representante de la entidad colaboradora en el territorio. Asimismo, debe subrayarse la importancia que tiene en estos supuestos la labor de supervisión llevada a cabo por las Administraciones públicas que habilitan a las citadas entidades colaboradoras.

También en esos informes, que obligatoriamente presentamos cada año en el Congreso y en el Senado, hemos puesto de relieve los problemas derivados de la incidencia que sobre los procedimientos de adopción internacional pueden tener las modificaciones legislativas o de carácter organizativo producidas en los ordenamientos jurídicos de los países de origen de los niños adoptados.

En el marco de esta preocupación, hemos seguido con interés los problemas que surgieron en su día en Rumania, India, República del Congo o alguna de las antiguas Repúblicas soviéticas. En la actualidad está en curso una investigación por nuestra parte en relación con la suspensión temporal de los expedientes de adopción de menores de edad en Nepal debido a la elaboración de una nueva normativa al respecto por parte del gobierno de ese país.

En la información que hemos recibido hasta este momento, se nos da cuenta de las gestiones diplomáticas efectuadas por la Embajada de España en la India y la Cónsul honoraria de España en Nepal con el Ministerio de la Mujer, Infancia y Bienestar Social de ese país, realizando un seguimiento de la situación porque el Defensor del Pueblo, además de tener competencia en el territorio nacional, tiene también el control de la Administración consular.

Según la información recibida de Nepal, la Embajada de España había expresado al gobierno nepalí su preocupación por los expedientes de adopción pendientes de resolución, especialmente los que se encuentran en una fase avanzada del proceso, en los que los adoptantes tienen incluso un niño asignado y han obtenido la aprobación, solicitando que estos casos sean tratados como especiales. No obstante la dimisión del equipo ministerial del gobierno nepalí podría repercutir en la tramitación de los expedientes de adopción dado que uno de los cesantes es precisamente el de Mujer, Infancia y Bienestar Social. Por ello, el Defensor del Pueblo seguirá instando a nuestras autoridades para que prosigan sus gestiones a fin de disminuir los perjuicios que esta situación está causando a los niños y a las familias que esperan la resolución pronta de sus expedientes de adopción.

La adopción de menores de países extranjeros puede también plantear problemas relacionados con la situación laboral de los adoptantes. Jesús López-Medel nos hablaba hace un momento de la situación que planteó en su momento.

Por parte del Defensor del Pueblo ha habido actuaciones que se han venido realizando para que nuestras normas sociales se adecuen a las nuevas necesidades de los futuros padres. Así, como consecuencia de recomendaciones que se han efectuado por parte del Defensor del Pueblo al Gobierno, se ha extendido la prestación por parto múltiple a los supuestos de adopción y se ha reconocido la prestación por maternidad en los casos de acogimiento familiar establecido con carácter previo a la adopción.

Hemos planteado, también, ante la Administración la posibilidad de que en el caso que se reconozca una reducción de jornada laboral para el cuidado de los hijos adoptivos menores de 6 años se pueda ampliar el límite de edad a aquellos supuestos en que el menor adoptado supere los 6 años pero continúe necesitando una especial atención por parte de sus progenitores. En este tema, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nos ha subrayado las dificultades existentes para asumir esta propuesta invocando el tenor literal de la norma y destacando la dificultad para establecer un límite máximo para el ejercicio del derecho partiendo de la base que la reducción de la jornada podría llegar hasta la mayoría de edad del menor adoptado o acogido y que los problemas educativos de la adopción pueden producirse también en el supuesto de hijos biológicos. No obstante nos ha manifestado el Ministerio que la fórmula no impide que a través de los convenios colectivos o por acuerdo entre el empresario y el trabajador puedan llegar a pactarse reducciones de jornada y, en su caso, reducciones correlativas de salario con otras condiciones.

Éstas son unas pinceladas de lo que viene haciendo el Defensor del Pueblo, que no permanece impasible ante los grandes problemas que plantean las adopciones internacionales y de ahí que manifieste una vez más nuestra satisfacción porque se esté estudiando esta futura Ley en el Congreso de los Diputados y espero que, con la colaboración de todos ustedes, personas que velan por los intereses de los menores, esta ley pueda salir adelante en beneficio de ellos.

Luis Calvo Merino

Subsecretario del M^o de Asuntos Exteriores y Cooperación

En primer lugar, desearía felicitar muy efusivamente a la Fundación Æquitas y al Congreso de los Diputados por la organización de esta Jornada que me parece extraordinariamente relevante y, especialmente, también quisiera agradecer al diputado Jesús López-Medel que haya invitado al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, en mi persona, para la colaboración en esta importante iniciativa.

Les confesaré que cuando me llamó Jesús López-Medel acababa, prácticamente, de despachar con el Director General de Asuntos Consulares, aquí presente, unos temas relativos a las adopciones del Congo y, aunque yo no había hecho un seguimiento muy directo de toda la parte procedimental, me pareció –como consecuencia de algunos efectos mediáticos y, a veces, con unas informaciones un tanto sesgadas–, enseguida, una iniciativa importantísima, de tal manera que le agradecí que me invitara.

No soy un experto en el tema, aunque la coordinación de todo lo relativo a la adopción internacional corresponde a la Dirección General de Asuntos Consulares que depende de la Subsecretaría, sé que han estado trabajando intensamente con el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y me gustaría, al mismo tiempo que agradecer esta invitación, hacer un reconocimiento –como ha hecho antes el Sr. López-Medel– que efectivamente sea aquí, en la sede parlamentaria, donde radica la soberanía popular, donde tenga lugar esta Jornada.

La incorporación de España al fenómeno de la adopción internacional es posterior a la de otros Estados occidentales; sin embargo, en los últimos años el número de solicitudes de adopción internacional presentadas por ciudadanos españoles ante las entidades públicas ha crecido de manera tan significativa que es, en la actualidad, bastante superior al de las adopciones nacionales. En datos globales –a los que se ha referido antes la Adjunta al Defensor del Pueblo– es el primer país europeo en número de adopciones internacionales y es el segundo mundial por detrás de los Estados Unidos. Pero, teniendo en cuenta la población española con respecto a la Norteamericana, podemos decir que España con 4.472 adopciones internacionales constituidas en el 2006 ocupa el primer puesto mundial.

En el año 2005 se crea por el Real Decreto 525/2005, de 13 de mayo, el Consejo Consultivo de Adopción Internacional, fruto de las recomendaciones de

la Comisión Especial del Senado sobre Adopción Internacional del año 2002. Este órgano nace con dos objetivos fundamentales. Por una parte, promover la participación y colaboración entre las Administraciones Públicas competentes en materia de adopción internacional y los demás sectores afectados: familias, ECAIs, etc; y, por otra, realizar un análisis permanente de la situación de las adopciones internacionales en España.

El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación ostenta la Vicepresidencia Segunda del Consejo y es coordinador del grupo de trabajo primero cuya función es el análisis de las diferentes fuentes de información nacionales e internacionales sobre adopción internacional. La participación, pues, del Ministerio de Asuntos Exteriores en este Consejo nos permite no sólo transmitir a los demás organismos la información proporcionada por los Consulados y las Embajadas Españolas sobre adopción internacional sino también realizar recomendaciones y propuestas para mejorar el funcionamiento de las adopciones internacionales en beneficio de los ciudadanos de España.

Otra muestra del interés cada vez mayor que existe en nuestro país sobre la adopción internacional, que evidentemente se ha puesto de relieve por los intervinientes, es la elaboración de un proyecto de ley de Adopción Internacional. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación ha participado tanto en el marco del Consejo Consultivo de Adopción Internacional, como en otros foros, en el análisis y el estudio del anteproyecto de ley realizando aportaciones desde el punto de vista de las funciones y competencias que, en materia de adopciones internacionales, le corresponde.

La principal razón de ser de la futura Ley de Adopción Internacional, tal y como se establece en su Exposición de Motivos, es la necesidad de poner fin a la dispersión normativa existente hasta este momento, creando para ello un instrumento normativo que permita dotar de la mayor seguridad jurídica y de las máximas garantías a los procesos de adopción internacional respetando como principio básico el interés superior del menor.

En otro orden de cosas, conviene recordar que España es un miembro activo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y que, en el marco de esta organización, se puede destacar el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, que entró en vigor para España el 1 de noviembre de 1995. Este convenio inter partes está vigente en 74 países y, aunque no tiene como finalidad la regulación de la fase de constitución de la adopción, sí crea, sin embargo, todo un sistema de garantías en cuanto al procedimiento previo a dicha constitución estableciendo las competencias que deben ser asumidas

por las autoridades centrales designadas por cada Estado miembro. Su aspecto más relevante es, probablemente, el reconocimiento del pleno derecho en los Estados partes de la adopción constituida conforme a convenio a través de un certificado expedido por la autoridad central del país de origen del menor.

Por otro lado, en el marco de la Conferencia Internacional del Estado Civil, a petición de las secciones española y belga, se ha acordado la creación de un grupo de trabajo en materia de adopción internacional en el que participarán inicialmente España, Bélgica, Suiza, los Países Bajos, Polonia, Grecia e Italia. Este grupo de trabajo, que operará sobre la base de la cooperación y del intercambio de información, va a permitir facilitar la resolución de problemas relacionados con la inscripción de las adopciones realizadas en terceros países.

En el plano bilateral, España ha suscrito protocolos y acuerdos de cooperación en materia de adopción con varios países. En concreto, podemos señalar, entre otros, los acuerdos firmados con Alemania, Austria, Italia, Francia, Brasil, Uruguay, Túnez, Bolivia y Filipinas. Cabe hacer aquí una referencia especial al Convenio de cooperación en materia de adopción con Vietnam, cuya firma fue autorizada en el Consejo de Ministros del pasado 31 de agosto de este 2007. Este nuevo Convenio va a permitir que este país asiático se convierta en un futuro próximo en nuevo país de origen de menores adoptados por ciudadanos españoles.

En cuanto a las funciones concretas que desempeña el Ministerio de Asuntos Exteriores en las adopciones internacionales, se pueden citar las siguientes:

En primer lugar, transmite al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y a las entidades públicas competentes la información sobre adopciones internacionales enviada por las Embajadas y Consulados españoles que puedan ser de su interés, tanto la información general de cada país como la relativa a casos concretos. Resulta, por tanto, de vital importancia la información que proporciona el Ministerio a las demás autoridades españolas sobre la existencia o no de garantías mínimas en los procedimientos de adopción en determinados países, sobre todo en aquellos donde existen graves problemas de inseguridad jurídica.

En segundo lugar, apoyo y asesoramiento realizado continuamente por los servicios centrales del Ministerio a Embajadas y Consulados españoles. Esta función hace necesario el análisis constante de la legislación española sobre adopciones internacionales. Es de destacar que la futura entrada en vigor de la Ley de Adopción Internacional facilitará en gran medida esta labor y permitirá despejar algunas dudas que surgen a la hora de aplicar la legislación actual.

Y, en tercer lugar, asistencia a las familias adoptantes por parte de las Embajadas y Consulados. Esta asistencia no se limita sólo a informar sobre la normativa local, sino que, además, comprende el apoyo necesario a las familias

adoptantes sin que ello signifique que nuestras representaciones diplomáticas y consulares intervengan en la fase de tramitación de las adopciones.

Además de las atribuciones anteriormente mencionadas, las Embajadas y Consulados españoles realizan otras funciones como son la inscripción, cuando corresponda, de la adopción en el Registro Civil Consular o la expedición al menor, en su caso, del visado de reagrupación familiar con fines de adopción.

Si se solicita la inscripción de la adopción en el Registro Civil Consular, el encargado del Registro debe realizar un examen en profundidad del expediente teniendo en cuenta, además, que será responsable de la constitución de la adopción con producción de efectos en el derecho español.

Los requisitos exigidos por el artículo 9.5 del Código Civil para que las adopciones internacionales puedan acceder al Registro Civil español son los siguientes:

- 1º. Competencia de la autoridad extranjera.
- 2º. Control de la ley estatal aplicada.
- 3º. Equivalencia de efectos entre la adopción extranjera y la adopción regulada en España.
- 4º. Certificado de idoneidad.
- 5º. Regularidad formal del documento donde consta la adopción.

Todos estos requisitos deben aplicarse e interpretarse, en todo caso, siempre con arreglo al principio del interés superior de los menores, tal y como prescribe el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

Las comprobaciones que debe realizar el Cónsul o Encargado de la Sección Consular son más sencillas y, hasta cierto punto, automáticas en el caso de que el país en el que se efectúa la adopción sea parte del Convenio de La Haya. En el supuesto de que no lo sea y no haya convenio bilateral en materia de adopciones, el proceso de comprobación sobre los expedientes de adopción presentados debe ser exhaustivo y meticuloso, especialmente si se trata de un país en que la inseguridad jurídica es grande.

Por lo que respecta a la expedición de visados de reagrupación familiar por adopción, el Cónsul, con carácter previo a la expedición de un visado a favor de un menor adoptado en el país de acreditación por nacionales españoles residentes en España, deberá comprobar que la adopción cumple los requisitos exigidos tanto por la legislación española como por la legislación local, lo que posibilitará su posterior inscripción en el Registro Civil correspondiente en España.

No quiero dejar de referirme a la denominada adopción consular introducida en nuestra legislación por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó varios artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los requisitos exigidos por el art. 9.5 del Código Civil para que un cónsul español pueda constituir una adopción son dos: que el adoptante sea español y que el adoptado esté domiciliado en la demarcación consular. A estas dos condiciones requeridas por nuestro Derecho interno para la constitución de una adopción consular hay que añadir la obligación impuesta a los cónsules en el Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 1963 de “respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor”. Esto significa que el cónsul, con carácter previo a la constitución de la adopción, deberá cerciorarse de que las leyes del Estado receptor admiten y reconocen este tipo de adopción.

Finalmente, quiero dejar constancia de la importancia que desde el Ministerio de Asuntos Exteriores se concede a la coordinación constante con los otros Ministerios competentes en materia de adopción internacional –Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales– así como con las Comunidades Autónomas. No podemos olvidar que nos encontramos ante un fenómeno de gran dimensión social que afecta a numerosas familias españolas y que presenta una gran complejidad técnica e igualmente con el Defensor del Pueblo y, a este respecto, señalaré ante el tema que ha planteado muy bien, lógicamente, la Adjunta del Defensor del Pueblo en el tema del Nepal, la creación de un embajador en misión especial que va a hacer el seguimiento y la gestión con plenos poderes para coordinar esa labor en Nepal. Esto modera todas las dificultades, como muy bien ha señalado, de carácter político, de carácter coyuntural como consecuencia del cambio de gobierno y un largo etcétera. Además del responsable de la Embajada que tiene que atender como acreditación múltiple Nepal, habrá un embajador que coordinará todos los esfuerzos y mantendrá informadas a todas las comunidades administrativas e, igualmente, a las instituciones correspondientes.

No me queda nada más que desearles éxito en esta Jornada que estoy seguro que lo van a tener. Es de una extraordinaria importancia y demuestra, sin lugar a dudas, una especial sensibilidad que es necesario mantener e impulsar en nuestra sociedad.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre,
de Adopción Internacional:
Una nueva esperanza

Pilar Blanco-Morales Limones

Javier Carrascosa González

Pilar Blanco-Morales Limones

*Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Extremadura
Directora General de los Registros y del Notariado*

Javier Carrascosa González

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia*

**LA LEY 54/2007, DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN
INTERNACIONAL: UNA NUEVA ESPERANZA**

Sumario

- I. La adopción internacional, un desafío jurídico permanente.
- II. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y la superación del caos normativo.
- III. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. El Derecho social en movimiento.
- IV. La adopción internacional en el Derecho español. Normas reguladoras.
- V. Concepto de adopción internacional y ámbito de aplicación de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre 2007, de Adopción Internacional.
- VI. Novedades más relevantes de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.
- VII. Reflexión final.

I. La adopción internacional. Un desafío jurídico permanente

1. La nueva Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (LAI) (BOE núm. 312 de 29 diciembre 2007), ha proporcionado un nuevo régimen jurídico a la adopción internacional. En las páginas que siguen se tratará de efectuar una presentación general, en todo caso, sintética, de dicho texto^[1].

La regulación legal de la adopción internacional ha sido, es y será siempre una cuestión particularmente complicada. Es sabido que hasta el siglo XIX, y por influencia del Derecho privado Romano clásico, la finalidad de la adopción era, exclusivamente, asegurar la sucesión patrimonial, el culto doméstico y la continuación del nombre de la familia de personas sin descendencia natural (E. JAYME, J.H. A. VAN LOON, M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, M. GUZMÁN PECES, F. CALVO BABÍO, etc.^[2]). Por ello, es comprensible que la adopción se refiriera sólo a mayores

^[1] En torno a la Ley de adopción internacional de 28 diciembre 2007, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Adopción internacional", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 9ª edición, Ed. Comares, Granada, 2008 (en prensa); S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional", *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*; E. ALONSO CRESPO, "Ley de adopción internacional: formas de dejar sin efecto -o variar- una adopción de este tipo (nulidad, modificación o revisión, conversión), y sus consecuencias en la adopción nacional", *Diario La Ley*, núm. 6925, 15 abril 2008, versión *on line*; En torno al Proyecto de dicha Ley, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente", *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618; G. ESTEBAN DE LA ROSA (coord), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos Problemas. Nuevas soluciones*, 2007.

^[2] E. JAYME, "L'adozione internazionale. Tendenze e riforme", *Rivista di Diritto Civile*, 1984, pp. 545-558, esp. p. 546; M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, "La adopción", en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS / P. DE PABLO CONTRERAS / M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*, Ed. Colex, Madrid, 2007, pp. 417-418; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español común y foral, Tomo V, vol.II, Derecho de Familia*, Ed. Reus, 9ª ed., Madrid, 1985, pp. 279-290; M. GUZMÁN PECES, *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, pp. 31-36; F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Univ.RJC, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 12-13. *Vid.* igualmente, con consideraciones de alto interés sobre esta evolución histórica, R. DE NOVA, "Adoption in Comparative Private International Law", *RCADI*, 1961-III, pp. 75-158; J. DÉPREZ, "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques", *RCADI*, t. 211, 1988-IV, pp. 9-372; J. FOYER / C. LABRUSSE-RIOU (dir), *L'adoption d'enfants étrangers*, 1986, Economica; A. BUCHER, "La famille en droit international privé", *RCADI*, vol. 283, 2000, pp. 19-176; J.I. ESQUIVAS JARAMILLO, "La adopción internacional (I)", *BIMJ*, núm. 1808, 1997, pp. 2181-2201; J.I. ESQUIVAS JARAMILLO, "La adopción internacional (II)", *BIMJ*, núm. 1809, 1997, pp. 2287-2306; H. FULCHIRON, "L'évolution historique de la notion de l'enfant aux droits de l'enfant", *Les droits de l'enfant entre théorie et pratique*, Institut International des Droits de l'Enfant, Suiza, 1997, pp. 29-39; M. Milojevic, "L'adoption internationale", en R. Ganghofer (Dir.), *Le droit de la*

de edad, se exigía su consentimiento y permanecían inalteradas las relaciones del adoptado con su familia de origen. La adopción no presentaba finalidad asistencial alguna relacionada con la protección de menores. La adopción perseguía, más bien, una finalidad sucesoria (*adoptio imitatur naturam*). Sin embargo, en la actualidad, la adopción presenta, en numerosos sistemas jurídicos, como es el caso del Derecho español, otro objetivo. La adopción se concibe como una institución de protección del menor y de integración de éste en una familia (J.M. ESPINAR VICENTE^[3]). Es un “instrumento de integración familiar de la infancia desprotegida” (M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA^[4]). En la mayor parte de los estados occidentales, la adopción es un sector muy relevante del “Derecho puero-

famille en Europe. Son évolution de l'antiquité à nos jours. Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 823-830 ; H. MUIR WATT, “Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de Droit international privé)”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 11-22; H. MUIR-WATT, “L'adoption d'enfants étrangers, regards sur l'évolution récente de la jurisprudence française”, en *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Paris, 1993, LGDJ, pp. 147-165.

^[3] J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 361-362.

^[4] M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, La protección interanacional de los derechos del niño, Méjico, 1999, p. 111. Vid. también sobre esta cuestión, S. ADROHER BIOSCA, “La adopción internacional: una aproximación general”, en J. RODRÍGUEZ TORRENTE (ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998, pp. 229-304; E. ALONSO CRESPO, *Adopción nacional e internacional*, Ed. La Ley, 2004, pp. 12-19; A.-L. CALVO CARAVACA, “Globalización y adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 23-72; M.A. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dyinsson, 2004, pp. 21-27; B.L. CARRILLO CARRILLO, “Adopción internacional: condicionantes sociales y jurídicos”, en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2003, pp. 73-86; M.V. CUARTERO RUBIO, “Adopción internacional y tráfico de niños”, *BIMJ*, núm.1840 de 1 marzo 1999, pp. 405 ss.; A. DURÁN AYAGO, “La filiación adoptiva en el ámbito internacional”, *La Ley*, núm.5272, 21 marzo 2001, pp. 3-14; C. ESPLUGUES MOTA, “El ‘nuevo’ régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *RDIPP*, 1997, pp. 33-74; J.I. ESQUIVIAS JARAMILLO, *La Adopción Internacional*, Madrid, Colex, 1998; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Filiación y alimentos”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª edición, 1995, pp. 366-375; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley Orgánica 1/1996 de 15 enero de Protección jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la LEC: normas sobre adopción internacional”, *REDI*, 1996-I, pp. 501-504; M. GUZMAN PECES, *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, 2007, pp. 21-29; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Adopción internacional”, *EJB*, Civitas, 1995, pp. 353-354; ID., “Art. 9.5 CC”, *Comentario al CC y Compilaciones Forales*, 2ª ed., 1995, pp. 242-259; E. SOLÉ ALAMARJA, *Todo sobre la adopción*, Ed VeCChi, Barcelona, 2003; A. DAVÌ, *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano*, (I), Milán, 1981; D. OPERTTI BARDAN, “L'adoption internationale”, *RCADI*, 1983-II, pp. 295-412.

céntrico” (un Derecho que gira alrededor del menor), lo que se aprecia también en el DIPr. (E. JAYME, H. FULCHIRON)⁵¹. Este cambio en la finalidad de la adopción responde a una causa determinada: tras la segunda guerra mundial, en los países occidentales, el Estado Social asume, como uno de sus objetivos, la “defensa y/o protección de la infancia” (*vid.* art. 39.3 y 4 CE 1978)⁶¹. De este modo, en el siglo XXI, la adopción se considera, fundamentalmente, 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.

^[51] E. JAYME, “L’adozione internazionale. Tendenze e riforme”, *Rivista di Diritto Civile*, 1984, pp. 545-558, esp. p. 546; M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, “La adopción”, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ / P. DE PABLO CONTRERAS / M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*, Ed. Colex, Madrid, 2007, pp. 417-418; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español común y foral, Tomo V, vol.II, Derecho de Familia*, Ed. Reus, 9ª ed., Madrid, 1985, pp. 279-290; M. GUZMÁN PECES, *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, pp. 31-36; F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Univ.RJC, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 12-13. *Vid.* igualmente, con consideraciones de alto interés sobre esta evolución histórica, R. DE NOVA, “Adoption in Comparative Private International Law”, *RCADI*, 1961-III, pp. 75-158; J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques”, *RCADI*, t. 211, 1988-IV, pp. 9-372; J. FOYER / C. LABRUSSE-RIOU (dir), *L’adoption d’enfants étrangers*, 1986, Economica; A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *RCADI*, vol. 283, 2000, pp. 19-176; J.I. ESQUIVAS JARAMILLO, “La adopción internacional (I)”, *BIMJ*, núm. 1808, 1997, pp. 2181-2201; J.I. ESQUIVAS JARAMILLO, “La adopción internacional (II)”, *BIMJ*, núm. 1809, 1997, pp. 2287-2306; H. FULCHIRON, “L’évolution historique de la notion de l’enfant aux droits de l’enfant”, *Les droits de l’enfant entre théorie et pratique*, Institut International des Droits de l’Enfant, Suiza, 1997, pp. 29-39; M. MILOJEVIC, “L’adoption internationale”, en R. GANGHOFER (Dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l’antiquité à nos jours*. Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 823-830; H. MUIR WATT, “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (aspects de Droit international privé)”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 11-22; H. MUIR-WATT, “L’adoption d’enfants étrangers, regards sur l’évolution récente de la jurisprudence française”, en *Le droit de la famille à l’épreuve des migrations transnationales*, Paris, 1993, LGDJ, pp. 147-165.

^[61] Art. 39 CE 1978: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

II. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y la superación del caos normativo

2. Hasta la entrada en vigor, el 30 diciembre 2007, de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (LAI) (BOE núm. 312 de 29 diciembre 2007), la normativa española sobre adopción internacional se hallaba muy dispersa, sus soluciones jurídicas no eran acertadas y su calidad técnica dejaba mucho que desear. La relevancia social y jurídica de la adopción internacional y las deficiencias de la normativa española al respecto hicieron que la doctrina se detuviera con particular atención en el tema^[7]. Las carencias

^[7] Los estudios "generales" sobre la adopción internacional en la doctrina española son muy abundantes. *Vid.* entre otros, S. ADROHER BIOSCA, "Marco jurídico de la adopción internacional", AA.VV., *Puntos capitales del Derecho de familia en su dimensión internacional*, Dykinson, 1999, pp. 97-144; E. ALONSO CRESPO, *Adopción nacional e internacional*, Ed. La Ley, 2004; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Adopción internacional y sociedad multicultural", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 175-211; A. RODRÍGUEZ BENOT, "La filiación", en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y otros, *LeCCiones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 2007, pp. 196-205; N. BOUZA VIDAL, "La nueva ley 21/1987 de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado", *RGLJ*, 1987, núm.6, pp. 897-931; *Id.*, "Art. 9.5 CC", AA.VV. (Coordinador, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios a las reformas del Código civil (Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 456-470; P. BRIOSO DÍAZ, *La constitución de la adopción en Derecho Internacional Privado*, Madrid, Ministerio Asuntos Sociales, 1990; A.-L. CALVO CARAVACA, "Globalización y adopción internacional", en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 23-72; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Adopción internacional", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 8ª ed., Granada, Ed. Comares, 2007, pp. 181-218; M.A. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 2004; A. DURÁN AYAGO, "La filiación adoptiva en el ámbito internacional", *La Ley*, núm.5272, 21 marzo 2001, pp. 3-14; J.M. ESPINAR VICENTE, "La modificación del art. 9.5 CC en el Proyecto de reforma sobre adopción", *RJ La Ley*, 1986, pp. 996-1002; *Id.*, "La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la DGRN)", *AC*, 1997, pp. 757-771; *Id.*, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 361-380; J.M. ESPINAR VICENTE, "La protección del menor extranjero en el sistema jurídico español", *Infancia y sociedad*, nº 33, 1995, pp. 81-106; R. ESPINOSA CALABUIG, "Una nueva reforma en materia de adopción internacional en España", *RGD*, 2000, n.667, pp. 4344-4361; C. ESPLUGUES MOTA, "El 'nuevo' régimen jurídico de la adopción internacional en España", *RDIPP*, 1997, pp. 33-74; J.I. ESQUIVIAS JARAMILLO, *La Adopción Internacional*, Madrid, Colex, 1998; J.I. ESQUIVIAS JARAMILLO, "La adopción internacional (I)", *BIMJ*, núm. 1808, 1997, pp. 2181-2201; J.I. ESQUIVIAS JARAMILLO, "La adopción internacional (II)", *BIMJ*, núm. 1809, 1997, pp. 2287-2306; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Filiación y alimentos", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª edición, 1995, pp. 366-375; *Id.*, "Art. 9.5", *Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia*, 1991, pp. 87-90; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "La Ley Orgánica 1/1996 de 15 enero de Protección jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la LEC: normas

de la normativa española anterior a la LAI de 2007 pueden ser recordadas de forma muy sucinta.

1º) *Dispersión normativa*. Las diferentes normas reguladoras españolas de producción interna relativas a la adopción internacional se hallaban contenidas en cuerpos legales distintos. No existía una “ley integral” que regulase el régimen jurídico de la adopción internacional y que encajara de forma armónica con los instrumentos legales internacionales en vigor para España en materia de adopción internacional. El legislador trató de concentrar la regulación de la adopción internacional en el art. 9.5 del Código Civil (CC). No lo consiguió. Lo que logró fue elaborar un precepto farragoso, plagado de errores, confuso, lagunoso, incompleto y de muy difícil aplicación práctica. Además, de modo paralelo al art. 9.5 CC, otras normas legales regulaban ciertos aspectos jurídicos de las adopciones internacionales. Cabe citar, además de la avalancha normativa de las CCAAs en la materia, el art. 25 de la LOPJM (Ley orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor), que regulaba las facultades de las entidades públicas y de las entidades privadas acreditadas en materia de adopción internacional. Y también el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que contenía los criterios de competencia judicial internacional de los tribunales españoles para constituir adopciones en casos internacionales.

2º) *Técnica legal deficiente y soluciones jurídicas autoatentatorias*. La regulación de la adopción internacional era técnicamente defectuosa. En efecto: ciertas normas legales relativas a la adopción internacional eran imprecisas e incompletas, mientras que otras normas resultaban excesivamente minuciosas hasta caer en el reglamentismo (sin lograr, por otro lado, una regulación completa de este complejo fenómeno). La falta de calidad técnica de la normativa española sobre adopción internacional dificultaba tanto la constitución de las adopciones internacionales como el reconocimiento en España de las adopciones constituidas en el extranjero (el perjuicio para el menor adoptando era evidente, lo que no sintonizaba bien con los mandatos constitucionales del art. 39 CE 1978). La falta de calidad técnica y la carencia de unas líneas definidas de política legislativa

sobre adopción internacional”, *REDI*, 1996-I, pp. 501-504; A.I. HERRÁN, *La adopción internacional*, Dykinson, Madrid, 2000; M. GUZMAN PECES, *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, 2007; J. MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Bosch, Barcelona, 2000; M. UHÍA ALONSO, “Problemática de tipo legal derivada de la adopción internacional”, *La Ley*, 1998-II, D-46, pp. 1960-1966; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988; ID., “Adopción internacional”, *EJB*, 1995, pp. 353-354; ID., “Nota a RDGRN 22 junio 1991”, *REDI*, vol. XLIV, 1992-I, pp. 234 ss.; ID., “Art. 9.5 CC”, *Comentario al CC y Compilaciones Forales*, 2ª ed., 1995, pp. 242-259; M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 246-247 y 724-726.

en las normas españolas sobre la adopción internacional eran tan alarmantes, que hasta la misma DGRN se lamentó de la falta de pericia del legislador en materia de adopción internacional (RDGRN 9 febrero 1989, texto en *REDI*, 1989, pp. 646-649). Un ejemplo puede ilustrar la situación. La Ley 21/1987 de 11 noviembre introdujo en el art. 9.5 CC dos claras erratas o dos claros errores, según se quiera ser más o menos benévolo con el legislador a la hora de imputarle defectos. Disfunciones legales que nunca fueron subsanadas oficialmente en el diario legislativo del Estado como tales “erratas de la Ley”. La primera y más importante de ellas consistía en haber hecho constar en el texto del precepto publicado en el BOE, la expresión “*Ley del adoptante*”, en lugar de la expresión “*Ley del adoptando*”. Increíble, pero cierto. Por ello, las autoridades españolas, enfrentadas con el texto “oficial” del art. 9.5 CC, tuvieron que aplicar su tenor literal publicado en el BOE (el texto oficial es texto auténtico, mientras el legislador no diga lo contrario, que nunca lo dijo). Ese tenor literal hacía referencia a la “*Ley del adoptante*” en el art. 9.5.IV CC, y no a la “*Ley del adoptando*”, tal y como, parece ser, habían aprobado las Cortes (RDGRN 9 febrero 1989). La segunda disfunción consistía en que el texto del art. 9.5 CC *in fine* aludía, erróneamente, al “*conocimiento de la entidad pública*”, en vez de hacer referencia al “*consentimiento de la entidad pública*”, que era lo procedente (porque, como es evidente, “consentimiento” no es lo mismo que “conocimiento”: son palabras fonéticamente parecidas, pero nada más). Este penoso error fue corregido, años más tarde, por la Ley 11/1990 de 15 octubre, que aprovechó la oportunidad de una reforma del Título Preliminar del Código Civil que nada tenía que ver con la adopción internacional, para enmendar este desafuero del legislador en el art. 9.5 CC

3º) *Constantes cambios legales*. Las deficiencias técnicas, la falta de objetivos nítidos perseguidos por el legislador y la dispersión normativa produjeron un efecto colateral poco adecuado: los constantes cambios legales en la materia. El legislador trató de arreglar sus desaciertos con “reformas-parche” (que buscaban solventar concretos defectos técnicos o de política legislativa). Ello condujo a un auténtico *overbooking* de reformas normativas sobre la adopción internacional. En efecto, desde 1987, el art. 9.5 CC, precepto que se ocupaba de señalar, aunque de manera incompleta, fragmentaria y lagunosa, el régimen jurídico de las adopciones internacionales, fue reformado por cuatro leyes distintas con objetivos dispares y que presentaban, en todo caso, una técnica legislativa muy poco depurada. Así, el art. 9.5 CC fue reformado por la Ley 21/1987 de 11 noviembre (BOE núm.275 de 17 de noviembre de 1987), posteriormente, por la Ley 11/1990 de 15 octubre (BOE núm.250 de 18 de octubre de 1990), y después

de ésta, por la Ley orgánica 1/1996 de 14 enero de Protección jurídica del Menor (BOE núm.15 de 17 enero 1996), y finalmente, por la Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código civil (BOE núm. 119 de 19 mayo 1999)^[8].

4º) *Insistencia en el Título Preliminar del Código Civil como “sede natural” del DIPr. español.* Cuando el título Preliminar del Código Civil ya había dejado de ser, hacía muchos años, la “sede normativa principal” de las normas de DIPr. el legislador insistía en encapsular a la fuerza toda la normativa de DIPr. relativa a la adopción internacional en el estrecho cauce del número 5 del artículo 9 del Código Civil. La ilusión codificadora decimonónica y el mito del Código Civil como primer cuerpo legal del Derecho Privado seguían cautivando al legislador español cual cantos de sirena, cuando ya en toda Europa esa ilusión y ese mito se habían evaporado para siempre. Las Leyes propias del Estado social de nuestros días son Leyes producto de una “acción integral” del legislador, algo que brillaba por su ausencia en el texto anterior del art. 9.5 CC

5º) *Incorporación desordenada al ordenamiento jurídico español de instrumentos legales internacionales.* España se adhirió a ciertos Convenios internacionales que regulaban la adopción internacional con distinto alcance y repercusión. Pero algunos de dichos instrumentos legales internacionales no presentaban un nivel aceptable de calidad. Otros instrumentos legales fueron concluidos por España debido a motivos ligados al compromiso político y no con la convicción de mejorar con los mismos la situación real de los menores implicados en las adopciones internacionales. En suma, se carecía de una “Ley integral” que armonizase y ordenase el completo y complejo panorama de Instrumentos legales internacionales en vigor para el Derecho español en la materia. Esta carencia dificultaba una óptima utilización del material normativo por los muy numerosos operadores jurídicos y sociales que participan en los procesos de adopción internacional.

[8] El art. 9.5 CC, en su redacción de 1974, hacía aplicable a la adopción internacional la Ley nacional del adoptante, y en el caso de adopción por matrimonio, la Ley nacional común de los adoptantes y en su defecto, la Ley nacional del marido, si bien los consentimientos y capacidad del adoptando se sujetaban a la Ley nacional de éste. En torno al art. 9.5 CC en su redacción anterior a 1987, *vid.* J. MANTECA ALONSO-CORTÉS, “La adopción en el Derecho internacional privado español”, *El título preliminar del Código civil*, vol.II, Madrid, 1977, pp. 1-40; A. MARÍN LÓPEZ, “Una tentativa de reforma del sistema conflictual español sobre adopción”, *REDI*, 1970, vol.XXIII, pp. 775-777; A. PÉREZ VOITURIEZ, “La adopción en Derecho internacional privado”, *Anales de la Universidad de La Laguna*, 1965; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Art. 9.5”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, 1978, pp. 169-176; A. MARÍN LÓPEZ, “Art. 9.5”, *Comentario a las Reformas del Código Civil*, 1977, pp. 456-462.

6º) *Regulación autoatentatoria*. El resultado de todos estos factores era obvio: una regulación de la adopción internacional muy compleja y oscura, donde las excepciones desvirtuaban la regla general y donde la profusión de normas redundaba en una confusión asistemática que hacía difícil, cuando no imposible, la aplicación de las soluciones legales. El corolario era que este caos legislativo terminaba por convertir al principio de “protección del menor” en un “principio autoatentatorio”. Tanto afán en sobre-regular el “interés del menor” terminaba por perjudicar al menor (lo que resulta evidente al comprobar que el art. 9.5 CC comportaba, con frecuencia, la imposibilidad de constituir adopciones internacionales, la constitución de adopciones internacionales claudicantes y la imposibilidad de reconocer adopciones internacionales constituidas por autoridades extranjeras).

III. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre 2007, de Adopción Internacional. El Derecho social en movimiento

3. El Derecho Social que nació en el siglo XX persigue proporcionar una regulación global de los fenómenos sociales. Es un “Derecho transformador” o “director” de la sociedad. En efecto, el Estado interviene en las relaciones entre particulares (relaciones de Derecho Privado) para defender valores globales que afectan a toda la sociedad (como son, en el caso de las adopciones internacionales, el “interés del menor” o la “protección de la infancia”). La defensa de estos valores sociales es un objetivo de difícil consecución. Para lograrlo, las “leyes sociales” presentan ciertos rasgos distintivos (M. PASQUAU LIAÑO^[9]): 1º) Introducen regulaciones que afectan a diversas ramas del ordenamiento jurídico (Derecho Administrativo, Civil, Internacional privado, Penal, Procesal, todo a la vez). Las leyes sociales de nuestros días no son ya leyes “de Derecho Civil” o “de Derecho Internacional Privado (DIPr)”: son un “conglomerado legal heterogéneo”; 2º) Operan al margen de los grandes códigos decimonónicos, y en particular, al margen del Código Civil. Estas leyes hacen que los grandes Códigos pierdan su “centralidad” en el sistema jurídico (el Código Civil no está

^[9] M. PASQUAU LIAÑO, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Granada, Comares, 1994, pp. 80-88, esp. P. 84: “el Derecho liberal sólo requiere unos códigos estables y más bien breves, mientras que un Derecho ‘social’ exige más leyes y leyes más mutables”. Vid. también en relación con la adopción, F.J. ARELLANO GÓMEZ, “Interacción entre el derecho público y el derecho privado en las fases previas al expediente judicial de la adopción”, *Rev. Crít. Derecho inmobiliario*, 1992-II, pp. 2085-2105.

ya en el “centro” del sistema de Derecho Civil español y las leyes especiales ya no están en la “periferia” de dicho sistema). En lo que se refiere al DIPr., el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil (arts. 8-12) hace ya muchos años que dejó de estar en el centro del sistema español de “conflicto de leyes” (las leyes especiales de DIPr. los Convenios internacionales y las normas de DIPr. Comunitario han devorado el corazón del “sistema centralizado de DIPr.”, que ya no existe); 3º) Visto que los cambios sociales se verifican a una velocidad vertiginosa, las leyes propias del Derecho Social son, *ex ipsa natura sua*, efímeras. Están sometidas a continuos cambios y reformas. El drama del Derecho social, y por consiguiente, el drama del “DIPr. Social”, es que constituye, por esencia, un Derecho complejo e inestable. Sus estructuras y normas están sujetas a frecuentes cambios con el objetivo de suministrar una respuesta jurídica “social” a los nuevos retos que plantean las actuales relaciones jurídicas entre particulares. De frente al tráfico y a la compraventa de niños, el Derecho Social reacciona; cuando este fenómeno se “sostiene” (por ejemplo, a través del ofrecimiento de menores “adoptables” a través de Internet incluso por autoridades públicas de ciertos países como Brasil o Argentina), el Derecho social reacciona de nuevo (A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. ISABEL HERRÁN, J.M. UHÍA ALONSO)^[10]. El Derecho Social está siempre en continua reacción. El Derecho Social deberá reaccionar con rapidez en el inmediato futuro, por lo que se refiere al sector de la adopción, ante los previsibles fenómenos futuros de adopción a la carta de niños no nacidos, adopción de niños clonados, contratos privados de gestación para adopción, frecuentemente concluidos por Internet, etc.; 4º) En consecuencia, el DIPr. se forma “por aluvión”, por intervenciones legislativas constantes y con frecuencia, inconexas. Como resultado de ello, el sistema de DIPr. pierde, igualmente, su tradicional “estabilidad” (el “sosiego legal” de las normas de DIPr. recogidas en el Título Preliminar del Código Civil, que contempla impasible cómo pasan los años, ha terminado y no volverá nunca). El Derecho Social contraataca constantemente para combatir las “desviaciones anti-sociales” y las “desviaciones del mercado” propias de una sociedad caracterizada por la alta tecnología, la velocidad y la evolución dinámica y súbita de los valores sociales. Una sociedad que cambia con gran velocidad exige un Derecho Social que responda al mismo ritmo fulminante. El Derecho Social está siempre en estado

^[10] A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Algunas reflexiones sobre la adopción internacional en la sociedad de la información”, en A. L. CALVO CARAVACA y OTROS, *Mundialización y familia*, Madrid, Ed. Colex, 2001, pp. 313-323; J.M. UHÍA ALONSO, “Problemática de tipo legal derivada de la adopción internacional”, *La Ley*, 1998-II, D-46, pp. 1960-1966; A. ISABEL HERRÁN, *La adopción internacional*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 47.

de constante *Blitzkrieg* para lograr su propósito ordenador de la cambiante sociedad actual.

4. La LAI es un ejemplo del “Derecho Social” y de “Ley integral”. Varios motivos lo demuestran.

5. a) *Diversidad de perspectivas jurídicas.* La LAI Ley afronta el régimen jurídico de la adopción internacional no sólo con las “armas del DIPr.” (normas de competencia judicial internacional, Derecho aplicable y validez extraterritorial de decisiones). La LAI incorpora en su articulado, además, disposiciones de Derecho Civil, Procesal y Administrativo. La LAI es una “Ley integral sobre la adopción internacional” que arranca del presupuesto de que los fenómenos sociales actuales son de tan alta complejidad, que exigen una regulación a través de mecanismos legales de distinto alcance y carácter (Derecho Privado y Derecho Público, Derecho sustantivo y Derecho Procesal, etc.), como ha sido señalado (J. MÉNDEZ PÉREZ^[11]). La finalidad de la LAI no es constituir un “código regulador de las adopciones internacionales”. La palabra “código” o “codificación” no aparecen en la Exposición de Motivos de la LAI. El tiempo de los códigos ha pasado. La LAI no tiene como objetivo una “codificación formal” de las normas sobre adopción internacional, sino una “regulación integral” del fenómeno de las adopciones internacionales, lo que es muy diferente^[12]. Por ello, el objetivo de la LAI no es reunir en un solo cuerpo legal toda la normativa existente sobre la adopción internacional en España. Ello sería, sencillamente, imposible, pues las reglas jurídicas sobre adopción internacional se generan desde distintos “focos normativos” (legislación autonómica, legislación estatal y legislación contenida en Convenios y otras normas de génesis internacional).

6. b) *Objetivo: la adopción internacional como medida de protección del menor.* La LAI persigue abordar del modo más eficaz posible la regulación jurídica de la adopción internacional (el “objetivo transformador” de la realidad social de la adopción internacional sólo se puede alcanzar con normativas de distinta naturaleza). La Exposición de Motivos (I) de la LAI deja traslucir esta idea in-

^[11] J. MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 24, si bien en relación con la LOPJM 1/1996.

^[12] Exposición de Motivos (III) de la LAI: “La Ley tiene por objeto una regulación normativa sistemática, coherente y actualizada que permite dar respuesta al fenómeno de la adopción internacional en España”.

tervencionista del Estado en la regulación de las adopciones internacionales^[13]. La LAI es una “Ley social transformadora”. Para comprender esta afirmación debe arrancarse de la realidad de las adopciones internacionales en el momento presente: (a) Existe un evidente desequilibrio entre adoptantes procedentes del primer mundo y potenciales adoptandos cuyo origen se encuentra en países no desarrollados; (b) Los modelos jurídicos de adopción de estos últimos países son muy diferentes a los propios del Derecho occidental; (c) Los elementos sociales, económicos y psicológicos propios de toda adopción, potencian la proliferación de fenómenos inadmisibles para el Derecho social, tales como el tráfico y compraventa de menores, corrupción de funcionarios, asignación de menores en adopción a cambio de dinero, sobornos y cohechos judiciales y administrativos, secuestro de niños para su prostitución de país a país, pornografía infantil, tráfico de órganos humanos, adoptantes inadecuados, etc.^[14], como ha señalado la doctrina (M.V. CUARTERO RUBIO, M.P. DIAGO DIAGO, M. HERRANZ BALLESTEROS, A. MARIANA HERNANDO, B. DE MARIANO Y GÓMEZ-SANDOVAL, M.E. TORRES FERNÁNDEZ^[15]). Pues bien, la LAI es una normativa de Derecho So-

^[13] Exposición de Motivos de la LAI (I): “El aumento de adopciones constituidas en el extranjero supone, a su vez, un desafío jurídico de grandes proporciones para el legislador, que debe facilitar los instrumentos normativos precisos para que la adopción tenga lugar con las máximas garantías y respeto a los intereses de los menores a adoptar, posibilitando el desarrollo armónico de la personalidad del niño en el contexto de un medio familiar propicio. Todo ello en el marco de la más escrupulosa seguridad jurídica que redunde siempre en beneficio de todos los participantes en la adopción internacional, especialmente y en primer lugar, en beneficio del menor adoptado. El transcurso de los años ha proporcionado perspectiva suficiente para apreciar la oportunidad de una Ley que pusiera fin a la 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”.

^[14] La prensa es fuente inagotable de los siniestros movimientos que se producen en torno a la adopción internacional. Algunos ejemplos bastarán: *Diario El País* 1 noviembre 1996, p. 25: “Decenas de españoles han comprado niños en una red de adopción ilegal en Rumanía”; *diario El País*, 10 noviembre 1996, p. 30: “Legal o ilegal, me traigo a la niña rumana en cuanto me la den”; *diario El País* 27 noviembre 1996, p. 27: “En España hay un centenar de niños rumanos comprados”; *diario El País* 22 marzo 1997, p. 31: “El tráfico de niños genera un negocio millonario en Centroamérica”; *diario El País (Andalucía)* 27 octubre 1995, p. 8: “Un matrimonio jerezano pagó 400.000 pesetas para poder adoptar una niña china abandonada”; *diario El País* 26 abril 1999, p. 38: “Detectados en España 59 casos de compra de niños colombianos”; *diario El País* 8 mayo 1999: “El gobierno reconoce que algunas agencias de adopción internacional se enriquecen”.

^[15] M.V. CUARTERO RUBIO, “Adopción internacional y tráfico de niños”; *BIMJ*, núm.1840 de 1 marzo 1999, pp. 405-413; M.P. DIAGO DIAGO, “Las adopciones ficticias o por conveniencia”, en D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *SustraCCión internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Ed. Colex 2004, pp. 229-247; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Problemas actuales en torno a la adopción internacional. Adopciones encubiertas y tráfico de niños”, en D. ADAM

cial cuyo objetivo es la regulación de la adopción internacional como una medida de protección de menores y de integración familiar alejada de todo tráfico internacional de menores y de toda utilización de los menores como “objetos de mercado”. A tal fin, la LAI proclama que todos sus preceptos deben ser interpretados con arreglo al “interés superior del niño” y que toda decisión relativa a una adopción internacional, sin excepción alguna posible, debe cumplir con el dicho principio (“interés superior del niño”: *vid.* Exposición de Motivos LAI, [II])^[16]. La LAI persigue la “purificación jurídica” de la adopción internacional, de modo que ésta no sirva, de ningún modo, de “tapadera legal” para cubrir casos de tráfico internacional de menores que “cosifican” a los niños y los convierten en mercancías y objetos que se compran y se venden. La LAI pretende que toda adopción internacional sea, en todo caso, una “medida de protección del menor” y nunca una medida legal a través de la cual se pueda legitimar el tráfico de menores o la mera obtención de beneficios legales, como la adquisición de la nacionalidad española (M.P. DIAGO DIAGO)^[17].

7. c) El interés del menor en la adopción internacional. El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado. Pero puede afirmarse, para perfilar el “halo del concepto”, lo siguiente: (1) El mayor beneficio legal que existe para un menor necesitado de protección, en el contexto internacional, es su “completa integración en una familia adecuada” para dicho menor mediante la figura de la adopción (pues es la institución legal que presenta un grado mayor de integración familiar en un núcleo familiar) (F. CALVO BABÍO)^[18]. No obstante,

MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Ed. Colex 2004, pp. 213-228; A. MARIANA HERNANDO, “La adopción internacional. El tráfico de menores. Mecanismos de protección y control”, *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 201-211; B. DE MARIANO Y GÓMEZ-SANDOVAL, “Las adopciones transnacionales”, *La Ley*, 1999-I, D-60, pp. 1658-1668; M.E. TORRES FERNÁNDEZ, *El tráfico de niños para su ‘adopción’ ilegal (el delito del art. 221 del Código Penal español)*, Dykinson, Madrid, 2003.

^[16] Exposición de Motivos LAI, [II]: “En aplicación de la Constitución y de los instrumentos legales internacionales en vigor para España, esta nueva norma concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece 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. Asimismo, se pretende evitar y prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños (...)”.

^[17] M.P. DIAGO DIAGO, “Las adopciones ficticias o por conveniencia”, en D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Ed. Colex 2004, pp. 229-247.

^[18] F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Univ. RJC, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 31-34. *Vid.* igualmente, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *El “in-*

debe subrayarse con el mayor énfasis que no existe un “derecho a adoptar” ni tampoco existe un “derecho a ser adoptado” (M. HERRÁNZ BALLESTEROS)^[19]; (2) Para cumplir con el interés del menor, la adopción internacional debe realizarse para beneficiar al menor y sin que éste sea tratado como una mercancía o un objeto. No debe encubrir en ningún caso, un supuesto de tráfico de menores, ni debe producir beneficios económicos lucrativos para los intervinientes en la adopción; (3) Debe ser posible constituir una adopción ante las autoridades de aquellos países con los que la situación del menor presenta un “mínimo vínculo de proximidad” (los foros de competencia judicial internacional deben ser “amplios”); (4) La Ley aplicable a la adopción debe fijarse con atención extrema a la sociedad en la que el adoptando va a quedar efectivamente integrado (pues ello disminuye, en general, los “costes de transacción conflictuales”, y en particular, los costes de información sobre la Ley aplicable a la adopción y los costes de adaptación del comportamiento de los particulares a una Ley que les resulta “familiar”). La aplicación de la Ley del país en cuya sociedad se va a integrar el adoptando potencia, por dicha razón, la constitución de la adopción internacional; (5) La determinación de la Ley aplicable a la adopción debe tener presentes las posibilidades de que dicha adopción surta efectos jurídicos en los países vinculados con la situación y en especial, con el país de origen del menor (evitar “adopciones claudicantes”, de modo que se evite que el adoptando sea “hijo” de unos sujetos en un país pero no en otro); (6) Los criterios de reconocimiento en España de las adopciones extranjeras deben potenciar la “unidad del estatuto jurídico del adoptando” (la adopción extranjera debe surtir en España, en la máxima medida de lo posible, los mismos efectos legales que produce en el país extranjero donde se constituyó); (7) El reconocimiento en España de adopciones constituidas en países extranjeros debe superar un “filtro legal” que asegure que tales adopciones no encubren un supuesto de tráfico de menores. Pues bien, cada país dispone de “sus” reglas jurídicas en materia de adopción internacional. Tales reglas representan la “perspectiva nacional” de lucha contra el tráfico de menores (el modo en que cada Estado regula la adopción). Para

terés del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, Discurs d’ingrés Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, 1993; J. RUBELLIN-DEVICHI, “Le principe de l’intérêt de l’enfant dans la loi et la jurisprudence française”, *Droit de l’enfance et de la famille*, 1996-1, pp. 113-159; M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr.*, Lex Nova, Valladolid, 2004, *passim*.

[19] M. HERRANZ BALLESTEROS, “La búsqueda de la armonía internacional de soluciones: ¿un objetivo a cualquier precio en materia de adopción internacional?”, en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 487-510, esp. pp. 490-491.

asegurarse de que la constitución de la adopción en un país extranjero no cubre un supuesto de tráfico de menores, es preciso articular un “segundo control” que verifique que las normas de DIPr. del Estado de constitución de la adopción fueron correctamente aplicadas a la misma; (8) A la hora de constituir y reconocer adopciones en casos internacionales, la adopción debe contemplarse integrada en un “conjunto de alternativas” para el bienestar del menor, de modo que la adopción sólo debe constituirse en España o reconocerse en España si, en el caso concreto, beneficia al menor y no en caso contrario.

IV. La adopción internacional en el Derecho español. Normas reguladoras.

8. En la actualidad, el marco normativo de la adopción internacional en España está compuesto por los siguientes grupos de normas.

1º) *Normas de producción interna.* La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (LAI) regula los siguientes aspectos: a) La competencia judicial internacional para la constitución de adopciones internacionales; b) La Ley aplicable a las adopciones internacionales; c) Los efectos jurídicos en España de adopciones internacionales constituidas en el extranjero; d) La intervención de las Entidades Públicas competentes en materia de protección de la adopción internacional; e) La intervención y funciones propias de las llamadas “Entidades Colaboradoras en la adopción internacional” (ECAIs); f) El régimen jurídico de los casos internacionales de acogimiento familiar y otras medidas de protección de menores ajenas a la adopción. Aunque el art. 1 LAI indica que dicha Ley regula, exclusivamente, la “competencia de las autoridades judiciales y consulares españolas y la determinación de la ley aplicable a las adopciones internacionales, así como la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras”, lo cierto es que la LAI regula muchos más aspectos que los mencionados en su citado art. 1.1 LAI. La explicación es clara: este precepto fue tomado del originario proyecto elaborado por el Ministerio de Justicia, texto que se limitaba a dichos aspectos, propios, como se observa, del DIPr. (competencia judicial internacional, Ley aplicable a las adopciones internacionales y validez extraterritorial de decisiones en materia de adopción). Posteriormente, como se ha avanzado, el proyecto fue objeto de ciertas adiciones, añadidos y correcciones por parte de otros Ministerios (Ministerio de AAEE y Ministerio de Asuntos Sociales) y por parte de las Cortes Generales. Ello acabó por hacer del proyecto una auténtica “ley integral de adopción internacional”. Un texto

que regula expresamente cuestiones no mencionadas en el art. 1.1 LAI. Por otro lado, la LAI ha derogado el farragoso, complicado, inexacto y poco útil texto del art. 9.5 CC. Dicho precepto regulaba, hasta diciembre de 2007, los aspectos más relevantes de la adopción internacional para el DIPr. La LAI ha convertido al art. 9.5 CC en una mera “norma formal de remisión interior”, cuyo texto se limita a recordar que la adopción internacional se regula por la LAI^[20]. Finalmente, debe subrayarse que el Título II de la LAI regula los aspectos de Derecho internacional privado relativos a las adopciones internacionales, lo que comprende la competencia judicial internacional, la Ley aplicable y los efectos jurídicos en España de las adopciones constituidas por la competente autoridad extranjera. Queda fuera de dicho capítulo la cuestión de la “cooperación internacional de autoridades” en materia de adopción. Es ésta una cuestión de extraordinaria importancia en la materia, pero ajena al Derecho internacional privado. En efecto, la “cooperación internacional de autoridades” es una cuestión de Derecho Administrativo (se trata de regular las relaciones jurídicas entre Administraciones Públicas), razón por la que con buen criterio, el legislador la excluyó del Título II de la LAI^[21].

2º) *Instrumentos legales internacionales*. Están en vigor para España ciertos instrumentos jurídicos internacionales en materia de adopción internacional. Los más relevantes son los siguientes: a) El Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (citado como CH 1993). Este Convenio internacional no proporciona una regulación completa ni global de la adopción internacional. Sólo regula ciertos aspectos de la misma. En efecto, este importante Convenio no unifica las normas de DIPr. de los Estados partes aplicables a la constitución de las adopciones internacionales y sólo parcialmente unifica las normas relativas a la validez extraterritorial de las adopciones internacionales. Es, además, un Convenio internacional de “carácter mixto” (M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ)^[22]. En efecto, este Convenio integra en su seno una gran cantidad de normas

^[20] Disposición final primera de la LAI: “*Modificación de determinados artículos del Código Civil*. Uno. El apartado 5 del artículo 9 queda redactado en los siguientes términos: “*La adopción internacional se registrará por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional*”.

^[21] Sobre la configuración jurídica de la cooperación internacional de autoridades, *vid.* las siempre certeras reflexiones de S. GARCÍA CANO, *Protección del menor y cooperación internacional de autoridades*, Colex, Madrid, 2003, pp. 172-183.

^[22] M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 244-245 y 724.

de Derecho Administrativo internacional (normas que regulan la “colaboración de autoridades estatales competentes” en materia de adopción internacional) (S. GARCÍA CANO, M. HERRANZ BALLESTEROS^[23]), con ciertas normas, escasas, que regulan los efectos jurídicos transnacionales de ciertas adopciones constituidas (único aspecto de DIPr. que regula este Convenio y que se aprecia en los arts. 23-27 CH 1993)^[24]; b) La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989. Esta Convención se limita a enunciar unas “directrices generales” dirigidas a los Estados partes en dicha Convención, sobre la regulación de las adopciones internacionales^[25]. No presenta un efecto directo (las previsiones de esta Convención o pueden ser invocadas directamente por los particulares), aunque su importancia como “texto guía” y como “referente jurídico internacional” para la regulación de las adopciones internacionales, es innegable y así ha sido subrayado por numerosa doctrina (J.L. CLERGERIE, M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, P. RODRÍGUEZ MATEOS, M. GUZMÁN PECES, M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ, M.V. MAYOR DEL HOYO, P.P. MIRALLES SANGRO, E. PÉREZ VERA, P. RODRÍGUEZ MATEOS, etc.)^[26]. En conclusión, no existen

^[23] M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr.*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 167-169; S. GARCÍA CANO, *Protección del menor y cooperación internacional de autoridades*, Colex, Madrid, 2003, pp. 172-183.

^[24] M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 724.

^[25] *Vid. en particular, el art. 21 CDN 1989: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.*

^[26] J.L. CLERGERIE, “L’adoption d’une Convention internationale sur les droit de l’enfant”, *Rev. dr. public.*, 1990-2, pp. 435-451; M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, *La protección interanacional de los derechos del niño*, Méjico, 1999, pp. 110-114. Sobre la incidencia de esta Convención en la regulación española de la adopción internacional, *vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Convención de Na-

en la actualidad, Convenios internacionales ni Reglamentos comunitarios que proporcionen una “regulación unificada” de DIPr. válida para distintos países en lo relativo a la adopción internacional; c) Diversos Convenios bilaterales son aplicables, igualmente, a aspectos concretos de las adopciones internacionales en las relaciones entre España y ciertos Estados.

3º) *Normativa autonómica*. La normativa autonómica sobre adopción internacional es muy abundante. Diversos datos deben ser precisados: a) Las CCAA han regulado, con normativas de todo género y rango, ciertos aspectos de “Derecho Público” relativos a la adopción internacional. En concreto, la normativa autonómica se concentra en la regulación de estos aspectos: a) Condiciones para la acreditación, funcionamiento y control de las ECAIs; (b) Funciones de las Entidades Públicas autonómicas de protección de menores, y en particular, todo lo relativo a la declaración de idoneidad de los adoptantes que participan en un adopción internacional; b) Las CCAAs han empleado diversos “argumentos competenciales” para justificar esta explosión de normas autonómicas en relación con los aspectos antes señalados de la adopción internacional (argumentos como “asistencia social”, “bienestar social”, “beneficencia social”, “servicios sociales” y “legislación civil”, por ejemplo). Estos “argumentos competenciales” son discutibles, visto el alcance que ha tenido la normativa autonómica, que ha penetrado con tranquilidad en materias de Derecho Privado incluso y “legislación civil” en el caso de CCAAs sin competencias legislativas en dicho sector (M.A. PÉREZ ÁLVAREZ)^[27]; c) La competencia normativa para regular la adopción internacional corresponde al Estado en virtud de la competencia exclusiva de éste en materia de legislación civil (art. 149.1.8ª CE), así como en virtud de las

ciones Unidas sobre los derechos del niño”, *REDI*, 1991, vol.XLIII, pp. 269-272; ID., “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, 1992, vol.XLIV, pp. 465-498; ID., “Adopción internacional”, *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 353-354; ID., “Nota a RDGRN 22 junio 1991”, *REDI*, vol. XLIV, 1992-I, pp. 234 ss.; ID., “Art. 9.5 CC”, *Comentario al CC y Compilaciones Forales*, 2ª ed., 1995, pp. 242-259; M. GUZMÁN PECES, *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, Ed.La Ley, Madrid, 2007, pp. 87-92; M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ, *La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994; M.V. MAYOR DEL HOYO, “En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre derechos del niño”, *RDP*, nº 7, 1995, pp. 135-195; P.P. MIRALLES SANGRO, “La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño”, *AC*, 1991-3, pp. 525-538; E. PÉREZ VERA, “El Convenio sobre los Derechos del Niño”, *Garantía internacional de los Derechos sociales*, Ministerio de Asuntos sociales, 1990, pp. 167-185.

[27] M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, “El sistema público de protección de menores e incapaces”, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ / P. DE PABLO CONTRERAS / M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Civil (IV)*, *Derecho de Familia*, Ed. Colex, Madrid, 2007, p. 401.

competencias exclusivas del Estado en materia de relaciones internacionales, administración de justicia y legislación civil (art. 149.1.3^a, 5^a y 8^a CE). Así lo refleja la Disposición Final quinta de la LAI^[28]; d) Con respeto a estas competencias exclusivas del Estado en materia de adopción internacional, existen ciertos aspectos de la regulación de las adopciones internacionales que pueden ser objeto de la legislación autonómica. En particular, aspectos de Derecho Público, organizativos y procedimentales; e) Sólo algunas CCAAs disponen de normas materiales sobre la adopción en sus correspondientes sistemas de Derecho Privado (Cataluña, Galicia, Aragón, Navarra) (F. CALVO BABÍO, J. MÉNDEZ PÉREZ^[29]); f) Debe recordarse con el mayor énfasis, que la regulación de los aspectos de DIPr. relativos a la adopción internacional (competencia judicial internacional y conflictos de Leyes en materia de adopción internacional, así como el reconocimiento en España de las adopciones constituidas por la competente autoridad extranjera), constituyen un tríptico de materias reservado a exclusiva competencia estatal (art. 149.1.8^o CE 1978) (C. GIRÓN LÓPEZ, C. CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C. HERNÁNDEZ IBAÑEZ, J. MÉNDEZ PÉREZ^[30]). La cuestiones de DIPr. relativas a la adopción internacional (competencia judicial internacional, Ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones extranjeras) no pueden ser reguladas por las CCAAs.

^[28] Disposición final quinta LAI: “Título competencial. 1. Los artículos 5, 6, 7, 8, 10, 11 y la disposición final primera se dictan al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil reconocida por el artículo 149.1.8.^a de la CE, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y de las normas aprobadas por éstas en ejercicio de sus competencias en esta materia. 2. El artículo 12 se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.^a de la Constitución española. Los restantes artículos de esta Ley se dictan al amparo de las competencias exclusivas del Estado en materia de relaciones internacionales, administración de justicia y legislación civil reconocidas por el artículo 149.1.3.^a, 5.^a y 8.^a de la Constitución Española”.

^[29] F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Univ. RJC, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 154-159; J. MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 32-38.

^[30] C. GIRÓN LÓPEZ, “Estudio comparado de la normativa autonómica en materia de protección de menores”, *Protección jurídica del menor*, Comares, 1997, pp. 29-45; C. CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, “La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de menores”, *Protección jurídica del menor*, Comares, Granada, 1997, pp. 15-27; C. HERNÁNDEZ IBAÑEZ, *La situación jurídica del menor en el marco de las Leyes de las Comunidades Autónomas*, Dykinson, Madrid, 1998; J. MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 24-29; J.J. PÉREZ MILLA, “Matching y función pública autonómica en la adopción internacional: los casos Berta”, *Revista de derecho de familia*, núm. 36, 2007, pp. 65-88.

V. Concepto de adopción internacional y ámbito de aplicación de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007.

9. La LAI define la adopción internacional como “*el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos*” (art. 1.2 LAI). El análisis de este precepto pone de relieve diversos datos.

10. a) Concepto amplio de adopción “internacional”. El legislador manifiesta su voluntad de regular la adopción internacional en todas sus manifestaciones de “internacionalidad”. Por ello, el legislador acepta la tesis del “elemento extranjero” (basta la presencia de un “elemento no español” en la adopción de que se trate para que ésta sea considerada una adopción “internacional”^[31]). Y, acto seguido, el legislador especifica que dicho elemento extranjero puede derivar de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los intervinientes en la adopción, tesis ya mantenida por ciertos autores (P. RODRÍGUEZ MATEOS)^[32]. El resultado es claro: si la nacionalidad o residencia habitual de adoptante o adoptado no se concreta en España, la adopción será “internacional”. Es irrelevante, en tal caso, que la adopción se constituya por autoridades españolas o por autoridades extranjeras. Tan solo un supuesto muy específico parece quedar fuera de las previsiones del art. 1.2 LAI: la adopción constituida por autoridad extranjera y que afecta a adoptantes españoles y a adoptando español, todos ellos con residencia habitual en España. Se trata de un caso del que no se conoce precedente alguno, que será rarísimo y muy poco frecuente. Ésta es, sin duda, la razón por la que el legislador no ha considerado este supuesto en la definición legal de adopción internacional (*de minimis non curat praetor* o bien *aquila non capit muscas*: de las cosas o supuestos nimios de escasa importancia real, no se ocupa el legislador). En conclusión, el concepto de adopción internacional es amplio por lo que se refiere a la “internacionalidad” del supuesto. Esta opción de política legislativa es acertada, pues ello permite ofrecer una respuesta “internacional” a todo supuesto de adopción que no aparezca circunscrito exclusivamente a la esfera jurídica española.

^[31] A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 8ª ed., Granada, Ed. Comares, 2007, pp. 14-20.

^[32] P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Art. 9.5 CC”, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 2ª ed., 1995, pp. 242-259, esp. p. 241; también en P. RODRÍGUEZ MATEOS, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988; Id., “Adopción internacional”, *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 353-354.

11. b) Concepto amplio de “adopción”. La definición de adopción internacional pivota sobre un elemento clave: la presencia de un “vínculo jurídico de filiación” entre “adoptantes y adoptandos”. Ello exige aclarar varios aspectos.

1º) El concepto de adopción internacional exige la existencia de un vínculo “de filiación”. Por tanto el concepto de adopción internacional cubre todo tipo de adopción que genera dicho vínculo de filiación. Y en concreto, cubre tanto la adopción “plena” como la adopción “simple” o “menos plena” (situaciones jurídicas que generan un vínculo de filiación, pero no todos los efectos jurídicos propios de la adopción plena “española”) (F. CALVO BABÍO^[33]). Se trata de un enfoque objetivo amplio, muy similar, por cierto, al que sigue el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y adopción internacional] (*vid.* sus arts. 4.c.1, art. 26.1.c, art. 26.2 y art. 27.1). Esta opción legal tiene una explicación sencilla: la adopción sigue, en Derecho comparado, modelos legales distintos. Existen países que regulan y aceptan adopciones simples y adopciones plenas, o exclusivamente adopciones “simples” u “ordinarias”. Pero no por eso estas instituciones dejan de ser “adopciones”. En efecto, estas adopciones generan, en todo caso, un “vínculo jurídico de filiación”. El art. 1.2 LAI es consecuente, abierto y receptivo con los distintos “modelos culturales de adopción” existentes en el mundo.

2º) El concepto de adopción internacional exige que se trate de un vínculo “jurídico” de filiación. El matiz no es baladí. El vínculo debe ser “jurídico” (definido como vínculo de filiación por las normas jurídicas), y no un vínculo “psicológico” o “sociológico” de filiación. En ciertos círculos culturales y legales propios de países lejanos al ambiente jurídico occidental, se llaman y se consideran “hijos adoptados” a determinados sujetos, especialmente menores, que se encuentran, simplemente, “proahijados” o “al cuidado” de ciertas personas o familias, bien de hecho o de Derecho. Pero por más que socialmente se les considere, en dichos ambientes, como “hijos” de la familia que ha asumido su crianza y educación, desde un punto de vista jurídico en estas instituciones no está presente ningún vínculo de filiación entre cuidadores y estos menores. Por ello, estas instituciones no son una “adopción internacional” a efectos del Ordenamiento Jurídico español (art. 1.1 LAI *a contrario*). Para que la LAI considere que la institución legal puede ser considerada una “adopción internacional”, ésta debe implicar un vínculo “jurídico” de filiación (un mero vínculo social o reputacional de filiación no es suficiente). El vínculo jurídico de filiación debe

^[33] Muy bien expuestas por F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Univ. RJC, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 97-122.

derivar de la ley. Ahora bien, dicha ley no tiene por qué ser la ley “española” (pues *ubi lex non distinguit nec nostrum est distinguere*). Y el art. 1.2 LAI, con plena conciencia, no distingue al respecto.

3º) El concepto de adopción internacional cubre tanto la adopción de menores como la adopción de mayores. Es cierto que toda la LAI se presenta vertebrada por la idea de proporcionar una nueva regulación a la adopción de “menores” (como se aprecia en el art. 1.2 LAI^[34]). Ello se puede explicar por varias razones: (a) En la actualidad, la adopción internacional de menores es el tipo de adopción que suscita más problemas sociales y jurídicos en España. Ello hizo que el legislador focalizara la regulación legal contenida en la LAI en la adopción de “menores”. Los casos de adopciones internacionales de mayores son escasos, aunque no inexistentes; (b) En España, como es sabido, sólo se permite la adopción de menores y muy excepcionalmente, la adopción de mayores (art. 175.2 CC^[35]). Sin embargo, es claro que la LAI rige tanto la adopción internacional de menores como la adopción internacional de mayores. No es óbice que en numerosas ocasiones la LAI contenga previsiones sólo relativas a los “menores”. Ello significa que, en el caso de adopción de mayores de edad, la LAI debe ser “depurada” de los preceptos y/o incisos que contiene y que son relativos a “menores”. Tales preceptos e incisos no se aplicarán, lógicamente, a la adopción de “mayores”. En el resto de sus disposiciones, la LAI se aplicará a la adopción de mayores. Esta opción de política legislativa es similar a la que se aprecia en la regulación sustantiva de la adopción en el Código Civil. Dicha regulación, también focalizada en torno a la adopción de “menores”, se aplica también a la adopción de “mayores” (que como se ha recordado, es excepcional en Derecho español), para lo cual basta “no proyectar” los preceptos relativos a “menores” a la adopción de mayores.

4º) La LAI dispone también de un régimen jurídico que se aplica a otras instituciones de protección de menores en los casos internacionales, como la *kafalah* propia del Derecho islámico (*vid.* Título III LAI). Pero ello no convierte, en absoluto, a estas instituciones, en “adopciones”. La intención de legislador

^[34] Art. 2 LAI: “1. La presente Ley establece el marco jurídico y los instrumentos básicos para garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor. 2. La finalidad de esta Ley es proteger los derechos de los menores a adoptar, teniendo en cuenta también los de los solicitantes de adopción y los de las demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional”.

^[35] Art. 175.2 CC: “Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años”.

fue proporcionar una regulación de los supuestos internacionales relativos a estas instituciones de protección de menores por razones de conveniencia y oportunidad (a la par que se introducía un nuevo régimen legal de la adopción internacional).

12. *c) Casos de Derecho interregional.* La LAI se aplica a los supuestos de Derecho internacional privado (adopciones “internacionales”). Ahora bien, en los casos de Derecho interregional (determinación del concreto Derecho Privado español aplicable, común o autonómico), el art. 16 CC remite al art. 9.5 CC. Este precepto vuelve a remitir, a su vez, a la LAI. En consecuencia, las normas de conflicto de la LAI precisarán la Ley reguladora de la adopción en estos casos “interregionales”. La utilización del criterio “residencia habitual” por los arts. 18-21 LAI no plantea problemas en el ámbito del Derecho interregional. La conexión “nacionalidad”, empleada con menor frecuencia en la LAI que la conexión “residencia habitual”, será sustituida por la conexión “vecindad civil” en estos casos de Derecho interregional (art. 16 CC).

VI. Novedades más relevantes de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional

13. Muchas novedades jurídicas introducidas por esta Ley podrían y merecerían ser citadas con detalle. Pero merece la pena destacar, muy sintéticamente, las que siguen.

14. a) El art. 4 LAI recoge una serie de “circunstancias que impiden o condicionan la adopción”, ya que en su presencia se prohíbe “tramitar solicitudes de adopción internacional”. Se trata de circunstancias que impiden todo trámite de adopción internacional ante y por las autoridades españolas. En efecto, el mandato del art. 4 LAI (prohibir la “tramitación” de la adopción internacional), sólo obliga a las autoridades españolas, ya sean éstas judiciales o administrativas, pero no a las autoridades extranjeras. Cualquier trámite por parte de las autoridades españolas relativo a la adopción internacional es imposible (la propuesta previa de adopción internacional, la concesión/denegación del reconocimiento en España de una adopción constituida por la competente autoridad extranjera, la misma constitución de la adopción internacional por juez español, etc.). La más relevante es la llamada “cláusula chadiana” (art. 4.1 LAI). No se podrá realizar ningún trámite relativo a una adopción internacional “cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o

inmerso en un desastre natural". Esta previsión legal persigue evitar el tráfico de menores que se puede producir en situaciones de conflicto bélico y desastre natural y que fue de triste actualidad entre octubre 2007 y enero 2008 en el caso de la ONG francesa "El Arca de Zoé" en el país centroafricano del Chad^[36].

15. b) En principio, toda adopción que debe constituirse en España por un juez español se inicia con una "fase administrativa". Las Entidades Públicas Administrativas competentes en materia de protección de menores realizan multitud de funciones de diferente alcance, que se encuentran relacionadas en el Capítulo II de la LAI (*vid.* especialmente el art. 5 LAI^[37]). Son funciones de in-

^[36] Miembros de la ONG francesa "El Arca de Zoé" intentaron trasladar desde Chad a Francia 103 niños en un vuelo operado por la compañía privada catalana Girget, tripulado por españoles. Los niños procedían de zonas diversas, pero se decía que la mayoría habían sido trasladados al Chad desde Sudán y, en concreto, desde el área de Darfur, donde se vive una guerra cruenta y se padece una situación de hambruna desesperada. Tales menores fueron presentados como "huérfanos de la guerra". Tras ser detenidos por la policía del Chad, se descubrió que los padres de los 103 menores seguían vivos y que, muy probablemente, tales menores, que habían sido obligados a vestir vendajes para aparentar una situación personal de gran necesidad, habían sido robados o sustraídos con engaños a sus padres. La policía de Chad descubrió que los niños no procedían de Darfur, sino de distintas zonas de Chad. Un tribunal de dicho país condenó a penas de trabajos forzados a varios responsables franceses de "El Arca de Zoé" por el delito de raptos de menores, así como a diversas y sustanciosas penas pecuniarias. Posteriormente, tras una gestión personal del Presidente francés N. SARKOZY, los condenados fueron trasladados a Francia donde cumplirán penas privativas de libertad, todo ello en virtud de un Convenio internacional vigente en Chad y Francia de 1976 sobre cumplimiento de sentencias penales. Esta "crisis chadiana" puede seguirse en la prensa con todo lujo de detalles. *Vid. ad ex., diario El País* 25 enero 2008 y www.iss-ssi.org.

^[37] Art. 5 LAI (*Intervención de las Entidades Públicas de Protección de Menores*). "En materia de adopción internacional corresponde a las Entidades Públicas competentes en materia de protección de menores: a) Organizar y facilitar la información sobre legislación, requisitos y trámites necesarios en España y en los países de origen de los menores, velando para que esa información sea lo más completa, veraz y actualizada posible y de libre acceso por los interesados. b) Facilitar a las familias la formación previa necesaria que les permita comprender y afrontar las implicaciones de la adopción internacional, preparándolas para el adecuado ejercicio de sus funciones parentales una vez constituida aquella. Podrán delegar esta función en instituciones o entidades debidamente autorizadas. c) La recepción de las solicitudes, en todo caso, y su tramitación, ya sea directamente o a través de Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional debidamente acreditadas. d) La expedición, en todo caso, de los certificados de idoneidad, previa elaboración, bien directamente o a través de instituciones o entidades debidamente autorizadas, del informe psicosocial de los solicitantes de la adopción, y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, la expedición del compromiso de seguimiento. e) Recibir la asignación del menor, con información sobre su identidad, su adoptabilidad, su medio social y familiar, su historia médica y necesidades particulares; así como la información relativa al otorgamiento de los consentimientos de personas, instituciones y autoridades requeridas por la legislación del país de origen. f) Dar la conformidad respecto a la adecuación de las características del niño asignado por el organismo competente del

formación a los particulares implicados en la adopción, de facilitación de tramitación de la adopción internacional, de formación, apoyo técnico a adoptados y adoptantes, colaboración con los organismos públicos de los países de origen del menor, seguimiento de la adopción ya constituida, apoyo postadoptivo, etc. Ahora bien, en relación con la adopción internacional, esta fase administrativa previa comprende necesariamente, dos elementos fundamentales.

16. c) La constitución de la adopción internacional por juez español sigue un sistema de competencia judicial internacional en el que queda garantizada la constitución de la adopción gracias a una notable amplitud de los foros de competencia judicial internacional (art. 14 LAI). Se asegura también el principio de “conexión mínima” (*Minimum Contact Test*). Sólo una “vinculación real” del caso concreto con España justifica la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Así lo indica la Exposición de Motivos de la LAI^[38].

17. d) La LAI contiene también foros de competencia judicial internacional para la declaración de nulidad de una adopción en supuestos internacionales, para la conversión de la adopción simple en adopción plena, y para la modificación o revisión de una adopción.

18. e) La LAI conserva la figura, siempre controvertida, de la adopción consular. Esta figura se creó para que los colonos occidentales desplazados a Amé-

país de origen con las que figuren en el informe psicosocial que acompaña al certificado de idoneidad. A lo largo del proceso de adopción internacional ofrecerán apoyo técnico dirigido a los adoptados y a los adoptantes, prestandose particular atención a las personas que hayan adoptado menores con características o necesidades especiales. Durante la estancia de los adoptantes en el extranjero podrán contar para ello con la colaboración del Servicio Exterior. g) Los informes de los seguimientos requeridos por el país de origen del menor, que podrán encomendar a entidades como las previstas en el artículo 6 de esta Ley o a otras organizaciones sin ánimo de lucro h) El establecimiento de recursos cualificados de apoyo postadoptivo para la adecuada atención de adoptados y adoptantes en la problemática que les es específica. i) La acreditación, control, inspección y elaboración de directrices de actuación de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional que realicen funciones de intermediación en su ámbito territorial. En sus actuaciones en materia de adopción internacional, las Entidades Públicas competentes promoverán medidas para lograr la máxima coordinación y colaboración entre ellas. En particular, procurarán la homogeneización de procedimientos, plazos y costes”.

^[38] Exposición de Motivos de la LAI (III): “Inspirada en el principio de «conexión mínima», una autoridad española no debe proceder a la constitución, modificación o declaración de nulidad de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España. De ese modo, se evita la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor”.

rica y otros países muy alejados de la metrópoli pudieran constituir adopciones en Estados que no disponían de autoridades al efecto. La LAI no ha eliminado la adopción consular. Aunque se ha dicho, no sin acierto, que la adopción consular genera una “escasa práctica” (N. BOUZA VIDAL, J.M. ESPINAR VICENTE, P. RODRÍGUEZ MATEOS^[39]), esta adopción consular puede resultar útil en ciertas ocasiones en las que quizás puede operar en interés del menor adoptando (A. DURÁN AYAGO, J.M. PAZ AGÜERAS) y sintoniza con la labor general de los Cónsules en materia de estado civil (P. RODRÍGUEZ MATEOS)^[40].

19. f) En cuanto a la ley aplicable a la constitución de la adopción internacional, la nueva regulación determina no sólo la ley estatal aplicable a la “constitución” de la adopción internacional por autoridades españolas (arts. 18-21 LAI), sino también la ley reguladora de la “conversión”, “nulidad” y “revisión” de la adopción (art. 22 LAI). La regulación de la LAI es así, mucho más perfecta que la contenida en el viejo texto art. 9.5 CC. El principio básico que inspira tales preceptos es la aplicación de la Ley del país en cuya sociedad se integra el menor. La nueva regulación arranca de un principio básico: la adopción debe regirse por la Ley de la sociedad en la que está o va a estar integrado el adoptando. Es decir, se opta, en todo caso, por la ley del país en cuya sociedad el adoptando tiene o va a tener próximamente su “centro social de vida”. Esta opción de política legislativa es plenamente acertada. Ello garantiza el efecto social de las Leyes estatales, el respeto de la autoridad de las leyes del país cuya sociedad se ve afectada en mayor medida por la adopción. La LAI sigue el clásico sistema del “conflicto de leyes”. Es decir, entre los países conectados con el supuesto, la norma de conflicto de leyes de la LAI detecta cuál es el país más vinculado con

^[39] P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Art. 9.5 CC”, *Comentario al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 2ª ed., 1995, pp. 242-259; J.M. ESPINAR VICENTE, “La modificación del art. 9.5 CC en el Proyecto de reforma sobre adopción”, *RJ La Ley*, 1986, pp. 996-1002; ID., “La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la DGRN)”, *AC*, 1997, pp. 757-771; J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 372-374; N. BOUZA VIDAL, “La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre y su proyección en Derecho internacional privado”, *RGLJ*, 1987, pp. 897-931.

^[40] A. DURÁN AYAGO, “La filiación adoptiva en el ámbito internacional”, *La Ley*, núm.5272, 21 marzo 2001, pp. 3-14; ID., “El papel de las entidades colaboradoras de adopción internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 325-346; J.M. PAZ AGÜERAS, “La adopción consular. El problema de la propuesta previa”, *BIMJ*, núm.1552, 1990, pp. 519-539; ID., *La adopción consular*. Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1990; M.A. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dyinson, 2004, pp. 296-305; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988, p. 137.

el supuesto y ordena la aplicación, a la adopción, de la ley sustantiva de dicho país. Ahora bien, la LAI permite “aplicar” o “tomar en consideración” otras leyes extranjeras. Dichas leyes “no rigen” la adopción (puesto que la adopción internacional repercute y afecta a “otra sociedad”, que es la sociedad del país donde el adoptando ha establecido o va a establecer su residencia habitual), pero su aplicación y/o toma en consideración se acepta por el legislador español si con ello la adopción constituida en España aumenta sus posibilidades de ser considerada como “válida” en esos otros países. Los arts. 19 y 20 LAI siguen, en este punto, la línea inspiradora que vertebra el art. 77.1 y 2 Ley Suiza de DIPr. de 18 diciembre 1987^[41].

20. g) La LAI señala igualmente la ley aplicable a la conversión, nulidad y revisión de la adopción. La determinación de la ley aplicable a estos tres supuestos constituye una novedad de la LAI (art. 22 LAI). En efecto, el antiguo texto ya derogado del art. 9.5 CC, nada decía al respecto.

21. h) La LAI contiene un set completo de normas sobre los efectos jurídicos que surten en España las adopciones constituidas legalmente en países extranjeros. El art. 25 LAI recoge la prevalencia normativa de las normas de origen internacional sobre el Capítulo III LAI (relativas a los efectos en España de adopciones constituidas en el extranjero). El Capítulo III LAI regula con profunda exhaustividad y con cartesiana precisión y cristalina sistemática los “efectos en España de la adopción constituida por autoridades extranjeras”. Todo el sistema de reconocimiento de adopciones “extranjeras” recogido en el art. 26 LAI se edifica sobre un enfoque metodológico completamente nuevo: el método del *Annerkennungsprinzip*. Este nuevo enfoque indica que una adopción situación legalmente constituida en un Estado debe ser “reconocida” en España mediante un “control en origen” de dicha adopción. La adopción debe haberse ajustado a las exigencias legales requeridas en el Estado cuya autoridad constituyó tal adopción (en el fondo se trata de un “conflicto de sistemas” resuelto *ab origine*)^[42]. Eso debería

^[41] Art. 77.1 y 2 Ley Suiza de DIPr. de 18 diciembre 1987: “1. I presupposti dell'adozione in Svizzera sono regolati dal diritto svizzero. 2. Ove risulti che un'adozione non sarebbe riconosciuta nello Stato di domicilio o di origine dell'adottante o dei coniugi adottanti, con conseguente grave pregiudizio per il figlio, l'autorità tiene conto anche dei presupposti giusta il diritto di detto Stato. Se anche in tal caso il riconoscimento non sembri assicurato, l'adozione non può essere pronunciata”.

^[42] A. BUCHER, “Über die räumlichen Grenzen der Kollisionsnormen”, *Festschrift Frank Vischer*, Zürich, 1983, pp. 93-105; PH. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, pp. 189-203; ID., “Nota sent. Rabat 24 octobre 1950”, *RCDIP*, 1952, p. 89; ID., “Nota sent. Paris 7 julio 1954”, *RCDIP*, 1954, pp. 582 ss.; ID., “Conflits de lois

ser suficiente para que la adopción sea considerada “válida” y “existente” en España (efecto constitutivo en España de la adopción constituida por autoridad extranjera). Este nuevo enfoque metodológico facilita la vida internacional de las personas y su circulación transnacional (D. BUREAU / H. MUIR WATT^[43]). En sintonía con el nuevo método del *Anerkennungsprinzip* sobre el que se edifica la LAI, el régimen jurídico del “reconocimiento” en España de las adopciones constituidas por autoridad extranjera constituye toda una “mutación metodológica” muy profunda (D. BUREAU / H. MUIR WATT^[44]), que descansa sobre dos ideas básicas (recogidas en la Exposición de Motivos LAI^[45]). En efecto, con arre-

(Principes généraux)”, *E. Dalloz DI*, vol. I, París, 1968, pp. 470-497. En lengua castellana, la más exhaustiva y más clara exposición de esta difícil cuestión se debe, sin duda alguna, a E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Comares, Granada, 2001.

[43] D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 264 y 579-593. Sobre este nuevo *Approach* metodológico, *vid.* D. HENRICH, “Anerkennung statt IPR. Eine Grundsatzfrage”, *IPRax*, 2005, pp. 422-429; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 355; D. COESTER-WALTJEN, “Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf”, en *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 121-132; *Id.*, “Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht”, *IPRax*, 2006, vol. 26, núm. 4, pp. 392-402; E. JAYME / CH. KÖHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPRax*, 2001, pp. 501-512; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 8ª ed., Granada, Ed. Comares, 2007, pp. 329-333; P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243; H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l’ordre juridique français*, Paris, L.G.D.J., 2005; S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004; P. PICONE, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”, *RCADI*, 1999, pp. 9-296; G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-520; S. BOLLÉE, “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *RCDIP*, 2007, pp. 307-355; A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *RCADI*, 2000, vol. 283, pp. 19-186; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973; H.-P. MANSEL, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, *RabelsZ*, 2006, núm. 4, pp. 1-40; A. BONOMI, “Globalización y Derecho internacional privado”, *Globalización y comercio internacional*, XX Jornadas AEPDIRI, Madrid, 2005, pp. 223-237; B. ANCEL, “Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères”, *TCFDIP*, 1986/1987, pp. 25-56; B. ANCEL, “Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères”, *RDIPP*, 1992, pp. 201-220; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, “Le Forum Shopping devant les juridictions françaises”, *TCFDIP*, 1998-1999, 2001, pp. 49-70; P. VAREILLES-SOMMIERES, *Forum Shopping in the European Judicial Area*, 2007.

[44] D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, p. 269.

[45] Exposición de Motivos LAI (III): “(...) Con base en lo anterior, la Ley establece un régimen para el reconocimiento en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de

glo a la LAI indica que la adopción constituida por autoridad extranjera sólo será reconocida en España si: (a) Dicha adopción se ha constituido válidamente en el Estado de origen (“control en origen” de la validez de la adopción “extranjera”); (b) Además, dicha adopción debe satisfacer “determinadas exigencias de regularidad jurídica o que giren en torno al interés del adoptando”. Con ambas exigencias, el Capítulo III LAI persigue alcanzar diversos objetivos. Primero: se trata de evitar que una adopción no constituida regularmente en un país extranjero, pueda desplegar efectos legales en España (pues podría encubrir un caso de “tráfico de menores”). En efecto, carece de sentido y vulnera el principio de “libre circulación de adopciones internacionales” admitir el reconocimiento en España de una adopción que no es válida en el Estado de origen (Estado cuyas autoridades han constituido la adopción). Segundo: se trata de evitar, igualmente, que las adopciones constituidas por autoridad extranjera sin un respeto suficiente a los mínimos *standards* de Justicia, con especial atención al interés del menor, puedan introducirse en el orden jurídico español y producir efectos jurídicos en España. Los requisitos necesarios para obtener el reconocimiento son los siguientes (arts. 26 y 31 LAI): 1º) Competencia de la autoridad extranjera; 2º) Control de la Ley estatal aplicada; 3º) Correspondencia sustancia de los efectos jurídicos entre la adopción extranjera y la adopción regulada en España; 4º) Exigencia del certificado de idoneidad español para ciertos adoptantes; 5º) Requisito complementario en caso de adopción de un español: consentimiento de la entidad pública correspondiente; 6º) Regularidad formal del documento donde consta la adopción mediante la legalización y traducción de los documentos extranjeros en los que consta la adopción.

22. i) La LAI regula también el estatuto jurídico básico de las “Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional” (ECAIs) que pueden intervenir, con distinto alcance y funciones, en el complicado proceso de la adopción internacional. Estas ECAIs desarrollan “*funciones de intermediación en la adopción internacional*” (art. 4.5 y 6.1 LAI). Pero debe subrayarse con énfasis que su intervención en una adopción internacional no es nunca “obligatoria”, aunque en la práctica sea muy frecuente (D.M. GÓNGORA BERNÍCOLA, A. DURÁN AYAGO,

normativa internacional aplicable. Dicho régimen gira en torno a una idea elemental: la adopción sólo será reconocida en España si se ha constituido válidamente en el Estado de origen y si, además, satisface determinadas exigencias de regularidad jurídica o que giren en torno al interés del adoptando. De ese modo, se evita que una adopción que no haya sido regularmente constituida en un país extranjero, pueda desplegar efectos legales en España y que las adopciones constituidas sin un respeto suficiente a los mínimos niveles de justicia, con especial atención al interés del menor, surtan efectos en España”.

J.I. ESQUIVIAS JARAMILLO, A. ISABEL HERRÁN^[46]. Los requisitos exigidos a las ECAIs para obtener la acreditación necesaria para realizar sus “actividades de intermediación” se recogen en los arts. 6-8 LAI y en las normas de las CCAA que regulan la protección de menores (que complementan o completan la regulación estatal). En general, las ECAIs deben obtener una “acreditación” que les permite desarrollar sus funciones (art. 7 LAI). La acreditación es expedida por las autoridades públicas competentes de las CCAAs (art. 7.7 LAI). Dichas autoridades públicas son competentes para la “acreditación, seguimiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional que actúen en su ámbito territorial, de acuerdo con la normativa autonómica aplicable”.

23. j) En cuanto al acceso al Registro Civil de las adopciones constituidas en el extranjero, lo debe llevar a cabo el Encargado del Registro Civil español antes de proceder a la inscripción de la adopción constituida por la competente autoridad extranjera en el Registro, y es un “control incidental”. Se practica por el mismo Encargado ante la presentación del documento en el que consta la adopción. No es preciso que tal adopción haya superado ni un *exequatur* ni ningún otro mecanismo previo de control legal. Por tanto, el Encargado del Registro Civil español controlará el cumplimiento y verificación de los requisitos contenidos en el art. 26 LAI (art. 27 LAI). Este art. 27 LAI recibe la doctrina del “reconocimiento incidental registral” en materia de adopción constituida por la competente autoridad extranjera, doctrina creada por la DGRN (ConDGRN 22 diciembre 2004 y Res.Circular DGRN 15 julio 2006).

24. k) La LAI aborda la regulación legal de las adopciones simples. El art. 1.2 LAI incluye, sin duda ninguna, en el concepto de “adopción internacional”, tanto la adopción plena como la adopción simple. En consecuencia, las reglas sobre competencia judicial internacional para la constitución, revisión, y nulidad de la adopción contenidas en los arts. 14-17 LAI son aplicables a la adop-

^[46] Vid. Diario El País, 1 noviembre 2007, p. 46: “Una nueva Ley impedirá adoptar menores en países inestables”, en donde se indica que “la mayoría de los 4472 niños adoptados en el extranjero en 2006 (994 menos que en 2005, en parte por las restricciones impuestas por China) se asignan a través de ECAIs”. Sobre la cuestión, vid. D.M. GÓNGORA BERNÍCOLA, “El papel de las ECAIs en el proceso de la adopción internacional dentro y fuera del Convenio de La Haya”, en D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Ed. Colex 2004, pp. 169-178; A. DURÁN AYAGO, “El papel de las entidades colaboradoras de adopción internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 325-346; J.I. ESQUIVIAS JARAMILLO, *La Adopción Internacional*, Madrid, Colex, 1998, pp. 74-105; A. ISABEL HERRÁN, *La adopción internacional*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 50-58.

ción simple. Igualmente, las normas de conflicto recogidas en los arts. 18-23 LAI señalan la ley aplicable tanto a la adopción plena, como a la adopción simple. El tratamiento jurídico en España de estas adopciones simples constituidas por autoridad extranjera es una cuestión muy relevante. Tales “adopciones simples” no surten efectos jurídicos en España “como adopciones” (art. 26.2 LAI). Ello no quiere decir que tales adopciones simples constituidas por autoridad extranjera “desaparezcan” para el ordenamiento jurídico español y que se deban considerar como medidas de protección de menores “inexistentes” y por tanto “no válidas” en España. Antes de la LAI, la cuestión resultaba ciertamente, muy dudosa. En efecto, el legislador español ignoraba paladinamente la presencia en España de adopciones simples legalmente constituidas en otros países. En la actualidad, por el contrario, ya no cabe duda alguna. La LAI se ha ocupado por vez primera de los efectos jurídicos en España de estas “adopciones simples” (arts. 30-31 LAI). La explicación de esta atención brindada por la LAI a estas adopciones simples obedece al “interés del menor”. En efecto, cuando una adopción simple constituida por autoridad extranjera “cruza la frontera” y se invoca o “se hace valer” en España, el principio básico del “interés del menor” (art. 2.1 LAI), obliga a que dicha adopción simple (que hace surgir, no se olvide, un “vínculo de filiación”), no sea considerada como “inexistente” o como “evaporada” en España. La LAI regula también la conversión de una adopción simple en una adopción plena (art. 30.4 LAI).

25. l) La LAI contempla también el status jurídico en España de las *kafalah* del Derecho islámico clásico. Para proteger a los menores necesitados, el Derecho islámico dispone de la institución legal de la *kafalah*. La *kafalah* se encuentra contemplada en la *Shari'a* (conjunto de reglas para la vida del musulmán basado en diversas fuentes, como el mismo Corán, la Sunna, la Ijma y la Qiyyas). La *kafalah* del Derecho musulmán es una institución legal que no genera un “vínculo de filiación” entre el menor y sus “cuidadores” (*kafils*). El contenido y la finalidad de la *kafalah* es claro: la *kafalah* se limita a fijar una obligación personal en cuya virtud los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación. Tras muchos años de paladina ignorancia de la *kafalah* por parte del legislador español, la LAI se ocupa en la actualidad de esta cuestión. Los efectos jurídicos de las *kafalahs* constituidas por autoridades extranjeras con arreglo al Derecho islámico se regulan por el Capítulo II (*Efectos de las decisiones extranjeras en materia de protección de menores*) del Título III de la LAI (*Otras medidas de protección de menores*). El legislador español de 2007 ha sido sensible a la realidad de la *kafalah* del Derecho islámico clásico (sin duda

por el relieve social que dicha institución ha alcanzado en España, país receptor de menores sometidos a *kafalah*). En efecto, la solución proporcionada por el art. 34 LAI es la siguiente: la *kafalah* se equipara al “acogimiento familiar” o, en su caso, a una “tutela”, regulados en el Derecho español, si concurren los siguientes requisitos (art. 34. números 1 a 4 LAI).

VII. Reflexión final

26. La regulación de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional, contiene un espectro de soluciones jurídicas extraordinariamente creativas. Esta Ley se configura como un auténtico sistema en sí mismo y abandona el viejo centro de soluciones del Derecho internacional privado, ya obsoleto, contenido en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil (arts. 8-12). Las soluciones recogidas en esta Ley 54/2007 pueden ser calificadas como soluciones intensamente “interculturales”. Respetan los espacios de aplicación del Derecho extranjero y los *standards* de cultura extranjeros cuando la adopción afecta a una sociedad extranjera y no a la sociedad española. No imponen una aplicación “imperialista” del Derecho material español a toda adopción a constituir por tribunales españoles ni a través de un lefeorismo exacerbado ni a través de un orden público internacional “agresivo”. Además, el sistema de control para que las adopciones constituidas legalmente en el extranjero surtan efectos en España es receptivo pero exigente. Todo ello, en beneficio, siempre, del interés del menor. Desde este punto de vista, la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional, representa una nueva esperanza para los derechos del menor, y en especial, para los derechos del menor adoptando. En el mundo actual, siempre en movimiento está el futuro, y las amenazas contra los derechos de los menores constituyen un peligro real de gran envergadura que para el Derecho constituye un desafío. Para combatir tales peligros y procurar el máximo respeto al interés del menor, en particular, a la hora de integrarse en una nueva familia que le acoge como hijo, esta Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, representa, sin duda, como una nueva esperanza. Sea, pues, muy bienvenida.

Mesa 1

Dos experiencias vitales

Margarita Sáenz-Diez

Pilar Cernuda

Presentación: Jesús López-Medel

Jesús López-Medel Báscones

*Miembro del Patronato de Æquitas
Director de la Jornada*

Presentación:

ADOPCIÓN INTERNACIONAL: DOS EXPERIENCIAS VITALES

Empezamos esta mesa redonda “Adopción internacional: dos experiencias vitales” con la presencia de Margarita Sáenz-Diez Trias.

En el año 1996 conocí a Margarita porque vino a mi despacho a hacerme una entrevista para uno de los medios de comunicación en los que trabaja. Unos años después ella escribiría un libro, junto con Pilar Cernuda “*Los hijos más deseados*” editado por El País-Aguilar y, aunque ahora las publicaciones en materia de adopción proliferan, en aquel tiempo eran más escasas y, además, muy interesante y útil, porque en dicho libro se contienen referencias, pensamientos y vivencias, no sólo de ellas, sino también de muchas otras personas.

En todo caso, hay algo que ella tiene para aportar aquí y es su propia experiencia, su propia vivencia como madre adoptante de Miguel, Margarita y Edith. Esa experiencia personal y ese compromiso, es lo que también le lleva a colaborar en estos temas, respondiendo entusiastamente a mi llamada para participar en esta Jornada.

Y, al mismo tiempo, tiene una dimensión, al igual que la tiene Pilar Cernuda, muy importante, que es la de los medios de comunicación. Aquí en esta Jornada contamos con expertos jurídicos a todos los niveles –Jueces, Notarios, Fiscales, representantes del Poder Judicial, Administraciones Autonómicas, Estatales, Asociaciones de padres, ECAIs, etc.-; pero ella también, aparte de la experiencia personal de ser madre adoptiva de tres hijos, trabaja en los medios de comunicación.

Sin más le doy el uso de la palabra y te agradezco mucho, Margarita, que estés aquí, bienvenida a esta Casa, en la cual tú estás siempre escuchando lo que los parlamentarios hablamos y tienes hoy la oportunidad de hablar y de poder decir todo lo que crees, todo lo que consideras y todo lo que llevas dentro de tu vida y tu corazón.

Margarita Sáenz-Díez Trias

Periodista

ADOPCIÓN INTERNACIONAL: DOS EXPERIENCIAS VITALES

Muchas gracias, Jesús.

Me has recordado esa entrevista que tuvimos hace años en la cual descubrí, por una llamada fortuita, que tú también eras padre adoptivo. En ese momento aún no estaba la familia al completo. Tenías un hijo y ahora tienes tres. Lo cierto es que entre nosotros se creó enseguida una fuerte corriente de complicidad.

Hablo aquí, en la Sala de Columnas del Congreso de los Diputados, ante personas que conocen bien el tema de la adopción. Seguramente muy expertas en cuestiones que a mí se me escapan. Pero tanto si son padres adoptivos, como si tienen experiencia de relacionarse con familias formadas por padres o madres adoptivas, habrán detectado que el *clan de padres adoptantes* formamos un equipo unido por unos hilos invisibles. Que establecemos sin ningún esfuerzo una comunicación inmediata y de mutua simpatía, independientemente de la posición profesional, política o personal en la que cada uno se encuentre.

Casi me atrevería a decir que formamos una secta en el mejor sentido de la palabra. Porque la unión que existe entre padres y madres con hijos adoptivos es algo espontáneo. Inevitable. Añado ahora que el calificativo de adoptivos, lo utilizo por el marco en el que nos encontramos porque para nosotros son plenamente *nuestros hijos*, a todos los efectos. Ni se nos ocurre pensar si son adoptados o no.

Aunque se me ha invitado a hacer alguna reflexión sobre el Proyecto de Ley, me he centrado más en el epígrafe de esta charla, "Dos experiencias vitales". Así que antes que nada les explico que mi marido, el periodista Enric Sopena y yo, tenemos tres hijos adoptados, dos de ellos de 24 y 25 años, son hermanos biológicos. El más pequeño, que tiene sus orígenes biológicos en el África negra, concretamente en Cabo Verde, tiene 18 años.

Nuestra familia tiene un largo recorrido. Los dos mayores, llegaron con 4 y 6 años, una edad poco habitual en la medida en que las parejas que suelen acudir a sus respectivas Comunidades Autónomas para adoptar consideran que ésa es una edad algo tardía. Puede serlo desde algún punto de vista pero, desde luego, para nuestros hijos no lo fue porque realmente en ese momento cambió su vida y la nuestra, la de todos.

Me niego a aportar alguna pincelada que destaque de forma encomiable la acción de los padres adoptivos. No quiero calificar su actitud de generosa. El planteamiento debe hacerse en sentido inverso. Es decir, ¡qué suerte hemos tenido de tener la oportunidad de ser los padres de nuestros hijos!

Del día que acudimos a buscarles, tenemos una anécdota que nunca olvidaremos. La niña de 4 años tiró de mi falda y me dijo: *¿Te puedo llamar mamá?* Nuestros niños habían vivido en centros de la Comunidad de Madrid, muy bien atendidos por cierto. Porque una vez superada su situación anterior, estuvieron muy protegidos. En los centros infantiles previos a la adopción, los niños comentan a menudo que quieren tener unos “padres para siempre”. Seguramente, en aquel momento, mi hija quería tener a su madre para siempre; sin esperar más.

Unos años después, nuestros niños estaban empeñados en tener otro hermanito. Entonces fue cuando adoptamos al pequeño de origen caboverdiano. Entre ellos hay una relación de auténtica adoración, en la que no se asoman para nada sus distintos orígenes biológicos.

En cuanto a mi marido y padre de nuestros tres hijos, tiene a su vez dos hijas biológicas de un primer matrimonio. Y muchas veces nos comenta, que para él sus 5 hijos son exactamente iguales. Que en su cariño no hay distinción ninguna entre biológicos y adoptados.

Pero más allá de mi experiencia vital, quería comentarles una cuestión que no es habitualmente objeto de debate en los medios de comunicación, pero opino que es oportuno abordarlo ahora. Se trata de que, a menudo, los medios de comunicación trasladamos una imagen excesivamente color de rosa de la adopción. Nos gusta explicar los aspectos positivos, lo más gratificante, lo que ha supuesto para los padres y para los hijos cambiar de situación y formar una nueva familia. Pero creo que es necesario proyectar a la vez una mirada crítica para que la visión de conjunto sea más completa, más global.

Es evidente que la adopción en nuestro país ha dejado de ser un tema tabú. Lo hemos comprobado todos. Aquellos temores que había tiempo atrás, cuando una pareja ocultaba a su hijo el origen biológico, casi han desaparecido. Tampoco están presentes aquellos vestigios de madres que se inventaban un embarazo para legalizar, socializar o introducir con normalidad en su familia, al niño adoptado.

Estas maniobras han desaparecido casi por completo. Y digo casi, porque cuando Pilar Cernuda y yo publicamos el libro *Los hijos más deseados*, estábamos en una emisora de radio hablando de nuestra obra y nos llamó una mujer para explicarnos que tenía una hija de 15 años adoptada, y que llevaban tantos años

como los que había cumplido su niña, levantándose por la mañana ella y su marido con el propósito de decirle ese día que era adoptada. Luego, hacían marcha atrás y vivían una angustia sin sentido, que eran incapaces de superar.

En nuestra familia no hubo ningún problema en ese sentido. Los dos mayores conocían a sus padres biológicos, y el pequeño era un bebé al que había que explicárselo. Un día me dijo con lengua de trapo que quería hacerse un rollito y meterse en mi tripita. Le expliqué que eso no podía ser porque “era hijo de mi corazón”.

Después de tantos años de observar a familias que han adoptado, tengo la impresión de que en ocasiones se observa de otro modo a los niños adoptados. Aunque oficialmente todo es muy natural y está perfectamente asumido, se proyecta en algunos casos una mirada que no es neutra. Y esa ausencia de neutralidad acaba condicionando la actitud de algunos padres adoptivos, de educadores, de familiares, de amigos, que se mueven en ese entorno.

De un niño adoptado demasiadas personas esperan, en ocasiones con ridícula ansiedad, que sea más guapo que sus compañeros. Es decir, que la niña que ha llegado de China tiene que ser necesariamente más mona que la niña que ha nacido en Albacete. Es un deseo no explicitado, acaso no del todo consciente, pero que delata la actitud que describo.

Es como si la belleza que se desea para los niños adoptados, encubriera de hecho la búsqueda de una prueba fehaciente. De una prueba que confirme que los rastros anteriores, cuando han sido negativos –en menor medida si son bebés- han desaparecido por completo para dejar paso a un rostro encantador.

Si nos fijamos con un poco de calma, ocurre algo similar en relación a las habilidades sociales o intelectuales; a sus capacidades para el aprendizaje. El mensaje de que es un niño o una niña con un alto nivel de inteligencia, o que aprende muy aceleradamente la lengua castellana, o que progresa más rápidamente que los niños de su misma edad, puede llevar implícita una referencia atávica, una irritante cantinela, “y todo eso a pesar de que...”

Si hablamos con libertad de estas cuestiones, podremos situarnos en el camino que permitirá superarlas. Si las ponemos sobre la mesa, acaso conseguiremos que todas las miradas sean neutrales. Que tengan la misma nitidez que la nuestra; las de los padres y madres que hemos tenido la gran oportunidad de tener hijos adoptados.

En ese avance, nos ayudará el incremento de las adopciones de niños étnicamente diferentes. Con los chavales centroeuropeos, como las coincidencias en la visibilidad son mayores los problemas son mínimos. Es más, ese modelo de niño rubio de ojos azules es muy deseado. Les pondré un ejemplo.

Nosotros vamos en verano a un pueblo de la Sierra de Cameros, Torrecilla, de unos 400 habitantes. La escuela del pueblo estuvo a punto de cerrar por falta de alumnos. En esa etapa se estableció una frecuente conexión en autobús entre Logroño y Bucarest, con la consiguiente llegada de inmigrantes rumanos. Ahora, la escuela de Torrecilla sigue abierta y junto a los niños cameranos hay muchos críos rubios de ojos azules.

Estoy convencida de que la adopción internacional, con la incorporación de niños y niñas de etnias diferentes, favorecerá esa mirada neutra y plural que reclamo sin excepción ninguna.

A mi juicio, todos los equipos implicados en el delicado proceso de entregar la vida de un niño o una niña a unos padres inéditos, tendrían que subrayar que el niño, como ocurre con los biológicos, llegará con una interrogante debajo del brazo. No se sabe cómo evolucionará. Se desconoce si será fácil o complicado. Si desarrollará alguna carencia física o psíquica. Por tanto, los padres adoptivos tendrían que desterrar las historias color de rosa y abrirse de forma responsable a la posibilidad de que ese color rosa, finalmente acabe en gris o blanco.

Hay otro aspecto que debería quedar muy claro: la erradicación definitiva de la denominada "devolución de los niños". Cuando por las causas que sean la situación se vuelve insostenible, la utilización del verbo devolver no es la adecuada. No es el que debe utilizarse cuando la situación se hace insostenible para los padres o para los hijos.

El único verbo que se debería conjugar en su caso es el del abandono. Porque, en efecto, se trataría de un nuevo abandono. En ocasiones, la situación no tiene salida y que conste que no entro en modo alguno a juzgar a quienes tienen que llegar a esa dolorosa situación. Pero considero que no se trataría de devolver a un niño, que es un hijo para siempre. Sería un abandono, en buenas manos, por supuesto, y obligado por las circunstancias. Este es otro aspecto en el que habría que insistirse en la fase previa a la adopción.

En todo caso, no me cabe ninguna duda de que la adopción es una de las aventuras más apasionantes que puede emprender cualquier hombre y cualquier mujer. Se la recomiendo vivamente.

Jesús López-Medel

Muchas gracias Margarita por todas las referencias que has hecho al tema desde la óptica más importante, que es la humana. Gracias, también a Pilar, por estar con nosotros.

Hay algo que nos une a los que hemos pasado y pasamos la experiencia de ser padres adoptivos que es el compromiso por intentar aportar nuestra experiencia y poder ayudar a otros que se encuentran más perdidos en un mundo complejo. Eso es lo que ellas hicieron conjuntamente en el libro “Los hijos más deseados” y que refleja un trabajo útil para aquellos que quieren adoptar y en el que presentan los aspectos positivos y negativos permitiendo conocer los éxitos y los fracasos, porque en la paternidad o maternidad adoptiva, al igual que en la biológica, las experiencias son aprender cada día cómo tratar a los hijos, cómo ayudarles, si son varios cómo tratarles de una manera igual, pero al mismo tiempo diferente, porque son diferentes. Y esto es un reto.

Estar en política durante 12 años es bastante complicado, pero todavía más difícil que estar en el ámbito de la política es ser padre o madre, y suprimo cualquier tipo de calificativo.

He aludido cómo conocí en 1996 a Margarita. En el caso de Pilar no he tenido ningún trato con ella. Es una persona muy escuchada en los medios de comunicación tratando temas políticos, sobre todo en la radio, pero nunca me había dirigido a ella. Lo hice con ocasión de un programa nocturno cuando ella estaba hablando de un tema de cooperación para el desarrollo, de lucha contra la pobreza. Entonces hice algo que no suelo hacer, le puse unas líneas expresándole mi entusiasmo por lo que acababa de escuchar, porque lo que oí reflejaba algo que, más allá de lo que cada uno se dedique, en este caso la información política, era una gran humanidad. Ojala aquellas personas que, estén donde estén, puedan dedicar también sus reflexiones de forma pública desde la responsabilidad que tienen los que siempre disponen de un micrófono de dar un contenido más humano a la sociedad en la que vivimos. Es algo que me parece digno de consideración.

Pilar tiene a Julia, su hija, y desde esa experiencia y desde ese sentimiento de madre nos va a dejar sus reflexiones, agradeciéndole el esfuerzo de estar con nosotros para que podamos escuchar con mucha atención su experiencia personal.

Pilar Cernuda

Periodista

Muchas gracias, Jesús, por tus palabras de acogida.

Me parece una iniciativa espléndida que esta Cámara abra sus puertas al mundo de la adopción. Lo hizo el Senado hace cuatro años con una ponencia que se reunió durante varias semanas para intentar hacer un documento sobre la adopción internacional en España que fue muy útil, pero que no condujo a nada ya que las autoridades no tomaron muy en cuenta aquellas reflexiones que se hicieron por parte de gente muy diversa: padres, instituciones, hijos adoptivos y agencias internacionales de Adopción. Espero que este encuentro en la Sala de Columnas del Congreso de los Diputados sirva para reflexionar un poco sobre lo que es el mundo de la adopción.

Quiero partir de lo más importante: mi hija es mía, y lo digo porque hace muy poco tiempo un bioquímico famosísimo me explicaba que no tenía hijos y que empezaba a sentir una frustración importante y tenía miedo que eso perjudicara incluso a sus relaciones de matrimonio porque veía la frustración por parte de los dos. Le sugerí adoptar y me dijo que no, porque quería un hijo suyo. Le contesté que mi hija es de mi sangre, porque los hijos son lo que tú sientes y yo no concibo que mi hija no sea mía. Los que tengan hijos adoptados me entenderán perfectamente, tiene mi sangre. Les puedo dar el dato curiosísimo de que, aunque mi hija no conoció a sus bisabuelos, tiene manías de mi abuela; tiene terror a las polillas, cosa que no es habitual, incluso hace los mismos gestos con las manos.

Hay tres preguntas que se hace la gente cuando se acerca a alguien que tiene un hijo adoptado: ¿Se pueden devolver los hijos? ¿Deben conocer su origen? ¿Se les quiere igual que a los hijos de verdad?

En la primera pregunta creo, como Margarita, que hay que erradicar del vocabulario la palabra devolver. Según una publicación reciente, el 6% de los niños adoptados son devueltos. Primero, no son devueltos, segundo no dan los datos de los hijos biológicos que son puestos a disposición de las autoridades porque los padres no pueden con ellos.

Cuando Margarita y yo escribimos este libro, fuimos a la Fiscalía de Menores de Madrid. Allí el Fiscal nos comentó que iban muchos padres con problemas gravísimos con sus hijos biológicos para ponerlos a disposición de las instituciones; eran hijos que llegaban a agredirles físicamente por problemas de droga,

de carácter, de enfermedad... Por tanto, se hacían cargo de hijos biológicos que no pueden convivir con sus padres porque ponen en riesgo la seguridad de la familia. El Fiscal, como padre adoptivo, se extrañaba que se pusiera el acento nada más en los casos de hijos adoptivos de los que se hacían cargo posteriormente las instituciones y no en los hijos biológicos, no siendo mayor el número.

Sobre el origen, desde luego un hijo tiene que saber que es adoptado. Creo que con los hijos no hay que tener secretos nunca y hay que contarles la verdad y saber cómo contársela eligiendo el momento apropiado. Por tanto, no les podemos engañar en lo que es más importante en su vida: que no es un hijo biológico y que, sin embargo, eso no significa que tenga menos cariño que los que son concebidos biológicamente.

Creo que hay algo, sin embargo, que no se debe traspasar a un hijo; algo que puede ser un problema, y es la posibilidad de conocer su origen, de conocer quienes son sus padres biológicos. Cuando escribimos el libro nos encontramos con una noticia sobre un orfanato de Navarra que, al sufrir un incendio, entre los restos se encontraron parte de los expedientes de los niños dados en adopción. En los expedientes figuraba el origen biológico de algunos de los niños. Nos entrevistamos con dos de aquellos chicos y también con otras personas que habían conseguido averiguar su origen biológico. Y en todos los casos nos encontramos con un profundo fracaso, porque a las madres que habían abandonado a los niños por razones distintas, no les gustó nada encontrarse años después con el hijo que habían dado en adopción porque en el fondo, probablemente, fue una losa que llevaron toda su vida, que ocultaron, y que aparece en un momento de su vida que ellas no han elegido. Y en todos los casos los chicos que encontraron a sus madres biológicas sufrieron una profunda perturbación porque en ese momento sí se sintieron rechazados por su madre biológica mientras que durante aquellos años crecieron en la incertidumbre de haber sido abandonados porque la madre murió o bien por imposibilidad de criarlos, o por presiones sociales, económicas, etc. Hay muchos niños que han sido dados en adopción porque lo que les esperaba era la muerte por hambre o porque la madre, en algunos países asiáticos, sabía que la única salida que había para aquella niña o aquel niño era la prostitución y, ante ese camino horrible, había preferido darlo en adopción.

Y cuando se encuentran con que sus madres les abandonan y, al cabo de los años, no quieren verles, estos chicos nos dijeron que habían tenido un doble fracaso, primero porque se habían visto rechazados por su madre biológica y segundo porque en su familia adoptiva, desde el momento que buscaron su origen biológico, se produjo una quiebra en la relación con sus padres porque

consideraron que al querer buscar sus orígenes, en cierto sentido, estaban diciéndoles que no eran sus auténticos padres.

Por tanto, esas leyes que hay ahora de que en las partidas de nacimiento se tiene la posibilidad de conocer el origen biológico pienso que va a conducir a más abortos. Hay mujeres que eligen la adopción frente al aborto y que, sin embargo, si saben que dentro de 15 ó 20 años pueden aparecer sus hijos otra vez en sus vidas, prefieren el aborto. Creo que es muy grave y puede producir frustraciones en quienes habían conseguido a través de la adopción tener una vida plena. No digo más o menos feliz que los hijos biológicos, pero es una posibilidad de frustraciones que conviene evitar.

Y la tercera pregunta es si se les quiere igual. No se les quiere igual, se les quiere más. Pongo el ejemplo, que recojo también en el libro. Cada vez que he llevado a mi hija a una guardería y luego a un colegio y tenía que enfrentarme con diferentes señoritas en guarderías, y luego tutores, el primer día yo les decía que mi hija era adoptada, que ella lo sabía y que, además, no tenía padre. Yo adopté siendo soltera y, por tanto, pedía mucho cuidado con el lenguaje porque aunque se tiene ahora más cuidado en los Colegios, era habitual pedir que dibujen a su familia o preguntar el trabajo del padre y estas preguntas podían crearle una cierta incomodidad.

Cuando mi hija tenía 7 años el profesor me llamó un día para contarme que se había incorporado una niña nueva al colegio y en el segundo día de recreo estaban todas las niñas explicando un poco su vida y Julia estaba contando que era adoptada. Al final, la niña nueva que nunca había conocido a nadie adoptado, le preguntó si su madre la quería como si fuera su madre. Julia le contestó: *“Mi madre es mi madre y me quiere porque es mi madre y me buscó por todo el mundo y me encontró en la República Dominicana. Había ido a muchos sitios antes pero no me encontraba porque me buscaba a mí. Tú, en cambio, tienes dos hermanos mayores y, a lo mejor, tu madre ya no quería tener más hijos y, sin embargo, mi madre no paró hasta encontrarme”*. Es decir, que son tan iguales que ellos se consideran los más buscados y los más deseados porque aunque los hijos biológicos son muy buscados, algunos no tanto, pero luego son muy queridos, absolutamente todos los hijos adoptados son deseadísimos y buscadísimos.

Por tanto, se les quiere igual y, en algunos casos, se les quiere todavía más porque los hijos adoptados han sido en algunos casos el camino para que llegaran después los hijos biológicos. Todos conocemos un primer hijo adoptado, porque su madre no conseguía quedarse embarazada, y el mismo día que inició los trámites de la adopción, o que ya tuvo su hijo adoptado, se relajó en esa ansiedad por quedarse embarazada y se quedó luego. Tengo amigos con un hijo

adoptado y después cuatro hijos biológicos porque el problema no era de infertilidad funcional, sino fundamentalmente mental. Por tanto, son hijos deseadísimos, queridísimos y la única duda que tengo es si deben conocer su origen.

Siempre se habla de los derechos de los padres ante la adopción; yo antepongo el derecho de los niños en todos los sentidos. En la adopción internacional hay que hacer unos cursos previos que preparan a los padres para los primeros días de convivencia con los hijos. Sin embargo, no ocurre lo mismo en los orfanatos, que no preparan a los niños para la adopción; simplemente unos días antes les dicen que van a conocer a su papá y a su mamá, pero nadie les explica qué significa esto.

Yo me pongo muchas veces en el caso de ese niño. Tengo amigos que van a China, a Colombia, a Perú a adoptar y me consultan lo que deben hacer los primeros días. Les aconsejo que se pongan en lugar del niño y que no esperen una situación idílica imaginando al niño corriendo a sus brazos y gritando las ganas que tiene que estar con ellos. Eso es imposible que suceda; si el niño tiene unos meses reaccionará con sus padres al darle el biberón como podría reaccionar con cualquiera, pero si el niño ya anda y tiene, por ejemplo, dos años, puede conservar o no el recuerdo de su madre biológica, pero lo que sí tiene con toda certeza es a una mujer, que le ha cuidado como si fuera una madre en el orfanato, porque aquí, a través de la televisión, hemos visto reportajes terroríficos de lo que son los orfanatos en China. Pero incluso personas que han querido buscar aquellas famosas celdas de la muerte donde estaban los niños en cajones, no se localizaron nunca y sí se encontraron orfanatos en China en los que los niños eran cuidados de una forma admirable, sin medios, pero con una persona que les cuidaba, les quería y les daba de comer.

Y esa persona se convierte en su referencia maternal, con lo cual ese niño recibe a sus padres, que no hablan su idioma, que no tienen sus rasgos físicos en algunos casos, que están acostumbrados a identificar a las mujeres y a los hombres de otra manera, que nunca han visto a nadie vestido así, y de repente le dicen que son sus padres y que van a sustituir a alguien que ya consideraban su madre y a quien querían. Le dicen que a partir de ese momento esa persona desaparece de su vida y que se tiene que ir con otras que no conocen su idioma, que no son físicamente como él y que le van a llevar, nada menos, que a un país absolutamente distinto. Por tanto, hay que intentar ponerse en el lugar de ese niño al menos durante un tiempo.

Conozco a un matrimonio que fue a adoptar a una niña en China con su hermano biológico que tenía 9 años. Antes de irse les expliqué que lo primero que haría la niña de dos años sería aferrarse al hermano porque es alguien pequeño,

en segundo lugar al padre, porque en el orfanato ya tiene una persona que hace el papel de madre y a la madre le iba a costar mucho que la aceptara. Cuando regresaron me confirmaron que había sido exactamente como les había dicho: había dormido con el hermano en la misma cama, a la semana empezó a aceptar algo a su padre, y a la madre no le daba ni la mano. Ahora adora a su madre pero, evidentemente, le costó mucho aceptar a esta mujer porque sustituía a otra, suplantaba a otra.

Por tanto, cada vez que las leyes abren caminos para que la adopción sea más fácil en el sentido de preparación a los padres, siempre digo que hay que pensar en los niños y pocas veces se piensa en ellos. Estoy rodeada de personas que se quejan de los retrasos y exigen sus derechos, pero ¿y los derechos de los niños? Es lógico que se pidan garantías plenas de que estos niños van a estar en una familia, que se va a integrar lo mejor posible y que hay que preparar para que ese hijo se incorpore.

Hay algo que efectivamente es muy injusto. A los padres biológicos no se les pone nota para tener a su hijos. Aparentemente todos sirven y, sin embargo, a las madres que queremos adoptar nos tienen que poner nota –y digo madres porque cuando estamos en solitario normalmente somos madres aunque todos conocemos el ejemplo de un padre que adoptó, que ha sido presidente de esta Cámara, Gregorio Peces Barba, pero no es habitual-. Y hay unas instituciones que dicen si estamos capacitadas o no para ser madres.

Hay intereses muy encontrados porque me parece injusto que nos pongan nota y que nos exijan tanto, pero yo podría contar casos terribles de adopciones en las que no querían adoptar un hijo para sacarlo adelante. Os pongo uno que ha ocurrido en Galicia y que me contó la responsable de adopciones en aquel momento en esa Comunidad. Era una niña de 14 años, conflictiva, que no habían conseguido darla en adopción. Y digo conflictiva porque, de vez en cuando, aparecían sus padres biológicos que eran delincuentes con lo cual se habían intentado adopciones sin conseguirlo. La niña era desconfiada y había pasado por tres casas sin llegar a buen puerto el acogimiento ya que la obligaban a ver a su padre biológico que estaba en la cárcel.

Finalmente, encuentran un matrimonio en Valencia dispuesto a adoptarla y la dan en adopción encantados de que una chica de 14 años encuentre una familia, caso no muy habitual. Al año esta niña llama a su antiguo orfanato llorando desesperada. Entonces la persona que la había cuidado en el orfanato, de acuerdo con la directora, decide ir a Valencia a ver qué le pasa; esta niña estaba embarazada de su padre, la habían adoptado exclusivamente para dar un hijo biológico a esa familia. Regresan con ella a Galicia, y ponen una demanda en la

Consejería de Asuntos Sociales contra este matrimonio miserable. La niña ahora está viviendo en el orfanato con su hija, se le ha conseguido un trabajo y la institución se ha hecho cargo de ella y de su criatura. Por eso, a veces, es necesario poner nota a los que adoptan y, aunque este caso es límite, demuestra que no todo es bondad en el mundo de la adopción.

Para terminar, quiero únicamente explicar algo que me ha ocurrido a mí. Cuando tuve a mi hija, evidentemente, lo primero que hice fue preguntarme sobre lo que iba a pasar en el futuro, si me iba a aceptar bien, que pasaría si quería conocer a sus padres biológicos, etc. Entonces acudí a una persona a la que yo adoraba, un psiquiatra maravilloso que me sacó de muchos problemas a mí y a la gente de mi entorno. Le expuse mis preocupaciones, que son las de todas las personas que adoptamos. Él, desde sus 30 años de ejercicio de profesión, había visto hijos adolescentes con problemas y algunos eran adoptados pero el problema no eran los hijos adoptados, sino los padres adoptantes. Todos los hijos adolescentes provocan problemas, unos más graves y otros que se consiguen solucionar a través de mucho diálogo. Cuando los padres de un hijo adoptivo creen que su hijo es un problema porque es adoptado, entonces el problema es muy serio, en cambio si son conscientes de que tienen problemas porque son adolescentes y no porque sean adoptivos, entonces no ocurre nada; habrá batallas sin límite, pero en ningún caso el hijo negará a sus padres. El problema es cuando el hijo empieza a pensar que si sus padres creen que es un problema por ser adoptado, a lo mejor debería buscar a sus padres biológicos.

Si se aguanta el tirón de una hija adolescente que pone retos todos los días, pero que se intentan sacar adelante por ser tu hija, no porque es adoptada, entonces no habrá problema. Efectivamente, he tenido una adolescencia de dos años amargos, y en estos dos años he estado preparada para que mi hija me dijera que no soy su madre y no me lo ha dicho nunca. ¿Por qué? Porque soy consciente de que el problema no es por ser adoptada, sino por ser adolescente. En este sentido, agradezco a este amigo que me orientó perfectamente. Creo que eso es lo que tenemos que asumir los padres adoptivos y quienes nos rodean.

Termino, como dije al principio, mi hija es mi hija, es mía y sólo mía que soy la que la he criado, dado el biberón, cuidado cuando estaba enferma, vestido, la he reñido sin complejos, etc.

Y finalizo con una anécdota. Cuando murió Carmen, la mujer de Fraga, en su esquila figuraban seis hijos y me chocó una barbaridad porque siempre se había dicho que Fraga tenía 5. Pues bien, tiene una hija adoptada. Fraga tenía una compañera de universidad muy amiga y cuando era Ministro, una persona conocida, esta mujer le llamó para decirle que tenía un cáncer, que se iba a morir y que

quería que se hiciera cargo de su hija cuando muriera, ya que era madre soltera.

Efectivamente, cuando falleció se llevó a la niña, que tenía 7 años, a casa. A su mujer le costó mucho aceptar a esa niña, ya que tenía cinco hijos más. Un día, cuando llevaba ya un año la niña en casa haciendo todos un esfuerzo por considerarla una hija más, hicieron una trastada sus hijos y les pegó un azote a todos los que habían hecho la trastada, incluida a esa niña. Ese día se dio cuenta que la niña era una más de la familia. Carmen hizo una esquela cuando sabía que se iba a morir, organizó su funeral, su entierro –absolutamente íntimo–, etc. y quiso que figurara el nombre de esta chica, que es una más. Por eso cuando digo reñir, es reñir sin complejos porque son uno más, son igual que los hijos biológicos. Y con este ejemplo, que no es mío, pero que está publicado y por eso lo cuento porque no rompo la intimidad de nadie, termino mi charla sobre la adopción que espero haya podido ser útil. Muchas gracias.

JESÚS LÓPEZ-MEDEL

Muchas gracias, Pilar, muchas gracias Margarita, por vuestras reflexiones hechas desde la experiencia y los sentimientos. Y no es casualidad que después de la primera conferencia del Ministerio autor del proyecto de ley se haya querido introducir en estas Jornadas sobre la Ley de Adopción Internacional una intervención de dos personas como Pilar y Margarita que dieran una dimensión netamente humana, porque esto quiero que sea una llamada a todos los agentes que intervienen en la gestión del expediente de adopción, en los procesos legislativos, nuestra llamada a las Comunidades Autónomas, a las entidades colaboradoras, a los operadores jurídicos, jueces, fiscales, etc. Además de las cuestiones burocráticas, jurídicas, etc, muy por encima de todo ello están los intereses de las personas y de modo particular los intereses de los niños. Y, por ello, como ellas han hecho desde su experiencia, poner emoción y sentimiento a esa experiencia vital hago un llamamiento a los que estáis aquí para que desde vuestras responsabilidades tengáis muy presente que ése es precisamente el eje de todo.

MARGARITA SAÉN-Z-DÍEZ

Sólo hacer dos matizaciones. Si Pilar ha resaltado el acto de generosidad de los padres que ceden a sus hijos en adopción, yo voy más allá. A los niños que

Adopción: Seguridad jurídica e interés superior del menor

Mesa 1

hemos adoptado hay que subrayarles, y en nuestro caso lo hemos hecho, que sus padres fueron sumamente generosos porque, sean como sean los padres, renunciar a los hijos es el sacrificio más grande que se puede pedir a unos padres. Por tanto, creo que es importantísimo transmitir esa imagen de respeto hacia los padres que tuvieron que abandonarlos.

En segundo lugar, una pequeña discrepancia en relación a la inscripción vigente en el Registro Civil que los interesados pueden conocer a su padres biológicos y que eso puede hacer abortar a las madres, que es una situación lamentable, pero creo que por encima de esos riesgos está el proyecto de ley recogiendo el derecho inalienable de los niños a conocer sus orígenes biológicos.

Mesa 2

Entidades Públicas y Entidades Colaboradoras

Arturo Canalda González

Antonio Llorente Chala

Carmen Cano García

Presentación: Gador Ongil Cores

Gador Ongil Cores

*Consejera de Familia y Asuntos Sociales de la
Comunidad de Madrid*

Presentación:

Sean mis primeras palabras de agradecimiento a Jesús López-Medel como Director de esta Jornada por la invitación a participar con todos ustedes y felicitaciones, también, a la Fundación Æquitas y al Congreso de los Diputados por la organización de esta ambiciosa Jornada. Espero que sea un día de trabajo en la que salgan útiles e interesantes aportaciones que se puedan incorporar a la tramitación parlamentaria en la Ley de Adopción Internacional.

Si me lo permiten, muy brevemente, les diré que la Comunidad de Madrid es una de las principales Comunidades en materia de adopción internacional; sirva como dato que en el año 2006 han sido 876 las adopciones de esta Comunidad. Constituye una referencia en España y también para nuestros homólogos en el extranjero tanto por nuestro modelo como por nuestros profesionales. Desde comienzos de los años 90 hemos venido experimentando un crecimiento acelerado del volumen anual de solicitudes y sería, por tanto, muy razonable que este ritmo no se mantenga. Los profesionales del Instituto del Menor y la Familia han realizado un extraordinario esfuerzo para reducir a 4 ó 5 meses el plazo máximo para la declaración de idoneidad de los solicitantes, cosa que entendemos era importante. La demora se produce una vez se remite el expediente al país de origen del menor.

Este Gobierno ha elaborado un proyecto de ley de espaldas a las Comunidades Autónomas y ha roto el consenso que todas las fuerzas políticas alcanzamos en el Senado sobre cómo abordar los retos que plantea la adopción internacional; creo que ha perdido una oportunidad extraordinaria de unificar el régimen de adopción internacional y garantizar en esta materia la igualdad entre todos los españoles con independencia de la Comunidad Autónoma en la que residan. Entendemos que la creación de una Agencia que nos represente en el exterior y el establecimiento de criterios homogéneos para la expedición de los certificados de idoneidad o de tarifas uniformes son ejemplos concretos de materias sobre las que todas las formaciones políticas alcanzamos un acuerdo y que ahora el Gobierno desprecia.

Los organismos internacionales en los países con los que cooperamos nos recuerdan con frecuencia que la adopción internacional no debe incentivarse

económicamente; entendemos que es más adecuado ofrecer apoyo técnico y económico a las familias que inician la convivencia con un niño, como venimos haciendo desde la Comunidad de Madrid.

La Comunidad de Madrid ha sido pionera en la formación en el periodo de preadopción que desde el año 1999 está generalizada para todos los solicitantes. Su éxito hace que otras Comunidades hayan implantado nuestro modelo.

Y, sin más, paso a presentarles a las personas que están en esta Mesa y que me acompañan:

Don Arturo Canalda González, Defensor del Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid, Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Diplomado en Asesoría Fiscal y Derecho Tributario. Tiene una larga trayectoria profesional y política pero, por hacer mención a alguna de ellas, en 1997 entra a formar parte del Gabinete de la Ministra de Educación y Cultura Esperanza Aguirre; en 1999 se incorpora al Gabinete del Vicepresidente Primero del gobierno y Ministro de la Presidencia, a principios de 2001 pasa al Ministerio del Interior; en mayo de 2001 es nombrado Director Gerente de la Empresa Madrid 112; ha sido Consejero de Sanidad en la anterior legislatura y, como digo, en este momento es el Defensor del Menor de la Comunidad.

Don Antonio Llorente Chala, Presidente de la Federación Española de ECAIs, *Andai* es una de las ECAIs más antiguas que, al principio, operó en el ámbito de Andalucía hasta que asumió su presidencia Don Antonio Llorente, que anteriormente era Delegado en Madrid y que ha desplazado hacia la capital la actuación de la ECAI.

Doña Carmen Cano García, Licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona, abogada en ejercicio desde el año 1972, tiene una especialidad en derecho de familia y desde el año 1997 dirige el área jurídica de la ECAI *Creixert Junts*, con domicilio social en Palma de Mallorca y forma parte de la Comisión Jurídica de la FIDECAI, Federación de ECAIs.

También tiene una larga experiencia en los temas de familia como docente en el curso de Postgrado Master en Derecho Civil-Derecho de Familia de la Universidad de Barcelona desde el año 2000, impartiendo clases sobre las entidades colaboradoras de adopción internacional.

Arturo Canalda González

Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid

Vistas las sesiones que ya se han celebrado y las que quedan por celebrarse, lo que creo corresponde a esta Institución es dar cuenta de los principales problemas que desde ella se han advertido; de las preocupaciones que nos ponen de manifiesto particulares y entidades públicas y privadas en materia de adopción, principalmente en el ámbito de la Comunidad de Madrid, donde ejercemos nuestras competencias.

Además, en ejercicio de otra atribución del Defensor del Menor, como es el análisis de trabajos legislativos que afecten a la infancia, me gustaría hacer una breve referencia a la nueva regulación propuesta por el proyecto de ley de Adopción Internacional, actualmente en fase de enmiendas.

Veamos primero cuál es el panorama de la adopción en la Comunidad de Madrid.

En sociedades como la nuestra, con ciertos niveles de bienestar, cada vez son menos las mujeres o familias que no pueden hacerse cargo de sus hijos y los entregan en adopción. Esto ha implicado que, en los últimos años, el número de bebés entregados en adopción en la Comunidad de Madrid se ha reducido a unos 40 ó 50 casos anuales y en toda España, la cifra no sobrepasa los 250 casos.

En la Comunidad de Madrid, desde hace años está suspendida la posibilidad de formular nuevas solicitudes de adopción nacional como consecuencia del escaso número de menores susceptibles de ser adoptados. Con esta decisión se ha pretendido eliminar las largas esperas y evitar crear falsas expectativas en las personas que realizan su ofrecimiento como adoptantes.

Es cierto que siguen existiendo menores carentes de familia, pero en su mayoría se trata de niños mayores, con problemas de salud, con previsibles dificultades de adaptación, o grupos de hermanos a los que no es factible separar. En la inmensa mayoría de los casos no se planteará para ellos, al menos inicialmente, una medida de sustitución familiar de carácter definitivo o irrevocable como la adopción. En estos supuestos la medida de protección adecuada será un acogimiento residencial o familiar, con el régimen de visitas que corresponda en su caso, situación que puede acabar o no desembocando en una propuesta de adopción.

Por otra parte, no puede negarse que en algunos países del mundo, hay niños abandonados que crecen en las instituciones sin que la adopción se produzca, bien por insuficiencia de recursos, bien porque la desinstitucionalización de

los niños no se vive como una prioridad por los poderes públicos, o bien por debilidad del aparato administrativo y judicial.

Es este panorama y la imposibilidad de los interesados de formalizar adopciones nacionales la que dirige a los adoptantes a formular su solicitud en otros países. De este modo, las adopciones internacionales representan ya más del 80% de los procesos adoptivos que se llevan a cabo en España.

Según datos ofrecidos por el Instituto Madrileño del Menor y la Familia, durante el año 2006 fueron adoptados mediante la intervención de Entidad Pública y Entidades acreditadas por la Comunidad de Madrid un total de 876 menores. De ellos 673 lo han sido por vía internacional y 203 por vía nacional.

En la comparecencia celebrada ante la Comisión de Familia y Asuntos Sociales de la Asamblea de la Comunidad de Madrid el pasado día 19 de marzo de 2007, la Consejera afirmó que se había producido un incremento del 30% en demanda de información y un 20% más en la apertura de expedientes de adopción. Cada semana la Unidad de Adopciones atiende a unas 20 familias que vienen a pedir información.

El grupo más numeroso de menores adoptados fue el de niñas procedentes de China (50% del total), aunque es previsible que pueda cambiar este panorama con el endurecimiento de los requisitos para adoptar por parte del gobierno chino. El segundo país de procedencia es la Federación Rusa (15% del total) y a continuación Etiopía (12%).

En cuanto a las edades de los menores adoptados en el 2006, la mayoría (un 76%) tenían entre 0 y 3 años. El 18% tenía entre 4 y 6, un 5%, de 7 a 11 años y sólo un 1% de 12 a 17. Tres de cada cuatro menores adoptados fueron niñas. En cuanto a los adoptantes, en un 88% de los casos fueron parejas, frente al 12% de adopciones monoparentales, con una media de edad de 41,3 años, que en un 20% de los casos se trata de personas que cuentan con hijos previos.

La cuestión es que la adopción internacional ha experimentado un progresivo crecimiento durante los últimos años, probablemente por varias razones entre las cuales, los profesionales mencionan la buena imagen de la adopción, la experiencia que transmiten familias que ya tienen un hijo adoptado, la mayor información facilitada por las Entidades Colaboradoras y la Administración, la seguridad de los procesos, la aceptación total de la filiación adoptiva en la sociedad, o las campañas de las Administraciones. Lo cierto es que hoy España es la segunda potencia adoptiva del mundo después de EEUU.

Al hablar de adopción, el punto de partida ha de ser recordar la importancia de considerar la adopción internacional como alternativa última de protección, subsidiaria de otros sistemas de cooperación internacional, que permitan a los

menores permanecer en su propio entorno cultural. Como alguna vez recuerda el Centro Internacional de Referencia para la Adopción, del Servicio Social Internacional (CIR/SSI) de Ginebra, los intereses de las asociaciones de padres adoptantes y los intereses de las agencias mediadoras no son siempre coincidentes con los derechos de los niños.

Esta subsidiariedad se recoge de forma explícita en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que plantea la posibilidad de constituir una adopción internacional sólo cuando se haya demostrado que no se dispone de una familia alternativa, ni de otro medio de cuidado adecuado para el niño en su propio país de origen.

Frente a este panorama, la alternativa debería ser prevenir la desatención o el abandono de niños a través de proyectos de cooperación con sus países de origen, que sirvan para eliminar las prácticas para la obtención de una adoptabilidad ilegítima, mediante presión, compra, engaño o incentivos para el abandono de menores, y para desarrollar en los países de origen políticas de apoyo a las familias. Véase el reciente caso de Guatemala, donde en el pasado mes de marzo el Departamento de Estado guatemalteco recomendó a los estadounidenses no adoptar niños de este país, alegando que las mujeres son presionadas para “vender” a sus bebés. Y es que uno de cada 100 niños nacido en el país centroamericano es dado en adopción a padres estadounidenses

La norma que verdaderamente da un contenido nuevo a la adopción fue la 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.

Esta norma pretende basar la adopción en dos principios fundamentales: su configuración como un *instrumento de integración familiar*, que constituye una filiación idéntica a la filiación por naturaleza y supone la completa ruptura de los vínculos jurídicos del adoptado con su familia biológica; y el *beneficio del adoptado*, que debe prevalecer por encima de cualquier otro interés legítimo concurrente.

Otra nota a destacar de la regulación de 1987 es que configura a las entidades públicas como piezas clave del sistema, atribuyéndoles competencia en la fase previa de selección de adoptantes y adoptado, lo que impide el tráfico de niños y favorece la adecuada selección de los adoptantes.

Posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, da una nueva regulación a la adopción, introduciendo el requisito de idoneidad de los adoptantes, que si bien no estaba expresamente establecido en nuestro derecho positivo, su exigencia ya aparecía explícitamente, además de en la Convención citada, en el principal instrumento jurídico que establece

el marco regulador de la adopción internacional como es el Convenio relativo a la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, hecho en la Haya el 29 de mayo de 1993 y ratificado el día 11 de julio de 1995 por España, donde entra en vigor el 1 de noviembre del mismo año.

Esta ley aborda de manera específica la regulación de la adopción internacional, dado que en el año de aprobación de la norma, la adopción de niños extranjeros ya constituía un fenómeno creciente en la sociedad española.

La Ley orgánica 1/96 parte de las premisas establecidas en el Convenio de la Haya, que permite a las Autoridades Centrales valerse de organismos debidamente acreditados en su Estado para *“facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción”*, sentando las bases que informarán la regulación posterior de estas entidades por cada Estado.

Estas entidades se configuran en el Convenio como un mediador sin ánimo de lucro, que puede ejercer sólo en materia de información y asesoramiento a los interesados en la adopción internacional, e intervenir en la tramitación de expedientes de adopción ante las autoridades competentes dentro de los márgenes de una legalidad absoluta.

En el ámbito autonómico, la Comunidad de Madrid regula la acreditación y funcionamiento de estas Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (o ECAIs) a través del Decreto 62/2003, de 8 de mayo, que intensificó el control y supervisión que ejerce la Administración sobre estas entidades, dando así respuesta a lo que era una reclamación constante del Defensor del Menor.

Las primeras quejas que se plantearon ante el Defensor del Menor en materia de adopción internacional revelaron la necesidad de intensificar la supervisión y control sobre las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional por parte de la entidad habilitante.

Del estudio de la situación de la adopción internacional en nuestra Comunidad en ese momento pudo apreciarse que la impresión generalizada de los ciudadanos era de confusión en torno a algunos aspectos importantes del proceso de adopción internacional como el tiempo de espera necesario para la preasignación de un menor, las posibilidades de adopción en ciertos supuestos, el coste de determinados trámites y otros asuntos.

A través de las distintas propuestas e Informes Anuales que esta Institución ha ido elevando a la Asamblea de Madrid, se reclamó un control que corresponde a la Administración autonómica necesario impulso a su actuación, tanto en el proceso previo a la obtención de la acreditación por la Entidad Colaboradora como en el desarrollo de su actividad, aun cuando ello supusiera la modificación del Decreto 192/96.

En este sentido, se proponía que la entidad pública, además de la revisión de memorias anuales y del estado financiero de las ECAIs, impulsara el desarrollo de actividades formativas dirigidas a los profesionales, en las que se les facilitara unos criterios homogéneos de actuación, además del control específico sobre las actuaciones en el país de origen del menor.

Al fin, el día 8 de mayo de 2003 se aprobó en nuestro ámbito territorial el Decreto 62/2003, regulador de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional que, en términos generales, fue acogido con satisfacción por nuestra Institución.

El Decreto incrementó notablemente los mecanismos de control e inspección de la Administración pública sobre las ECAIs, desde el momento previo a la acreditación. De esta manera, lo que antes era un proceso casi automático de acreditación, ahora se convertía en una selección rigurosa que garantizaba que sólo concurrieran a esta labor las entidades con vocación sobre la materia, evitando con ello que se otorgara un tratamiento mercantil a una delicada actividad de carácter eminentemente social. De hecho, de las 25 ECAIs que se acreditaron inicialmente en la Comunidad de Madrid, actualmente se mantienen 15.

Sin embargo, se echaba en falta en el decreto que se hubiera previsto un apoyo de la Administración pública a las entidades (por ejemplo, en materia de formación de los profesionales).

El reciente proyecto de ley de Adopción Internacional aprobado el 29 de junio de 2007 y que se remitió al Congreso dedica su Capítulo II a las entidades públicas y entidades colaboradoras de adopción internacional.

En términos generales, el proyecto tiene la virtud de homogeneizar una normativa dispersa y aclarar algunas cuestiones que, aun cuando ya se venían aplicando en la práctica, no estaban reguladas expresamente.

En lo que se refiere a las entidades, deben mencionarse como aspectos positivos de la nueva regulación, la referencia a los acuerdos de cooperación entre ECAIs para solventar situaciones sobrevenidas, o para un mejor cumplimiento de sus fines. Asimismo es positiva la exigencia de coordinación entre entidades públicas, tanto a la hora de acreditar ECAIs en países extranjeros que fijan un límite en el número de las mismas, como a la hora de ejercer el control sobre aquéllas que están acreditadas en distintas Comunidades Autónomas.

Sin embargo, se echa de menos el establecimiento de mecanismos de coordinación entre la entidad pública y las ECAIs, así como de vías de apoyo de la primera a las segundas (especialmente en materia de formación).

Además de las dificultades derivadas de la participación de intermediarios acreditados a las que ya se ha hecho referencia, es importante mencionar breve-

mente otras dificultades advertidas en materia de adopción internacional por nuestra Institución.

En primer lugar, las derivadas de la idoneidad de los solicitantes.

Los siguientes conferenciantes, participantes en las jornadas de adopción, abordarán detenidamente este punto entre las materias que se incluyen en el Capítulo III del proyecto referido a la capacidad y requisitos para la adopción internacional.

Por eso, únicamente quiero decir que la expedición del certificado de idoneidad es la primera obligación de los países de recepción y es un requisito indispensable para que la adopción sea reconocida en España. En la Comunidad de Madrid se vienen concediendo alrededor de 800 idoneidades al año.

Entre las dificultades que plantea este concepto, la primera es su indefinición y la falta de desarrollo en profundidad del término, que concrete los criterios que manejan los técnicos.

Por otra parte, suele debatirse en torno a la idoneidad desde una perspectiva errónea: la de quienes deben tener derecho a adoptar, y no la de las necesidades de un niño abandonado y su derecho al entorno familiar que responda mejor a ellas.

La última dificultad que se plantea en torno al concepto de idoneidad es que los países desarrollados establecen criterios de idoneidad de los adoptantes, mucho más exigentes para la adopción nacional, que para la adopción internacional.

Determinar correctamente la idoneidad de los adoptantes es crucial para asegurar la adaptación del menor adoptado y evitar futuros fracasos.

A este respecto, aunque el proyecto de ley aporta nuevos criterios de determinación de la idoneidad, la definición del concepto sigue sin ser suficiente para certificar la aptitud de un solicitante de adopción o por el contrario, para identificar factores de riesgo en los candidatos.

A mi juicio debería aprovecharse esta ley para detallar los criterios de idoneidad y darles un tratamiento unificado, erradicando cualquier diferencia de trato de los solicitantes de adopción en función del territorio del que procedan.

En segundo lugar quiero referirme a las paralizaciones de expedientes por incidencias surgidas en los países de origen.

A este respecto quisiera aportar el dato de que durante el año 2006 Rusia retiró la acreditación a tres entidades de nacionalidad italiana, canadiense y estadounidense, así como a ADECOP, una de las ocho Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional españolas que trabajan en el país, lo que provocó la paralización de los expedientes de casi 400 familias españolas.

Estos supuestos son especialmente difíciles para los solicitantes de adopción,

sobre todo si los adoptantes ya han recibido la preasignación del menor y han establecido con él un vínculo afectivo.

Desde el Defensor del Menor se ha insistido en recordar a la entidad pública su responsabilidad en estos procesos entendiendo que, cuando los interesados han tramitado su expediente de adopción con la intervención de una entidad colaboradora, y aún siendo ésta la que está obligada a llevar a cabo todas las gestiones necesarias dirigidas a activar y agilizar el proceso de adopción, en ejercicio de las funciones que legalmente tiene atribuidas, no debe olvidarse la función de supervisión que la ley le atribuye a la Administración. Por tanto, en cualquier caso, la entidad pública debe implicarse y contribuir, con las lógicas limitaciones que impone el respeto escrupuloso a la legislación del país de origen, a colaborar con los adoptantes en sus gestiones por agilizar el proceso.

En este punto, concurre una dificultad añadida, como es el hecho de que en nuestro país existen 23 autoridades centrales que intervienen en procesos de adopción. Desde esta Institución, suscribimos la propuesta que ya se planteó en la Comisión Especial del Senado, referida a la posibilidad de crear un organismo supraautonómico que, respetando las respectivas competencias, asuma funciones de coordinación y control en la materia, aglutinando incluso competencias de acreditación e inspección de ECAIs, de información centralizada, de apoyo a los adoptantes en el extranjero y de coordinación con los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Asuntos Exteriores.

No se trata de comprometer el ejercicio de competencias de las Comunidades Autónomas, sino que, como decimos, este organismo serviría de apoyo y coordinación de unas relaciones exteriores con los países de origen, que ahora dependen del voluntarismo de las Administraciones autonómicas en unas relaciones exteriores *sui generis*.

Estamos seguros de que esta propuesta contribuiría a evitar en el futuro que los adoptantes se enfrenten en soledad a las dificultades surgidas en los países de origen.

En tercer lugar abordaré los retrasos en las inscripciones de adopción

Lamentablemente se repiten las quejas por los retrasos ocasionados en el Registro Civil a la hora de formalizar las inscripciones de los menores adoptados en otros países. Esta Institución ya trasladó esta preocupación a la Dirección General de los Registros y del Notariado en el año 2005, haciéndole partícipe de los importantes perjuicios que los retrasos de ocho, nueve meses o hasta un año sin formalizar la inscripción del menor adoptado, causan al mismo y a sus representantes legales.

Por suerte, la ampliación de competencias de los Registros Civiles Municipales a las inscripciones de nacimiento de ciudadanos extranjeros adoptados por un español llevada a cabo por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, ha supuesto una reducción del volumen de trabajo del Registro Civil Central y una agilización de los expedientes en trámite.

Para finalizar, quiero ofrecer la Institución del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid como punto de encuentro entre colectivos de profesionales, sobre éste o cualquier otro asunto de la misma importancia que pueda redundar en beneficio de los menores de edad.

Antonio Llorente Chala

*Presidente de ANDAI
Presidente de la FEECAI*

Ante todo, quiero dar las gracias a la Fundación Æquitas y al Congreso de los Diputados por la oportunidad que nos dan de expresar la opinión de la Federación Española de Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (FEECAI) en momento y lugar tan oportuno.

La adopción internacional es uno de esos casos en que la búsqueda de satisfacción de intereses particulares puede traer consigo beneficios colectivos, siempre y cuando se creen los cauces adecuados para ello.

De este modo los padres adoptantes verán cumplido su deseo de tener hijos, los menores adoptados la necesidad de cariño y protección de sus padres y la sociedad tendrá nuevos ciudadanos que se incorporen a ella, lo que redundará en beneficio de todos.

Digo esto, que parece evidente, porque en la práctica y a los ojos de las Administraciones implicadas no parece estar tan claro.

Habitualmente, en todas las reuniones que tenemos, hablamos de la adopción como un sistema de protección del menor, que lo es, sobre todo tal y como se ha configurado jurídicamente pero, desde el punto de vista de los padres adoptantes, dicha protección de los menores es una consecuencia y no una motivación en origen. Acabamos de escuchar en la intervención precedente el testimonio de dos madres adoptantes y resulta claro que la motivación de los padres a la hora de adoptar es fundamentalmente la de tener hijos y no la de proteger a nadie. La protección se produce como consecuencia de la paternidad responsable, pero las familias adoptantes no actúan como una ONG. Es más, si adoptasen exclusivamente para proteger a alguien sería una de las causas claras para que no les concediesen la idoneidad para adoptar.

Esto es algo que debe tenerse en cuenta a la hora de legislar sobre la adopción internacional, debiéndose contemplar claramente cuál es la naturaleza real de la cuestión, no sólo la jurídica, y cuáles son los peligros que pueden sobrevenir y que se pretenden controlar o regular mediante el desarrollo legislativo.

Por ello es necesario tener una claridad de conceptos y principios y ser realista a la hora de plantearse una ley sobre este tema.

Como conceptos de partida que hay que tener en cuenta y alguno de los cuales hay que desterrar voy a referirme a continuación:

El origen real de la adopción internacional está fundamentalmente en el interés de los padres por tener hijos. Hay que tenerlo en cuenta porque la mayor parte de los problemas que surgen lo hacen por no haber tenido en cuenta este principio que es el motor que impulsa y rige el comportamiento de los padres adoptantes.

Estaremos tremendamente equivocados si consideramos la adopción como un sistema de protección del menor, en el que los adoptantes y demás personas implicadas pueden discernir lo que está bien de lo que está mal, que ante los problemas que vayan surgiendo en el proceso conozcan, sin dificultad, cuál es la opción jurídica y moralmente correcta que deben elegir y, sobre todo, que sean capaces en todo momento de elegir ésta y no la más fácil. La realidad nos demuestra lo contrario todos los días.

Existe una inmensa cantidad de pruebas de que los padres estando sometidos a una auténtica presión durante el proceso de adopción, cuando ésta se complica, toman la vía más simple para conseguir los fines que persiguen y es fácil que sin darse cuenta puedan irse desviando poco a poco de lo que sería un comportamiento jurídico y moralmente adecuado.

A lo largo del proceso los padres adoptantes tienen una idea cambiante de la adopción y de los agentes que en ella participan, principalmente antes y después de realizarla.

En un primer momento los adoptantes perciben como enemigos a las personas que intentan evaluarlas para prevenir posibles errores futuros, considerando a los técnicos como las personas que en un momento dado pueden bloquear su proceso hacia el fin que persiguen. Del mismo modo perciben a las ECAIs como “amigos” que les van a ayudar en el tortuoso proceso. Este sentimiento cambia radicalmente cuando se consuma la adopción y tienen una sensación de intromisión en su intimidad durante los años que dura el seguimiento post-adoptivo, ya que tienden a considerar que el hijo ya es suyo y no hace falta que nadie les controle en su dinámica familiar. Cuanto más se pueda haber complicado ésta tras la adopción, más interés tienen en ocultarlo en los seguimientos oficiales, salvo que la situación evolucione a límites insostenibles.

Además de desterrar estos criterios apriorísticos claramente equivocados, es preciso erradicar la idea más perniciosa de todas: considerar que las adopciones no hechas a través de ECAI se realizan por el llamado protocolo público. Dicho protocolo público se da sólo en contadas ocasiones como, por ejemplo, en el caso de la adopción en China. Pero en la mayoría de los países la adopción se realiza bajo la supuesta cobertura del protocolo público, cuando en realidad se trata de adopciones no regladas, fuera de la regulación del Convenio de la Haya y de la Convención de los Derechos del Niño.

Nos encontramos en la mayoría de los casos frente a adopciones donde la labor de control de las autoridades centrales en materia de adopciones de las CCAA, finalizan tras entregar a los padres el certificado de idoneidad. Una vez recibido dicho certificado por la familia adoptante, las adopciones se realizan a través de personas, despachos o cualquier otra entidad no contemplada en el Convenio de la Haya, ya sea radicada en España o en el país de origen de los menores, que hacen lo que quieren, cobran lo que les parece y emplean el dinero recibido en cualquier otra cosa menos en la infraestructura de la que carecen; sin ningún tipo de control jurídico, contable o financiero, circunstancia agravada por el hecho de que los costes sean superiores a las tramitaciones realizadas a través de ECAI, a pesar de carecer de la costosa estructura de estas últimas.

Las administraciones responsables, sin embargo, no se preocupan de saber cuánto dinero cobran los tramitadores y a qué se dedican esas grandes cantidades de dinero, lo que seguramente repercuta en la seguridad jurídica de los menores adoptados.

Durante todo este tiempo las autoridades centrales han controlado la actividad de las ECAIs, como es su obligación legal, pero, en cambio, no sólo no han controlado adecuadamente las adopciones no regladas sino que claramente han renunciado a ello, de tal modo que es imposible saber qué tramitadores privados han tramitado determinados expedientes, cuántos tramitan al año, en qué condiciones, cuánto cobran y a qué destinan dichas cantidades que superan con creces las de la tramitación a través de ECAI, como ya he dicho, sin infraestructura que lo justifique.

El 33 Convenio de la Haya, redactado siguiendo el espíritu de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, establece un sistema de adopción internacional básicamente público, comunicándose directamente las autoridades centrales de adopciones de origen de los adoptantes con la correspondiente en el país del adoptando. Tras establecer este criterio básico, para controlar las autoridades públicas el posible tráfico de menores o la obtención de beneficios indebidos, alternativamente se establece la posibilidad de que parte de la asesoría y control sea realizada por entidades autorizadas (ECAI) y acreditadas por ambas autoridades centrales competentes a efectos de la adopción considerada.

La autoridad central competente por residencia de los adoptantes debe comunicar la solicitud de adopción a la autoridad competente del país del adoptando, por sí misma o por entidad autorizada en ambos estados (ECAI).

Posteriormente, la autoridad de residencia del adoptando debe comunicar a la de residencia de los adoptantes, directamente o por ECAI, la propuesta de asignación del menor, junto con el certificado de adoptabilidad del menor y de

haberse respetado la legalidad del país internacional en el proceso de declaración de abandono del menor.

La autoridad de residencia de los adoptantes debe verificar previamente la adecuación de la asignación del menor propuesta y autorizar la continuación del proceso, emitiendo el correspondiente documento y comunicándolo directamente a la autoridad del país del adoptando por sí misma o por ECAI.

Este doble sistema de control para evitar irregularidades tan sólo puede llevarse a cabo o por las propias Autoridades Centrales o por las entidades autorizadas (ECAIs) por ambos Estados intervinientes en el proceso.

Las entidades autorizadas no son en ningún caso cualquier persona que decida dedicarse a tramitar expedientes ni tampoco los propios padres, todos los cuales no han sido previa y legalmente acreditados por las autoridades de ambos países implicados.

A pesar de la evidente ilegalidad de la adopción que los padres suelen llamar “por libre”, las administraciones españolas en su conjunto han decidido mirar para otro lado y considerar que podría entenderse como “Protocolo público”. Dificil consideración desde el momento que la autoridad central de adopciones del lugar de residencia de los adoptantes no se pone en contacto con la autoridad del menor, como prevén los arts. 15, 16 y 17 del 33 Convenio de La Haya, sino que, por el contrario, se entrega el expediente con el certificado de idoneidad a los adoptantes y se desentiende de cualquier actividad de control que no parta de los propios padres. De hecho, en muchos casos no reciben la información de la asignación para aprobarla según establece el art. 17, y se enteran de la adopción producida en el momento de personarse los adoptantes con el menor adoptado ante la autoridad central. Esto en el mejor de los casos, porque si no lo hiciesen ni se enterarían.

Del mismo modo, en la mayor parte de los casos, en las adopciones “por libre” los seguimientos se producen a demanda de los adoptantes o tras la protesta del país de origen de los menores, pero no existe una actividad de seguimiento en los plazos pactados, cumpliéndolos estrictamente, tal y como son realizados por las ECAIs y requieren los países de origen de los menores.

Para poner luz y orden en el panorama expuesto, hace falta un diálogo y coordinación entre las autoridades centrales de adopción, así como entre éstas y los Ministerios afectados, y hace falta comunicación y coordinación entre todos los agentes implicados en este tipo de procesos.

Se hace preciso un planteamiento unitario y uniforme, tal y como se recogía en el resumen de las recomendaciones del Senado. La creación de una Agencia Nacional de Adopción frente a la dispersión de 24 autoridades centrales a efecto

de adopciones, resulta una buena solución tal y como aconsejó el Senado, aunque parece políticamente improbable en la España de las Autonomías, salvo que las CCAA decidan estar representadas por un organismo de este tipo del que formen parte.

Hay que reconocer que en la actualidad se están haciendo esfuerzos de coordinación y, al menos nosotros, hemos contado en ocasiones fundamentales con la plena colaboración de la Dirección General de Infancia y Familia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, aunque aún estamos muy lejos de la comunicación, coordinación y participación mínima necesaria para que se produzcan frutos, fundamentalmente entre autoridades centrales de adopción de las CCAA.

Lo único que nos queda es un órgano consultivo, útil para la coordinación, que se encuentra creado pero, a nuestro juicio, no dotado convenientemente, como es el Consejo Consultivo de Adopción Internacional. Es un órgano de carácter meramente consultivo que tiene la peculiaridad de que en él estamos representados todos los implicados en la adopción: Ministerios, CCAA, ECAIs y asociaciones de padres adoptantes. En las comisiones de coordinación interautonómica nunca se ha querido escuchar la voz de las ECAIs, a pesar de la gran experiencia y la buena información que tenemos de primera mano sobre los países donde trabajamos. Este organismo ha sido de gran utilidad a la hora de debatir el proyecto de ley sobre Adopción Internacional, creándose una serie de criterios colectivos sobre cuáles son los problemas y cuáles sus posibles soluciones, en relación con diversos aspectos de la adopción; sobre todo por parte del personal técnico que ha participado en las comisiones. Cuestión aparte ha sido si dichos criterios han sido mantenidos por los responsables políticos, existiendo discrepancias llamativas en algunos casos.

Como instrumento para solucionar algunos de los problemas expuestos, el proyecto de ley de Adopción Internacional debía haber dispuesto de mucho más tiempo para crearse y muchísimo más debate. Pero es el proyecto que tenemos y no teníamos ninguno. Estamos en un momento en que o realmente coordinamos la legislación y los criterios en materia de adopción internacional o será un auténtico desastre. La mayor parte de las cosas que suceden son culpa de todos. Principalmente de los políticos, que tienen la responsabilidad del control y coordinación de las actividades en materia de adopción internacional y no de las ECAIs, que es a quien se suele echar la culpa siempre que algo sale mal en algún país de origen de los menores.

Las ECAIs hacemos todo lo que podemos e incluso más. Algunos de nosotros hemos llegado a solicitar a países como Rusia que nos facilitasen el borrador

del acuerdo bilateral sobre adopción que preparaban con Italia, para proponer que se estudie en España. Creo que ese acuerdo debería haber sido estudiado hace mucho tiempo con un país tan importante como Rusia, por el número de adopciones que en él se realizan y por la preocupación que sus autoridades tienen por la inmensa “adopción por libre” que se está realizando allí, con presupuestos disparatados, sin infraestructura que lo justifique y sin control que asegure haber tomado “todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio” de La Haya en materia de adopciones tal y como estipula su artículo 8.

Respecto de la “adopción por libre” no se ha realizado el menor esfuerzo por regularla y controlarla hasta que apareció el proyecto de ley de Adopción Internacional. El proyecto de ley apuesta claramente por una adopción reglada, ya sea por un protocolo público (real) mediante la comunicación directa entre Autoridades Centrales de Adopción, o mediante la colaboración de ECAIs autorizadas por las autoridades de adopción internacional de los países implicados.

Hay que prohibir por ello que nadie que no esté autorizado, regulado y controlado, participe en un proceso de adopción. Sin embargo, existen muchos despachos y personas haciéndolo en España incluso con publicidad en internet.

La seguridad jurídica que esperamos que represente para el menor adoptable dicha medida, es una de las razones fundamentales por las que claramente apoyamos el presente proyecto de Ley de Adopción Internacional. Otra razón es que la FEECAI ha trabajado mucho dentro del seno de la comisión del Consejo Consultivo de Adopción Internacional que ha estudiado y debatido el presente proyecto de ley, proponiendo enmiendas y aportando propuestas.

Como consecuencia de nuestras propuestas, el articulado del proyecto ha recogido nuestra reivindicación de que las ECAIs puedan “establecer entre ellas acuerdos de cooperación para solventar situaciones sobrevenidas o para un mejor cumplimiento de sus fines”, lo que sin duda ayudará a solventar los futuros problemas que puedan surgir y reducir el periodo de reacción para solucionarlos.

A pesar de lo dicho, creemos que el proyecto de ley no contempla algunos aspectos importantes.

Por ejemplo, el proyecto prevé que España realice las adopciones internacionales de acuerdo con los principios del 33 Convenio de la Haya, con independencia de que los países implicados sean o no parte del citado Convenio. Ello es por considerar como más adecuado para la seguridad jurídica de los menores el actuar de acuerdo con los principios de garantía establecidos en el mismo. Sin embargo, existen países que no han ratificado dicho Convenio y no contemplan

en su legislación la existencia de ECAIs. De hecho, hay países que no tienen apenas desarrollada la legislación en materia de adopción internacional. Para solventar este problema, la FEECAI ha propuesto en el seno de la comisión del Consejo Consultivo de Adopción Internacional y en los grupos parlamentarios una enmienda que permita a las ECAIs trabajar en países de origen de los menores, no firmantes del 33 Convenio de la Haya, y en los que dicha figura no se contempla pero no está prohibida, mediante la designación en dichos países de un representante legal, vinculado orgánica y jerárquicamente. Esto ya se viene haciendo de facto en Bulgaria, donde entidades de dicho país nos representan a nosotros y a las familias.

La aplicación de lo propuesto en países como Ucrania traería un mayor control al proceso, al existir entidades colaboradoras que lo supervisarían en su totalidad, en contra de lo que sucede actualmente donde no existe control previo por la autoridad central española o por las ECAIs en su delegación.

Por último, y para concluir, consideramos que en la futura ley no debe darse carta de naturaleza a situaciones híbridas o adopciones no plenas.

Por lo dicho al principio de mi intervención, los padres tomarán el camino que les resulte más rápido y cómodo con independencia de que sea garantista o no para los menores. Si en el futuro permitimos la posibilidad de constituir acogidas que por el mero transcurso del tiempo se puedan convertir automáticamente en adopciones, sin idoneidades previas para adoptar, abriremos una puerta peligrosa que en poco tiempo se generalizará y conculcará el sistema de garantías públicas para el menor que el Convenio de la Haya pretendió implantar al sustraer la adopción internacional del ámbito de la actividad privada.

Del mismo modo, permitir que la *kafalah* pueda llegar a convertirse en adopción en España por la mera decisión de jueces españoles representaría una clara violación del principio de buena fe, al permitir primero que se constituya una acogida en base a la legislación islámica, que prohíbe la adopción, y posteriormente permitir que ésta se lleve a cabo, en contra de lo establecido en la legislación del país de origen del menor.

Sólo nos queda esperar que el proyecto de ley de Adopción Internacional se convierta en ley y que sea desarrollada reglamentariamente, con la participación de todas las partes implicadas en el proceso, para completar o definir las lagunas legales que pudieran quedar.

Carmen Cano García

En representación de FIDECAI

Seguridad jurídica es la adecuación a la ley, por consiguiente, en el tema que me ha correspondido tratar, y actuando en representación de una federación de ECAIS, voy a exponer los puntos de vista de la Federación Interautonómica de Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (FIDECAI) sobre los artículos del nuevo proyecto de Ley de Adopción Internacional, que nos afectan directamente y que inciden en el proceso de adopción, para intentar que nuestra aportación pueda tenerse en cuenta para lograr un proceso adoptivo más transparente, más racional, que tenga en cuenta verdaderamente el bien superior del menor y, sobre todo, más profesional y acorde con la desvinculación de la adopción no oficial que pretendía el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993. La seguridad jurídica será sin duda la consecuencia de todo ello.

El embrión de la ECAI lo encontramos ya en el preámbulo de la Ley 21/1987 en el que se establecía como objetivo *“la supresión de intermediarios poco fiables bien o mal intencionados”*. Pieza clave de la referida Ley son las instituciones públicas o las privadas que colaboren con ellas, a las que se les encomienda, de modo casi exclusivo, la propuesta de adopción.

Las funciones de mediación en temas de adopción, quedan reservadas de forma absoluta, bien a la entidad pública competente bien a aquellas asociaciones o fundaciones no lucrativas en cuyos estatutos figurara como fin la protección de menores y estuvieran sometidas a las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilite.

El espíritu de la Ley 21/1987 aparece ratificado en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, en el que también se aprueba la existencia de entidades colaboradoras, estableciendo su régimen de funcionamiento al que dedica nada menos que nueve artículos, y que podemos resumir en cuatro palabras: honestidad, profesionalidad, conocimiento y control.

Las entidades acreditadas, denominadas ECAI, han hecho un gran esfuerzo para profesionalizarse técnicamente. La mayoría disponen de equipos pluridisciplinarios de gran calidad y se han sometido a todos los controles de la administración pública, con la que siempre se han mostrado dispuestas a colaborar.

Las adopciones que se tramitan a través de ECAI están controladas, tanto en el país de origen de los menores como en el nuestro propio, dando información, formación previa y soporte post-adoptivo a las familias, lo que indudablemente

repercute en el bien del menor, y garantiza que los niños sean verdadera y legalmente adoptables.

La ECAI debe ser el puente técnicamente adecuado y profesionalizado entre las autoridades centrales de los países intervinientes en la adopción internacional que se pretenda, y también el nexo necesario, especializado y técnicamente preparado, entre esas mismas autoridades y las familias implicadas en el proceso de adopción.

Las ECAIs son un núcleo en el que se conectan todos los participantes en el proceso adoptivo: las autoridades centrales en materia de adopción internacional de los países implicados, los organismos o entidades colaboradoras que valoran la aptitud psicosocial de los adoptantes, las familias y los niños. Nuestra posición nos permite ser un colaborador eficaz para preservar la seguridad jurídica y el interés superior del menor.

La labor de las ECAIs no se limita, por tanto, a una mera gestión mediadora, por lo que creemos que el proyecto de Ley de Adopción Internacional no regula la situación real existente al no reconocer en su plenitud el complejo trabajo desarrollado por las ECAIs y su evidente utilidad.

Hace más de diez años que las ECAIs están trabajando y han ido formándose paulatinamente con la experiencia adquirida. Las ECAIs, no sólo sirven para la preparación del expediente, a veces complejo por los requerimientos de los países con los que se trabaja, sino que también preparan a las familias para lo que se van a encontrar, porque constantemente viajan y están en contacto con los servicios jurídicos y sociales de los países de procedencia de los niños. Los departamentos psicosociales de las entidades se han especializado y saben bien los problemas que tendrán que afrontar las familias hasta que consigan el acoplamiento del menor. También conocen las angustias y los fantasmas de la espera y cómo contener a esas familias que llevan tanto tiempo esperando a un hijo, pero sin perder de vista que el interés superior es el del menor y que el derecho de los adoptantes se concreta tan sólo en el deseo de ser padres.

Todo eso lo llevan a cabo las ECAIs. Por todo ello, la FIDECAI ha elaborado una serie de enmiendas al proyecto de ley, algunas de las cuales queremos mencionar por estar directamente relacionadas con el tema que estamos tratando y que recogen cuestiones a las que creemos tener derecho y que podemos resumir en dos puntos principales:

1º.- Tener una mayor representación en los organismos, comisiones, entidades públicas, foros, etc., que existan o se constituyan en relación con la adopción internacional.

2º.- Tener una mayor participación en el proceso de adopción internacional, reconociéndose legalmente la labor que están desarrollando las ECAIs hasta la

fecha y ampliándola a aquellos aspectos en los que su participación se ha mostrado como necesaria o muy conveniente para garantizar la seguridad jurídica del proceso o garantizar el interés superior del menor.

En cuanto a la representación, atendida nuestra profesionalidad y conocimientos técnicos, creemos que jugamos un papel diferente al de las asociaciones de padres, que tienen el suyo propio de ayuda y asistencia a las familias, pero desde el punto de vista humano y reivindicativo de mayor apoyo y ayuda social. Con eso no deseamos prescindir de sus valiosas aportaciones, pero sí querríamos que se tomaran en su justa medida, siendo necesario que se delimiten las funciones de unos y otros para evitar interferencias que en ocasiones perjudican gravemente el proceso. No hay que olvidar que la ECAI tiene la responsabilidad, no sólo de que los casos en marcha finalicen felizmente, sino de crear las condiciones idóneas para que otras muchas familias puedan adoptar en el futuro y que todo ello se lleve a cabo con el mayor respeto al interés del menor, a la legislación de los países implicados y a los acuerdos y obligaciones que se han asumido con los mismos. Las interioridades técnicas, y a veces políticas, del proceso, sólo la Administración pública y las entidades autorizadas las conocen.

Desearíamos estar representadas, al menos con voz, en las reuniones interautonómicas de los representantes de las Autoridades centrales, pues los temas que se debaten son de nuestra incumbencia, y las aportaciones que se pueden hacer serían valiosas para resolver problemas o avanzar en un tema tan complejo como el de la adopción internacional.

En cuanto a la participación, nuestra demanda principal es que la adopción internacional, como ya se apuntaba hace 20 años en la Ley de 1987 y se ratificaba en el Convenio de La Haya de 1993, esté en manos tan sólo de las Autoridades Centrales y de las ECAIs, excluyendo de forma total y absoluta que abogados independientes, sean de la nacionalidad que sean, “facilitadores”, traductores o asociaciones que tienen otros cometidos, intervengan en adopción internacional. Todas esas personas, además de que actúan al margen de la Ley, convierten el proceso adoptivo en una mera gestión en la que prima, ante todo la rapidez, el capricho de los adoptantes en cuanto a la edad y sexo del menor, y el “todo vale”. En general, la intervención de personas o asociaciones no adecuadas han llevado al fraude de ley, al incumplimiento de los compromisos con el país de origen de los menores, al abandono de niños adoptados por no estar preparados para conseguir su integración familiar y, lo que es peor, al tráfico de niños, más o menos encubierto, al ofrecerse sumas de dinero que corrompen el sistema.

Así pues, sólo el protocolo público o la mediación a través de ECAI garantiza legalmente el proceso, y debe evitarse la llamada “tramitación por libre” porque

esa “libertad” se encuentra atada a un abogado independiente, a un facilitador o a una asociación no acreditada.

También deseamos ampliar la participación de la ECAI en la valoración de las familias adoptantes. El proceso de adopción internacional, con su complejidad, espera, dificultad, etc, puede descubrir que una familia, perfectamente idónea en su vida cotidiana, no lo es para asumir una situación llena de incertidumbre y presión, y para la que se precisan aptitudes especiales. Todas las ECAIs han vivido no idoneidades sobrevenidas y han tratado con familias que van a tener graves inconvenientes para conseguir la adaptación de un niño adoptado. Ni las referidas familias, ni los niños que puedan serles entregados se merecen pasar por el calvario en el que se va a convertir la pretendida adopción. Por ello, creemos importantísimo que una ECAI pueda expresar su opinión sobre la aptitud de una familia para adoptar y que su petición de revisión de la idoneidad sea vinculante. Estamos tratando de cuestiones muy trascendentes y el interés superior del menor bien vale la revisión de un expediente.

La información y formación previa a la adopción de la familia, debe llevarse a cabo por los equipos psicosociales de la ECAI con independencia de los cursos o entrevistas que las Autoridades Centrales determinen como necesarias. La ECAI siempre podrá dar una formación más especializada y acorde con el país en el que la familia desea adoptar, teniendo en cuenta las peculiaridades del sistema y el cuidado que hayan podido recibir los niños adoptables.

Las ECAIs disponen de equipos entrenados en el área psicosocial para sensibilizar a los padres en las distintas etapas del proceso, con el fin de:

- Lograr que se identifiquen con el niño, para entender y sentir desde ahí cómo vive el pequeño el proceso.
- Transmitir las características de los niños que han iniciado su vida en una situación de desamparo y cómo lograr que la supere.
- Ofrecerles recursos y herramientas para responder y resolver problemas de integración y adaptación social y escolar.
- Trabajar en la transmisión de expectativas realistas, entendiendo las dificultades y respondiendo adecuadamente.
- Advertirles de las distintas etapas de todo proceso adoptivo sin que se angustien ante las reacciones del niño.
- Conocer los obstáculos, con el fin de anticiparlos para que les sirva de ayuda.
- Brindarles apoyo, trabajando con los padres sus inquietudes para que transiten este difícil proceso con una buena preparación, teniendo un espacio en el que hablen de lo que sienten y piensan, y no sólo del expediente.

Por otro lado, en la mayoría de los países de origen de los niños, a la ECAI se le obliga a asumir el compromiso de que las familias van a cumplir, tras la adopción, con determinadas obligaciones impuestas. Forma parte de la seguridad jurídica que se establezcan medidas para que el cumplimiento de dichos compromisos sea obligatorio porque, de otro modo, se está defraudando la confianza en nuestro sistema jurídico puesta por el país extranjero.

Otra cuestión al margen de lo expuesto y que debe ser materia de reflexión, es el posibilitar que las ECAIs, entre sí, puedan llegar a acuerdos de colaboración, con la única limitación de que quede garantizada la seguridad jurídica del proceso y los derechos adquiridos por los adoptantes en virtud del contrato suscrito por la entidad escogida. Con lo anterior se conseguiría que las familias adoptantes dispusieran de los servicios de una ECAI domiciliada en su Comunidad Autónoma que le permitiera adoptar en países para los que necesariamente tendría que desplazarse a otras Comunidades por no existir ninguna entidad acreditada para los mismos. Se evitarían costes innecesarios y la seriedad y profesionalidad del proceso quedaría garantizada.

Algunas cuestiones importantes se quedan en el tintero, como el procedimiento de acreditación de ECAIs, autorizaciones para los diferentes países y control de las mismas por parte de la administración pública, pero entendemos que dichas cuestiones sobrepasan el título de la presente jornada, salvo que en el coloquio se considere oportuno abordarlas.

Mesa 3

Capacidad, requisitos y obligaciones

Pedro Garrido Chamorro

Félix Pantoja García

Presentación: Benigno Varela Autrán

Benigno Varela Autrán

*Magistrado del Tribunal Supremo y
Patrono de la Fundación Æquitas*

Las últimas intervenciones de la mañana van a correr a cargo de Pedro Garrido Chamorro y Félix Pantoja García. Evidentemente, ambos son unos especialistas en la materia que seguramente nos van a dar unas ideas muy claras porque el proyecto de ley está en este momento para discutirse en esta Cámara.

Proyecto de ley que ha sido remitido con fecha 15 de julio de este año al Congreso de los Diputados al objeto de que se regule la adopción internacional de menores. Es un problema de la mayor importancia no sólo por el descenso de la natalidad que se aprecia en nuestro país, sino por las necesidades demográficas y, también, económicas de los países en los que realmente se pueden adoptar niños.

He tenido la oportunidad de leer el texto, creo que es muy interesante y no voy a insistir más sobre el mismo porque los dos ponentes les van a enriquecer a todos ustedes respecto al proyecto

En primer lugar va a hablar Pedro Garrido Chamorro, notario de Madrid, que se ha acercado a la problemática de la protección de menores empezando por sus propias vivencias personales sobre el tema y gracias al cauce que para ello ha ofrecido, en todo momento, la Fundación Æquitas. Así, en el año 2002 organizó y dirigió un seminario sobre la problemática de la protección de menores en otra sede parlamentaria, el Parlamento de Baleares, que tuvo como principal objetivo y resultado el impulso y la colaboración de las distintas instancias que intervienen en la materia: Poder Judicial, Administraciones Públicas y Entidades Sociales. También ha publicado un extenso estudio sobre la normativa de protección de menores y adopción en las instituciones de derecho privado y públicas en un libro editado por el Consejo General del Notariado.

En fin, con estos antecedentes creo que la exposición que nos va a hacer va a ser muy enriquecedora y le cedo ya la palabra.

Pedro Garrido Chamorro

Notario

Nos corresponde analizar en la sesión de hoy el proyecto de Ley de Adopción desde el punto de vista de los requisitos: la capacidad para adoptar y las consecuencias u obligaciones posteriores que la confirmación de un proceso de adopción impone. Vamos a estudiar estas materias fundamentalmente desde la perspectiva de los principios y las reglas directrices básicas del proyecto de ley y del análisis de aquellas cuestiones en las que sería conveniente, desde nuestro punto de vista, la introducción de alguna modificación en la normativa del proyecto, tal como está en su estado actual.

Es preciso comenzar el análisis del proyecto situándolo en su contexto normativo. Por un lado, debe recordarse que toda la normativa sobre protección de menores se ha ido desarrollando en nuestro ordenamiento jurídico a partir de los distintos documentos internacionales sobre la materia, especialmente la Convención sobre los derechos del niño y la Convención de La Haya de 1993 sobre protección del menor y colaboración jurídica en materia de adopción internacional. A partir de estos instrumentos internacionales en los que España ha sido parte, se dictó la Ley Orgánica 1/1996, sobre protección jurídica del menor. Una Ley que constituye un hito fundamental en todo el desarrollo normativo de la materia, por cuanto introduce de forma patente y clara, y como elemento básico angular de toda regulación, el principio del interés preferente del menor y de protección ante todo de ese interés por encima de cualquier otra consideración.

Por otra parte, desde el punto de vista del conjunto del sistema normativo español y de la distribución competencial entre las distintas instancias que pueden intervenir en la materia, la ley constituye, desde nuestro punto de vista, realmente un desarrollo de la competencia que el art. 149.1.1ª de la Constitución da al Estado; es decir, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Es importante dejar claro que el proyecto de ley se enmarca dentro de esta competencia, ya que las Comunidades Autónomas tienen atribuida toda la competencia en materia de gestión y desarrollo de actuaciones de protección de menores y en materia normativa, o sea, toda la competencia para la regulación de la protección de los menores en su respectivo ámbito. Sin embargo, el Estado tiene la competencia para establecer unas condiciones mínimas que garanticen

el respeto de los derechos esenciales de los menores en todas las Comunidades Autónomas, en todo el Estado. Dicho de otro modo, lo que hace la Ley es establecer unos mínimos de protección de los menores que deberán, en todo caso, ser respetados y de esta forma deberá ser entendida.

No debe olvidarse, por otra parte, que, junto con el Estado y las Comunidades Autónomas, como entidades con competencia dentro de España para el tratamiento de protección de menores en esta materia de la adopción internacional, existe otra instancia fundamental como es el Estado de procedencia de los menores, porque, no debe olvidarse, que los menores son ciudadanos de ese Estado de procedencia, que ha dictado, prácticamente en todos los casos, unas normas sobre la protección de sus menores y sobre las condiciones y requisitos mínimos para su adopción, y el Estado español no puede sino respetar toda la normativa que se haya dictado por esos terceros Estados de origen de los menores, a partir del principio de cumplimiento riguroso de los requisitos y garantías que el país de origen del menor haya establecido.

Pues bien, enmarcado así el proyecto de ley dentro del conjunto normativo en el que deberá aplicarse, debemos comenzar por hacer una objeción esencial al contenido del mismo; una objeción que, por su trascendencia, nos parece que puede dar al traste con el logro de los últimos objetivos de protección de los menores que establece la Ley y, sobre todo, puede ser causa de un mal entendimiento de la Ley por parte de las personas implicadas en un proceso de adopción, básicamente los padres y los profesionales y entidades que pueden colaborar en esos procesos y, a la vez, podría dar lugar a una aplicación errónea, desenfocada de sus principios y de su normativa, por parte de las instancias que tengan competencia para ello, sean las entidades de las Administraciones Autonómicas en su respectiva competencia, o sea el Poder Judicial, los jueces y tribunales cuando revisen esas actuaciones administrativas.

El proyecto de ley en su artículo 2.2 dice que la finalidad de esta Ley es proteger los derechos de los menores a adoptar, teniendo en cuenta también los de los solicitantes de la adopción y los de las demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional. Parece que, por tanto, contempla dos grupos de personas implicadas y dos clases de derechos para cada uno de esos grupos de personas: los menores y los derechos de los menores por una parte, y los candidatos a adoptantes, junto con las entidades que les pueden prestar su asesoramiento, por otra parte. Y el gran problema es que coloca a ambos tipos de derechos uno al lado de otro dándoles, aparentemente, un rango o valor análogo.

Pues bien, esa consagración simultánea de los derechos de los menores adoptados y de los candidatos a la adopción da la imagen, o transmite la impresión,

quizá, de que se trata de derechos de consistencia, de contenido, desde el punto de vista sustantivo material, o de rango, análogos, que los poderes públicos deben preocuparse de que se respeten los derechos de los menores sean españoles o sean extranjeros pues ésta es materia del proyecto de Ley de Adopción Internacional: que se respeten los derechos de los menores que pueden llegar a ser adoptados pero, en la misma medida, parece deberían preocuparse de que se respeten, también, los derechos de los solicitantes de una adopción, porque parecería que cualquier persona que pretenda realizar una adopción internacional tiene derecho a ella, y a que los poderes públicos le proporcionen todos los medios a su alcance para llegar a obtener esa adopción internacional.

Esta forma de enfocar la cuestión es, sin embargo, completamente errónea e inaceptable por la sencilla razón de que olvida completamente y deja de lado el hecho de que el interés del menor sea un interés de rango absolutamente preferente y privilegiado, de forma que los intereses y derechos de las demás personas interesadas están siempre en un segundo plano y subordinados al interés del menor. Son derechos, por tanto, que no tienen un contenido sustantivo o material propiamente dicho; en otras palabras, si hay un menor éste tiene derecho a ser adoptado en las mejores condiciones posibles porque eso es lo que a él le interesa.

Pero unos padres que deseen adoptar a un hijo no tienen derecho a obtener esa adopción. Eso no significa que estén desprovistos completamente de cualquier tipo de derechos y de garantías. Sí que tienen derechos, pero tienen derechos de otro rango, de interés formal: tienen derecho a que en el proceso administrativo se cumplan todas las formalidades, los plazos, las obligaciones de información de la Administración Pública, y la información sobre recursos disponibles que las leyes establecen en general para los procedimientos; pero no tienen, en absoluto, derecho a ser declarados idóneos por la sencilla razón de que no existan, en apariencia, obstáculos tales como problemas psicológicos o de personalidad que pudieran impedir la adopción.

En este sentido, la propia Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, se refiere continuamente a los derechos de los menores, pero nunca habla de los derechos de los padres; que, no se olvide, en la mayoría de las ocasiones se está refiriendo a los padres biológicos titulares de la patria potestad como consecuencia de una filiación biológica.

Así pues, los padres candidatos a una adopción tienen el derecho a que todos los trámites ante los organismos competentes de la Administración autonómica que corresponda se desarrollen dentro de la normativa en cuanto a sus requisitos, procedimientos, plazos, garantías, etc, que establezca la legislación, pero

no tienen derecho a ser declarados idóneos para adoptar a un menor. El menor susceptible de ser adoptado tendrá derecho a que se le encuentren unos padres lo más idóneos para él; pero los padres no tienen derecho a que se les encuentre un menor o se les coloque en situación de llegar a obtener ese menor.

En esta línea de garantizar de la mejor manera posible el interés y los derechos de los menores que son susceptibles de poder ser adoptados, se exige en la ley la llamada declaración de idoneidad, como ya se venía estableciendo por los instrumentos legales anteriores, y fundamentalmente por el Convenio de La Haya de 1993 sobre protección del niño y colaboración en materia de adopción internacional. Es decir, la declaración por las Administraciones Públicas de que los solicitantes de una adopción internacional son idóneos para llevarla a cabo y para ejercer la patria potestad, el cuidado, custodia y atención del menor en condiciones inmejorables para ese menor.

Nos parece enormemente positivo que el proyecto de ley diga que la declaración de idoneidad, en todo caso, debe realizarse por las propias entidades públicas. Podría plantearse si las entidades públicas pueden delegar esa declaración de idoneidad en entidades particulares colaboradoras de la adopción internacional, pero es de tal rango, de tal importancia el derecho del menor y la necesidad de que sólo puedan llegar a adoptar al menor unos padres que de verdad sean idóneos, que nos parece que no debe producirse una derivación de esa valoración y esa declaración de idoneidad en entidades privadas donde los intereses particulares podrían, en ocasiones, interferir en el resultado de esa labor de valoración de los padres.

Ello no significa que a las entidades colaboradoras de adopción internacional no se les reconozca un papel de enorme utilidad e importancia para la buena marcha y el buen fin de los procedimientos de adopción. Estas entidades están reconocidas y contempladas en la Ley, que establece que deben ser entidades sin ánimo de lucro, que no deben obtener beneficios financieros en ningún caso, sino únicamente cobrar por aquellos gastos que sean estrictamente necesarios; y ello es un requisito evidente en aras de la efectiva y auténtica protección del interés de los menores, porque en el momento en el que se pudieran dar intereses crematísticos, se pudiera obtener un lucro, como consecuencia de la intervención o actuación en estos procesos de adopción, sin duda el resultado inevitablemente sería que habría menores que se verían lesionados, se darían situaciones de tráfico de menores, porque no debe olvidarse que esos menores, que no tienen en la mayoría de los casos unos padres biológicos en situación de protegerles adecuadamente, se encontrarían sometidos al albur de la actuación de unos adultos que se guiarían por sus propios intereses personales.

En este punto debe hacerse una crítica a una evidente carencia del proyecto que debería haber establecido unos mínimos de control por parte de las Comunidades Autónomas de esas ECAIs, entidades colaboradoras de adopción internacional, al establecer el principio de inexistencia de ánimo de lucro y de prohibición de cobros o de obtención de beneficios financieros más allá de los gastos estrictamente necesarios para que eso sea efectivo, para que, por tanto, se tenga la seguridad de que no va a haber ninguna lesión de los intereses de los menores como consecuencia de la existencia de intereses de otro tipo.

No basta con que se diga que deberán estar sometidas a una auditoría que, en principio, podría incluso ser una simple auditoría contable; debería haber concretado hasta dónde debe llegar ese control y debería haber establecido, como mínimo, que todos los pagos que se realicen a estas Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional deberán estar obviamente declarados y facturados para su posible control y que deberá ejercerse por las Comunidades Autónomas competentes un control efectivo, concreto y detallado de las cuentas, es decir, de los flujos de fondos que se producen y del destino efectivo y final de cada uno de los pagos que se han realizado por los padres candidatos a la adopción.

Esto es imprescindible y hay que decir con toda claridad que no se está haciendo correctamente en muchas ocasiones, porque si no, no se explica que existan supuestos de adopciones internacionales que tienen un coste limitado a unos 4.000 ó 6.000 euros, mientras que existen otras vías de adopción, otras entidades intermediarias para esas adopciones, que llegan a cobrar cifras diez veces superiores: 30.000 ó 40.000 euros. Evidentemente, cuando hablamos de esas cifras ya no estamos hablando de los gastos estrictamente necesarios; existen pagos que pueden considerarse por encima de lo que sería una normal cobertura de gastos de actuaciones profesionales. Existen, por tanto, intereses desmesurados para terceras personas que, sin duda, habrán podido desembocar en supuestos de tráfico de menores o de utilización o búsqueda de los menores en función de sus condiciones para ser adoptados con el correspondiente perjuicio que para ellos pueda esta ocasionar esta situación.

La idoneidad como requisito para ser adoptado es un concepto jurídico indeterminado. Los conceptos jurídicos indeterminados son un instrumento habitual utilizado con enorme frecuencia por el Derecho y que merecen un juicio positivo en la mayoría de los casos. Tienen el inconveniente de que la falta de definición exacta y detallada de su contenido y alcance puede dar lugar a cierta incertidumbre y cierta falta de seguridad en la aplicación del concepto, pero tiene la enorme ventaja de que este concepto indeterminado será susceptible de una aplicación mucho más flexible en supuestos enormemente variados, he-

terogéneos, imposibles de contemplar de forma unitaria y completa dentro de la ley y, por tanto, permitirán una aplicación más ajustada, más acorde con las necesidades de cada caso concreto que se plantee.

Ahora bien, el proyecto de ley habla de la idoneidad estableciendo una definición bastante escueta de lo que se entiende por idoneidad y, en este sentido, debería haber precisado más los parámetros, los datos, las circunstancias mínimas que deben ser valoradas por la Administración para poder dar el certificado de idoneidad. Dice que *“se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados de origen extranjero y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional”*. Y añade que: *“la declaración de idoneidad requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender al niño en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional”*.

Pues bien, el problema que, en la práctica, se ha dado con cierta frecuencia en relación con la declaración de idoneidad, o la valoración de la idoneidad de los candidatos a la adopción, es que se ha entendido este requisito de una manera excesivamente simplista: serían idóneos para adoptar todos aquéllos que no presentaran graves desequilibrios psicológicos o de la personalidad que les hicieran capaces de una convivencia normal con el menor adoptado y que tuvieran una situación social y económica que pueda calificarse como normal, no extraordinariamente crítica o deficiente.

Esto ha dado lugar a opiniones, como la que cito literalmente, en un Tratado muy reciente sobre la adopción internacional en el sentido de que *“si los padres biológicos sólo pueden ser privados de la patria potestad mediante una sentencia judicial fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, del mismo modo sólo se puede denegar la idoneidad para el ejercicio de la patria potestad cuando se tengan fundadas razones, en virtud del informe psicosocial, para creer que los adoptantes no cumplirán su función porque, en otro caso, se puede llegar a efectos atentatorios contra el principio de igualdad respecto de los padres biológicos y atentatorios del derecho a la intimidad”*.

Es decir, se piensa que cualquier ciudadano, si es normal, tiene derecho a adoptar a algún menor que pueda localizar en un país. Y no es así, puesto que el menor tiene derecho a ser adoptado en las mejores condiciones posibles y, por tanto, habrán de valorarse esas condiciones para ver si para el menor en concreto que se pretende adoptar la adopción va a ser positiva o no.

Esto es de extraordinaria gravedad, porque los datos y las cifras –tanto en España como, sobre todo, en terceros países donde la adopción internacional lleva ya más años y, por tanto, hay una experiencia más larga– nos hablan de un número enormemente elevado de supuestos de abandono por los padres de los menores ya adoptados. Este abandono no se suele producir con el menor de escasa edad porque al llegar al hogar los padres hayan sido incapaces de cuidarle, sino que se da en momentos más críticos del crecimiento, del desarrollo de la personalidad del menor, básicamente en el momento de la adolescencia. Y los datos nos hablan de cifras de abandono de entre el 6% y el 8%, cifras que parecen contrastadas según los estudios.

Esto resulta extraordinariamente preocupante. Por un lado, desde el punto de vista del menor cuyos padres hayan sido incapaces de llevar adelante el proceso educativo en la etapa enormemente crítica, conflictiva y llena de tensiones que supone la adolescencia de todos los menores en el seno de cualquier familia –sea biológica, sea adoptiva o sea del tipo que sea–, cuando los padres, repito, no han sido capaces de superar esa etapa educativa y el menor se ve de nuevo abandonado, surgirá, sin ninguna duda, un trauma de una gravedad evidente que, con toda probabilidad, le dejará marcado para su vida.

Y esas situaciones de abandono, de incapacidad para superar esa difícilísima e intensa etapa educativa que es la adolescencia, esa dificultad de aceptar al adolescente con todas sus contradicciones, su rebeldía, su enfrentamiento a lo que se le quiere transmitir por los padres adoptivos, se dan con frecuencia y comprensiblemente no porque los padres adoptivos fueran personas desequilibradas o con alguna seria carencia psicológica o de la personalidad, sino sencillamente porque son personas que en su escala de valores, en su relación, en su vivencia de las circunstancias de la vida normal no tienen asimilado lo que es el proceso de la paternidad respecto del menor adoptado con todos los requisitos.

Esta materia es de una valoración enormemente complicada. No se puede hacer con un simple estudio psicológico de los padres, un estudio forense que nos indique que no existen graves desequilibrios en ellos, sino que tiene que hacerse desde una óptica multidisciplinar con un equipo integrado por distintos profesionales de diferentes áreas, básicamente del área psicológica, del área de los trabajadores sociales, que puedan valorar a fondo todas las circunstancias que se van a presentar en la integración del menor en la familia desde el punto de vista de las expectativas de los padres, de la aceptación por los padres de ese menor, etc. etc. Y, por ello, difícilmente esa valoración puede darse y revisarse sin más en el seno de un procedimiento judicial.

Esto último tiene particular importancia, porque nos encontramos con que un elevado número de padres solicitantes del certificado de idoneidad para una adopción internacional, que no son declarados idóneos por la Administración competente, recurren contra esa resolución administrativa en vía judicial. La realidad es que de los solicitantes de la declaración de idoneidad es un número escasísimo el de aquéllos a los que se les deniega dicha declaración. Puede cifrarse seguramente en torno al 2% en nuestro país, frente a otros países como Italia donde el porcentaje puede alcanzar hasta el 20% de los solicitantes. Pero algunos de ese 2% de solicitantes no declarados idóneos recurre a los Tribunales y, aproximadamente, de esos recursos un 50% son declarados idóneos en sede judicial.

La realidad es que este hecho no está teniendo hoy en día excesiva trascendencia porque, en la mayoría de los supuestos, el país de origen del menor no acepta una simple declaración en sentencia judicial de la idoneidad, sino que exige unos informes completos de la Administración con unas valoraciones concretas y, ante la ausencia de esos informes, puesto que la Administración había denegado la declaración de la idoneidad, rechaza la solicitud de adopción.

Pero, en cualquier caso, nos encontramos con un porcentaje relativamente importante de supuestos de revisión judicial de la actuación de la Administración y, analizando las sentencias en que se han producido esas revisiones, vemos que si en ocasiones el juez ante quien se plantea la revisión tiene una visión correcta de toda la complejidad de la declaración de idoneidad y de la valoración de esa idoneidad por parte de los padres, en otras ocasiones, por el contrario, con un entendimiento de la materia en la línea de la habitual tutela de los derechos de los ciudadanos, es decir, de los padres solicitantes de la adopción, frente a la actuación de las Administraciones Públicas, realiza una interpretación muy simplista de lo que supone la valoración de esa declaración de idoneidad.

Cito algunas de esas resoluciones judiciales, sin ánimo de criticar el contenido de las mismas porque, en cualquier caso, sería una valoración excesivamente simplista; habría que analizar a fondo todas las circunstancias que se han dado en cada uno de esos procedimientos para poder discutir el acierto o no de la resolución judicial. Simplemente, viendo algunas de las afirmaciones o de las argumentaciones que se realizan en esas sentencias, se observa cómo es frecuente que el problema de la declaración o no de la idoneidad de los padres se trate de una manera, repito, simplista y sin tener en cuenta todos los datos y circunstancias que intervienen en este complejo proceso.

Así, por ejemplo, una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de febrero de 2006, afirma que si los profesionales que han examinado a los

padres entienden que las cualidades personales, la capacidad educativa y el entorno familiar no hacen aconsejable la adopción, sino que, por el contrario, la consideran arriesgada, ese riesgo, a pesar de que sea simplemente previsible y no sea, por tanto, una seguridad, no puede, en modo alguno, ser asumido en una materia como la que nos ocupa de la adopción y de la protección, por tanto, del interés prevalente e indiscutible del menor.

Pero frente a esta resolución judicial, que enfoca correctamente la complejidad de la valoración de la idoneidad de los adoptantes, existen otras que hacen un análisis mucho más simple, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 11 de octubre de 2005, que declara judicialmente la idoneidad de la pareja basándose en el argumento de que la denegación de idoneidad por la Administración Pública se había basado en la valoración por los funcionarios de esta Administración de que los candidatos solicitantes pretendían realizar la adopción como una forma para cubrir necesidades personales de la pareja. Y dice la resolución judicial que eso es una valoración enormemente subjetiva y que no debería, por sí sola, haber dado lugar a la declaración de no idoneidad, puesto que no es incompatible el deseo de cubrir esas necesidades con la atención a los hijos para el correcto desarrollo de éstos y que, por tanto, la primacía del interés del menor no choca con la voluntad de desarrollo de una pareja a través de la paternidad.

De modo parecido, una sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 6 de abril de 2005, revisa la denegación de idoneidad sobre la base de que se han realizado dos informes psicológicos de los solicitantes de la adopción y en esos informes forenses se ha apreciado que ninguno de los dos miembros del matrimonio padece psicopatología de tipo alguno y que tampoco a nivel social el matrimonio presenta ninguna disfunción; por tanto, no padeciendo ninguna psicopatología, ni presentando ninguna disfunción social, el matrimonio tiene plena capacidad para la adopción desde el punto de vista psiquiátrico, psicológico y afectivo y, por tanto, debe revocarse la declaración de la inidoneidad.

Estas afirmaciones de las dos últimas sentencias que hemos citado -insisto en que sin entrar a valorarlas porque habría que analizar a fondo el resto de circunstancias en que se produjeron- sí que revela que puede haber una concepción simplista de la idoneidad como la simple inexistencia de obstáculos aparentes para que los padres puedan adoptar. No habiendo obstáculos, se afirmarían que no se les puede denegar un derecho esencial como es el derecho a su desarrollo personal a través de la paternidad mediante una adopción y, por tanto, no habiéndose presentado unos obstáculos evidentes en el proceso, la Administración no puede denegar la idoneidad.

Hay que insistir en que esto no es así, porque la valoración de la conveniencia para el menor –puesto que su interés es el primordial en toda la materia– de su inserción en un determinado medio familiar, se debe hacer teniendo en cuenta muchos más parámetros que la simple carencia de graves desequilibrios en los padres. Se debe hacer teniendo en cuenta la previsibilidad de una integración correcta en ese medio familiar, la previsibilidad de una aceptación correcta y equilibrada del menor con todas sus peculiaridades culturales de origen, educativas, puesto que ha tenido una experiencia previa que le habrá dejado, de una manera o de otra, alguna huella y la aceptación y correcta integración de esa persona con todas sus peculiaridades es lo que realmente determina la idoneidad de los padres.

Pues bien, siendo de tal naturaleza y de tal complejidad el requisito de la idoneidad en los padres, insistimos, se echa de menos en el texto legal, además de, como expresé al principio, no consagrar con un rango aparentemente como al de los derechos del menor, un derecho de los padres en el proceso de adopción, aparte de eso se echa de menos, una mayor concreción de todos los parámetros y circunstancias que se deben valorar para la concesión de la idoneidad, de modo que cada una de esas circunstancias de integración en un medio familiar social adecuado, de aceptación por los padres de la persona –el menor es una persona distinta con sus peculiaridades y particularidades–, de aceptación de las dificultades y frustraciones que todo el proceso de educación de un menor conlleva cuando éste no se ajusta a las expectativas y previsiones de los padres, etc, etc. Todas esas circunstancias deben, cada una de ellas, tener una valoración concreta y positiva para que exista una seguridad razonable de que el menor será integrado de forma estable y positiva para él en ese núcleo familiar.

Cuando menos, quizá, la ley debería prever que en los casos de revisión judicial de una declaración de idoneidad, deberá ésta realizarse con tal resolución motivada y detallada que revise cada uno de los fundamentos que, establecidos desde el punto de vista del interés del menor, se hayan formulado por la Administración para denegar la idoneidad de los solicitantes.

En esta línea, también en mi opinión, el principio de no discriminación por razones de discapacidad, que consagra el texto legal tampoco tiene una formulación excesivamente feliz, porque igualmente estaría expresado este principio desde la óptica de la existencia de un derecho de los padres a obtener la idoneidad y, por tanto, la adopción que, como hemos visto, es inaceptable.

Puesto que el principio de no discriminación es evidente en todo nuestro ordenamiento jurídico, quizá podría haberse dicho, más sencilla y escuetamente, que situaciones como la discapacidad del adoptante, la limitación de sus recur-

tos económicos u otras que en la sociedad constituyen fuentes potenciales de discriminación, no podrán ser tenidas en cuenta para denegar la declaración de idoneidad nada más que en la estricta medida en que puedan implicar algún perjuicio o riesgo de daño para el menor.

Otra de las materias en las que la Ley introduce una novedad de cierta importancia es el derecho del menor a conocer su origen biológico. El texto, en su artículo 12, establece que las personas adoptadas, una vez alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por los padres, tendrán derecho a conocer los datos que, sobre sus orígenes, puedan obrar en poder de las entidades públicas.

Este derecho se hará efectivo con asesoramiento, ayuda y mediación de los servicios especializados de las entidades públicas competentes, debiendo éstas asegurar la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, respecto a la identidad de su padres –debería haber dicho padres biológicos, puesto que los adoptantes van a ser sus verdaderos padres–, así como la historia médica del niño y de su familia.

Este principio merece un juicio positivo. Debe reconocerse en todo menor adoptado el derecho a conocer su origen biológico, si él quiere. Sin embargo, ésta es una de las materias más complejas y difíciles en la historia de las personas adoptadas, porque el asomarse a sus orígenes anteriores a la adopción se convierte, con bastante frecuencia, en algo de tintes dramáticos para ellos que les puede dejar una profunda huella.

En este sentido, no debe olvidarse que existen personas adoptadas –con independencia o no de si ese proceso de adopción ha culminado de forma positiva para el adoptado, si éste se ha integrado correctamente en su medio familiar, social, etc o no–, que muestran, efectivamente, un interés por conocer sus orígenes, su origen biológico o su historia previa al momento de la adopción; y existen otras que, sencillamente, prefieren no asomarse a esa realidad y dejarla de lado.

Éste es un derecho inalienable de la persona puesto que es una de las cuestiones que más pueden afectar a su intimidad. Y, precisamente por eso, el principio de conservación de la información y del derecho del menor y de sus padres biológicos, en su caso, a conocer esa información, debería, a la vez, atemperarse o matizarse con un principio de reserva o de discreción en la Administración pública, que no es una cuestión de protección de datos, o de protección del derecho a la intimidad del menor, de manera que esa información no sea accesible por terceras personas; se trata de otra cuestión, se trata de la garantía de que esa información va a permanecer en todo momento reservada, o bien conservada por las Administraciones competentes que dispongan

de ella y que únicamente se le va a mostrar al adoptado en el caso de que él, de forma concreta y expresa, la haya solicitado. Pero, en ningún caso, el menor se encontrará con esa información inopinadamente sin haber expresado la voluntad de acceder a la misma.

Téngase en cuenta que esos datos, esa historia previa a la adopción, con relativa frecuencia es una historia compleja, difícil, llena de miseria y que, por tanto, sólo la persona que solicite que se le den detalles debería recibirlos, y en los demás casos debería asegurarse, con una certeza absoluta, que esos datos no saldrán del ámbito donde están más que si ha habido esa iniciativa concreta.

Por último, y en relación con las obligaciones posteriores, contempla la Ley los informes de seguimiento de los menores adoptados que se realizan, en todos los casos, por exigencia del país de origen del menor que, con un ánimo razonable y comprensible de protección de sus ciudadanos cuando son adoptados por un tercer país, desea posteriormente tener la certeza de que esos procesos no están dando lugar a importantes lesiones en los derechos o intereses de esos menores adoptados. Por tanto, estos informes de seguimiento deben realizarse de forma correcta y seria en aras de la colaboración internacional franca, abierta y positiva que debe darse entre el Estado español y los Estados de origen de los menores.

No obstante, la realidad es que su relevancia práctica es bastante escasa, porque en la mayoría de los casos se limita a una comprobación superficial de que todo transcurre con normalidad dentro de la familia del adoptado. Y realmente aquí también se echa de menos que la Ley, en aras del interés preferente de esos menores, no haya consagrado, también, un principio de obligación de las Administraciones Públicas de brindarles toda la asistencia especial que sea precisa.

Ciertamente, no conviene instaurar unas políticas de asistencia que trasladen que los menores adoptados son un grupo especial de niños, de hijos, de ciudadanos con una problemática al margen de la habitual en el resto de los grupos y de la sociedad, pero sí es cierto que sería conveniente, por un lado, una asistencia médica especializada en el primer momento posterior a la adopción, teniendo en cuenta que no es infrecuente que los menores, hasta el momento de su acogimiento en el seno de su familia adoptiva, se hayan visto en condiciones de cuidados físicos deficientes, expuestos a enfermedades infecciosas o de otro tipo que, por tanto, requerirían una revisión por personal especializado en ese tipo de problemas que con más frecuencia suelen darse.

Y, por otro lado, dado que el proceso de integración del menor en la familia adoptiva, sin ser realmente más conflictivo y problemático que el proceso de integración de los hijos biológicos, sí que presenta algunas peculiaridades, al-

Adopción: Seguridad jurídica e interés superior del menor

Mesa 3

gunas facetas que son propias del mismo, sería, también, bastante lógico y conveniente que se hubiera establecido la obligación de las Administraciones de dotar los servicios de orientación psicológica, pedagógica y familiar que sean necesarios para estas familias.

Benigno Varela Autrán

El siguiente ponente es Félix Pantoja García, Fiscal del Tribunal Supremo y en la actualidad Vocal del CGPJ. Ingresó en la carrera judicial en 1963 y estuvo destinado en diversas provincias: Cádiz, Málaga, Guipúzcoa, y desde el año 1992 hasta el 2001 se dedicó especialmente al ámbito de Derecho de los menores. Colaboró en la redacción de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y también en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Ha dedicado especial estudio a los temas de menores inmigrantes y a las mujeres extranjeras sin papeles embarazadas.

Mereció el segundo premio otorgado por Comisiones Obreras en 1999 a las Entidades Públicas y Privadas que trabajan en el ámbito de la integración multirracial y contra el racismo y la xenofobia. Se ha dedicado, también, desde la Fiscalía de Madrid, a la defensa de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los menores.

Fue miembro del Consejo Fiscal durante los años 1987 a 1990 y ha sido miembro de la Junta Directiva de la Asociación Pro Derechos Humanos de España.

Félix Pantoja García

*Vocal del Consejo General del Poder Judicial
Fiscal*

UNAS NOTAS AL PROYECTO DE LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Se pretende, mediante estas notas, dar una visión general de aquellos requisitos que debe, a juicio del ponente, contener una regulación de la adopción internacional, así como de otras consideraciones relativas a todas aquellas circunstancias condicionantes de esta regulación, tales como las de un mundo globalizado, y la necesidad de contar con instituciones públicas fuertes, que coordinadas entre los distintos ámbitos de la protección del menor y desde las distintas instancias nacionales e internacionales implicadas, permitan asegurar el interés del menor que debe presidir la institución de la adopción.

Así, debe haber:

Instrumentos normativos

Referidos fundamentalmente a

- Garantías jurídicas:

Aquellas relativas a los ordenamientos jurídicos implicados, tanto en el ámbito internacional, como en el de los Estados nacionales. Estas garantías deben referirse, fundamentalmente, a aquellas instituciones de derecho público y privado que aseguren el interés del menor y que éste se encuentra en situación de ser adoptado; así en el nuestro, las recogidas en el Código Civil, y en la Ley de Protección Jurídica del Menor, en concreto en la regulación del desamparo, intervención de las instituciones públicas de protección, procedimiento de adopción, regulación de la situación de riesgo, intervención del Ministerio Fiscal y control jurisdiccional del proceso, con la posibilidad de recurso de todas las partes, lo que asegura que el menor está en disposición de ser adoptado y se pretende su interés conforme la Convención de los Derechos del Niño.

- Respeto al interés del menor:

Mediante la valoración psicosocial de las circunstancias relativas al menor, que permitan acreditar que está en situación legal de ser adoptado, que esta

situación está garantizada por las instituciones de cada país implicado, y que el interés del menor, en caso de controversia sobre su valoración, cuenta con una instancia judicial de control.

- Medio familiar propicio:

Garantía de que la inserción del menor se lleva a cabo en su interés y que el interés de la familia adoptante ha sido adecuadamente valorado y queda supeditado al del menor.

- Seguridad jurídica:

Todo este proceso ha de realizarse con las garantías establecidas en un derecho positivo armonizado entre los Estados implicados y con los controles y garantías jurisdiccionales y la intervención del Ministerio Fiscal.

Ordenamiento jurídico aplicable

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, encontramos esta regulación en:

Constitución Española.

Convención de los Derechos del Niño.

Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM).

Resolución de la ONU 3/12 (41/35).

Convenio relativo a la protección del Niño.

Convenio de la Haya en materia de Adopción Internacional (29.5.93).

Objetivos de la regulación legal de la adopción internacional

Éstos han de ser compartidos por todos los Estados, de modo práctico y no meramente teórico:

Como medida de protección de menores, y no como satisfacción de los deseos de las familias que pretenden la adopción.

Encaminados a evitar y prevenir la sustracción y tráfico de menores, mediante instituciones jurídicas (jurisdicción y Ministerio Fiscal), que garanticen que el menor está en situación legal para ser adoptado y en su interés.

Garantía de no discriminación por razón alguna.

Criterios acordados en una única interpretación del interés del menor.

Instituciones públicas y privadas intervinientes

La participación de la Administración Pública, a través de sus instituciones, en garantía del proceso y del interés del menor.

Entidades Públicas de protección de menores que en nuestro ordenamiento jurídico está atribuida su competencia a las CCAA, en el Código Civil y la LOPJM.

Entidades colaboradoras (ECAIs), de naturaleza privada, sin fines de lucro y con control de la Administración competente.

Acreditaciones que garanticen los principios de actuación, otorgadas por las autoridades públicas de los países implicados y con control del Ministerio Fiscal y eventualmente de la jurisdicción.

Capacidad y requisitos

Debe referirse tanto a la capacidad jurídica como a la aptitud psicosocial para la adopción.

En cuanto a la capacidad jurídica deben armonizarse los criterios internacionales exigibles, que en el caso del ordenamiento jurídico español pueden expresarse en la plena capacidad de obrar y en el establecimiento de una edad mínima para adoptar. Es necesario hacer constar que estos requisitos deben estar en función del interés del menor, es decir, que faciliten, desde el punto de vista legal, la plena integración del menor en el nuevo marco familiar, por lo que conceptos tales como edad mínima o limitaciones a la adopción por grupos familiares, deberían responder fundamentalmente a la valoración del interés del menor, antes que a conceptos morales o sociológicos de difícil contextualización.

Los criterios de referencia pueden ser:

- Capacidad, como se ha indicado referida a la plena de obrar conforme a las reglas del derecho civil, pero también a la capacidad de asumir racionalmente la nueva situación familiar.

- Aptitud para desenvolverse esta nueva situación y aceptar las consecuencias de la adopción.

- Motivación hacia la misma.

Estos criterios debieran ser objeto de una adecuada valoración psicosocial, en función del interés del menor y respecto de la resolución a que den lugar, mediante el establecimiento del correspondiente control jurisdiccional.

Por otra parte, la valoración psicosocial, así establecida, debiera fundarse en los siguientes aspectos:

- Al referente a la situación personal, familiar y relacional de la familia adoptante para facilitar la integración del menor.
- A la capacidad de establecer vínculos estables y seguros.
- A sus habilidades educativas.
- A su aptitud para atender al niño y a su integración en la nueva situación, y sociedad.

En la valoración debe asegurarse que de ninguna manera se produzca situación alguna de discriminación por cualquier motivo.

Asimismo, deben quedar reguladas algunas obligaciones de la Administración para con los adoptantes, tales como la de facilitar: información, documentación y realizar entrevista, y sobre los trámites preadoptivos del país de origen.

En cuanto a los menores adoptados en esta modalidad cuya regulación se pretende, pero extensible a todos los supuestos de adopción, está, como derecho a reconocer el de conocer sus orígenes biológicos, desde luego al alcanzar la mayoría de edad o en aquellos casos de menores mediante la representación de los padres.

Debería establecerse la obligación de facilitar todos los datos en poder de las Entidades Públicas y colaboradoras, contando con el apoyo a todos los efectos de la Entidad Pública y, en su caso, teniendo en cuenta el posible alcance de los límites que pudieran existir según legislación del país de origen.

Por último, debe garantizar el aseguramiento de la información íntima.

Normas de derecho internacional privado

La norma debería regular la competencia de las autoridades españolas, en relación con esta institución, declarando la misma para:

Su constitución, modificación, conversión en su caso, y la posibilidad de declaración de nulidad.

En cuanto a la ley aplicable, caben las siguientes consideraciones:

Para el menor con residencia habitual en España: ley española.

Para el menor sin residencia habitual en España: ley del lugar de residencia del menor (con amplia discrecionalidad judicial).

Así como una exhaustiva regulación de los efectos jurídicos en España de las adopciones constituidas ante autoridad extranjera que, en todo caso, deben recoger el respeto a las normas de derecho internacional (Tratado de La Haya, Convención de los Derechos del Niño, etc.), estableciendo un sistema de reco-

nocimiento de adopciones constituidas en el extranjero en defecto de normativa internacional aplicable. Se exigen, en el proyecto, los siguientes requisitos:

- Adopción constituida por autoridad competente.
- Respeto a las propias normas jurídicas.
- Efectos similares a la legislación española.
- Adoptantes declarados idóneos.
- Documento de adopción de la autoridad extranjera con suficientes garantías.

El proyecto de ley plantea la nueva regulación sobre los efectos en España de la adopción simple o menos plena legalmente constituida por autoridad extranjera, así como la regulación de otras medidas de protección (*Kafala*), los efectos de las decisiones extranjeras en materia de protección de menores, con equivalencia de efectos, acordados por autoridad extranjera competente y documentada en documento con requisitos de autenticidad.

En definitiva, el proyecto de ley trata de dar entrada en nuestro ordenamiento jurídico, de un modo coherente con nuestras normas de protección de menores y el derecho internacional regulador, a la institución de la adopción internacional, cuyo fundamento y razón de ser es el interés del menor, evitando el tráfico de menores y que el interés de éstos quede supeditado al de otras personas e instituciones que puedan ampararse en un ordenamiento jurídico confuso y fragmentado.

Mesa 4

**Patria potestad, desamparo
y protección del menor:
Normas sustantivas y
procedimentales**

Francisco Serrano Castro

Nuria López-Mora González

Presentación: Carmen González Madrid

Carmen González Madrid

*Jefe del Gabinete del Defensor del Menor
de la Comunidad de Madrid*

La consideración de la infancia a lo largo de la historia y el papel y el reconocimiento social que ha tenido el niño en absoluto se ha mantenido invariable a lo largo de los siglos.

Un indudable avance en materia de protección lo supuso la Ley 21/87, de 11 de noviembre, de Reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, mediante la que se trata de superar la tradicional consideración de la protección de menores como materia propia de la Administración de Justicia para derivarla hacia los Servicios Sociales de las Administraciones de las Comunidades Autónomas. Según la nueva normativa, la protección de menores deja de ser un problema en primera instancia de la Justicia para pasar a serlo de la Administración.

La aplicación y desarrollo de la llamada Ley de Adopción y el tiempo transcurrido desde su promulgación determinaron, nueve años más tarde, la necesidad de una nueva regulación. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor subsanó las lagunas que se detectaron frente a nuevas demandas y necesidades de la sociedad. La Ley 1/96 dio respuesta a estas demandas, abordando en profundidad la reforma de las tradicionales instituciones de protección y posibilitando la construcción de un nuevo y amplio marco jurídico marcado por el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, fortaleciendo su autonomía como sujetos de derecho.

La ley 1/96 introduce el concepto de desamparo como el que se produce de hecho por el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que priva a los menores de la necesaria asistencia moral o material.

Sin embargo, el perfil de los menores en situación de desamparo ha ido cambiando en los últimos años. De menores abandonados por motivos fundamentalmente económicos, que se ajustaban al concepto previsto en el artículo 172 del CC citado, hacia otro tipo de realidades, quizás más sofisticadas y fruto de la nueva sociedad, que no estaban contempladas en el año 1987 cuando se aprobó la ley que regula nuestro sistema de protección, ni tampoco después, en el año 1996, cuando se aprueba la ley de protección jurídica del menor.

Entre estas situaciones pueden destacarse las siguientes:

En primer lugar, la situación de menores extranjeros no acompañados.

Si hablamos de nuevas situaciones de desprotección debemos mencionar necesariamente las de los niños extranjeros que llegan solos a nuestro país en busca de un futuro mejor. La llegada al sistema de protección de un número creciente de menores extranjeros no acompañados a los que debe prestar atención y cuidado, ha supuesto un desbordamiento y ha exigido un esfuerzo añadido de coordinación entre las instituciones implicadas. En ocasiones, parece haberse olvidado que las normas deben ser interpretadas en beneficio del interés superior del menor de edad y que su condición de menor ha de ser prevalente sobre su condición de extranjero.

En segundo lugar, el incremento de enfermedades mentales y escasez de recursos para atenderlas.

Es preocupante el aumento de la incidencia de los distintos trastornos mentales que afectan a la población menor de edad, así como la inadecuación de los recursos que se dedican en el conjunto del sistema sanitario para su prevención y tratamiento.

Al entender del Defensor del Menor, la amplitud y complejidad de los factores que condicionan el desarrollo psicológico de niños y adolescentes, la existencia de patologías y trastornos mentales específicos de la infancia que requieren de su adecuada evaluación y tratamiento, así como la necesidad de conocer y aplicar adecuadamente los recursos asistenciales y preventivos propios de estas edades, justificarían por sí mismos el que los profesionales de la salud mental infanto-juvenil, pudieran recibir una formación específica de manera reglada y estable, independiente de su voluntariedad y de la oferta de formación continua que pueda existir en cada momento.

En este sentido, sería pertinente la toma en consideración por los órganos competentes que se valorase en reconocimiento de las áreas de capacitación específica en psiquiatría infanto-juvenil y en psicología clínica infanto-juvenil, en el marco de las respectivas especialidades de psiquiatría y psicología clínica.

En tercer lugar, los trastornos del comportamiento alimentario y la esclavitud de la imagen.

Un nuevo modo de desprotección de los menores es la cultura imperante de la imagen, la delgadez como un valor de éxito. Es preocupante la incidencia de la anorexia y la bulimia, dos enfermedades que están atacando de forma especial a las adolescentes y que resultan difíciles de atajar, de manera que sus consecuencias pueden ser fatales para las afectadas.

La lucha contra estas enfermedades requiere de una importante tarea de prevención, especialmente aplicada en el ámbito familiar, desde donde debe-

mos inculcar hábitos alimenticios saludables y controlar lo que comen nuestros hijos, tratando de estar presentes en sus comidas, equilibrar las mismas, etc... Pero también requiere un cambio de mentalidad social, que los modelos a seguir dejen de ser los de la extrema delgadez. Para ello, se necesita la implicación comprometida de todos: la industria de la moda, las marcas textiles, los medios de comunicación... Una vez que ha surgido el problema, sí es necesario hacer hincapié en la necesidad de incrementar los esfuerzos para combatirlo. Son necesarias más unidades médicas especializadas y, sobre todo, que se haga un seguimiento adecuado una vez que la niña afectada alcanza la mayoría de edad.

En cuarto lugar, un consumo excesivo de medios audiovisuales.

Muchos de nuestros niños y adolescentes desayunan, comen y cenan delante del televisor. Duermen con él en sus cuartos y hasta sueñan con sus personajes preferidos. Así, la televisión va moldeando sus gustos y configurando sus opiniones, los encierra en el hogar y los ofrece un mundo imaginario y virtual cada vez más alejado del entorno cotidiano. El problema añadido al consumo excesivo de televisión y otros medios, es que no siempre los contenidos televisivos son adecuados a su desarrollo y grado de madurez.

Además de la televisión, el consumo excesivo de otros medios audiovisuales como los videojuegos, apartan al menor de otros niños para compartir su tiempo de ocio y de actividades diferentes relacionadas con el medio ambiente, con el deporte, etc. Además, con demasiada frecuencia aquellos incorporan mensajes violentos o inadecuados para las edades a las que van destinados.

El uso excesivo también de otras tecnologías de la información y la comunicación, especialmente internet o la telefonía móvil, provocan una brecha entre generaciones que tenemos que superar porque sólo siendo conscientes de los riesgos que tienen estos elementos, podremos afrontarlos.

Las virtudes de la llamada *red de redes* son innegables: la globalización del conocimiento, la igualdad entre las clases sociales, su importante contribución a la educación, la integración que proporciona, por ejemplo, a los discapacitados, la posibilidad de ampliar las relaciones interpersonales y el ocio a cualquier lugar del mundo. Pero, frente a estas importantes ventajas, no podemos negar la existencia de peligros a los que nuestros menores se exponen. El acceso a páginas o foros y *chats* con contenidos inadecuados para menores, cuando no claramente delictivos, como pornografía, infantil y de adultos, apología de la violencia, la xenofobia, la anorexia y la bulimia o, incluso, el suicidio, se ha convertido en un riesgo real para unas personas cuyo carácter está en desarrollo, permeables a cualquier tipo de influencia. Se sabe, además, que el 30% de los

menores que chatean en internet recibe algún tipo de provocación (sexual, de sectas, de incitación a conductas peligrosas...).

Durante el pasado año, esta Institución propuso a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información la creación de una Comisión Interdepartamental sobre Navegación Segura en Internet, que pudiera atender a las necesidades expresadas. Asimismo, el Defensor del Menor propuso a la Fiscalía General del Estado la posibilidad de crear una Fiscalía especializada en delitos informáticos y, en general, en tecnologías de la información, con conocimientos detallados y formación específica sobre la singular naturaleza de estos delitos, lo que tuvo una positiva acogida.

En cuarto lugar, quiero destacar una mayor exposición a la violencia transmitida por los medios de comunicación.

Fruto del mayor consumo de medios audiovisuales, es precisamente una mayor exposición a la violencia que aquellos transmiten. Hoy en día, nuestros menores perciben (y a veces practican) comportamientos violentos como forma de éxito y modelo válido de resolución de conflictos, con lo que aprenden a legitimar esa violencia. Su presencia constante en la vida de los jóvenes termina por insensibilizarlos frente a sus terribles consecuencias.

En quinto lugar, quiero referirme a los hijos víctimas de crisis de convivencia de sus progenitores o rupturas matrimoniales conflictivas.

Es obvio que, en numerosas ocasiones, la separación o el divorcio de los padres resulta la solución más adecuada para un matrimonio que se desmorona y que no puede mantenerse más tiempo unido. Sin embargo, es lamentable comprobar cómo los hijos de estas uniones sufren las consecuencias de la incapacidad de sus padres para afrontar como adultos generosos, responsables y sensatos las consecuencias indeseadas que toda ruptura conlleva.

Se implica así a los hijos en un proceso de hostilidades, reproches, odios, resentimientos, miedos y angustias que los menores no son capaces de manejar y que les genera una gran inestabilidad emocional que, si se cronifica, puede marcar su desarrollo de un modo irreversible.

Del mismo modo es triste constatar las instrumentalizaciones de las que son objeto los hijos por parte de sus padres, lo cual provoca en aquéllos una pérdida significativa de autoestima, con sentimientos de culpabilidad o rechazo propios del conflicto de lealtades en los que se ven inmersos.

Otros retos para el sistema de protección son los menores conflictivos a quienes no es posible marcar límites en el ámbito familiar, o los menores de 14 años que cometen una infracción y a quienes la ley de responsabilidad penal deriva a las medidas de protección.

Esta evolución ha requerido un cambio paralelo en las instituciones, a través del desarrollo de recursos específicos para el tratamiento de estos menores con graves trastornos de conducta o problemas de adaptación, habilitando plazas en centros especializados. Ello ha constituido una iniciativa muy satisfactoria en orden a reducir el nivel de conflictos y agresiones que se experimentaban hace unos años en los centros de protección y a la vez, ha facilitado una mejor atención a las necesidades específicas de estos niños.

Según datos facilitados por el Instituto Madrileño del Menor y la Familia, a 31 de diciembre de 2006 la población infantil protegida por la Comunidad de Madrid se cifraba en 4.651 menores, de los que el 3.772 estaban tutelados y 879 estaban afectados por una medida de guarda.

Con respecto a las distintas modalidades de acogimiento, el 59,4% de los menores protegidos residió con una familia, bien miembros de la suya (familia extensa) o en una familia no vinculada por lazos biológicos (familia alternativa). El restante 40,6% de menores protegidos han permanecido en acogimiento residencial.

A pesar de que en una sociedad tan avanzada y desarrollada como la nuestra los derechos de la infancia parecen convenientemente preservados y garantizados desde nuestra Institución percibimos cómo siguen produciéndose vulneraciones de derechos, a veces por deficiencias de la norma, otras veces por deficiencias en las prácticas administrativas, o bien por falta de recursos.

De un lado, hemos detectado que siguen sin abandonarse fórmulas tipo en las resoluciones administrativas, siguen produciéndose defectos en las notificaciones y sin tenerse en cuenta la importancia de la motivación de las resoluciones como indispensable requisito de cualquier decisión administrativa, que debe permitir a los interesados tener abierta la posibilidad de un control jurisdiccional de la mencionada decisión.

La falta de información que a veces se facilita a los interesados, la lentitud de los trámites o la complicada burocracia que en ocasiones lleva consigo, o bien el defectuoso seguimiento de la evolución del menor con la familia acogedora, incluso la falta de apoyo de la administración a los acogedores, son también cuestiones que han planteado los ciudadanos ante el Defensor del Menor.

Algunos expedientes han revelado la necesidad de recordar a la entidad pública que no escatime todos los apoyos necesarios a la familia extensa acogedora en los trámites que se ven obligados a afrontar tras asumir el cuidado de un menor, también aquellos dirigidos a garantizar o velar por el patrimonio del propio menor tutelado, como sería la reclamación de las pensiones de orfandad.

Por otra parte, para esta institución es imprescindible abordar la modificación de la normativa vigente en materia de protección de menores, implantando

un procedimiento rápido, flexible y eficaz para la constitución e impugnación de las medidas de protección, estableciendo plazos de caducidad y propiciando una clara preferencia de estos procedimientos frente a asuntos de otra índole, de manera que los menores que ya han sufrido un desamparo, no deban sufrir además una excesiva dilación de los plazos y una situación de provisionalidad altamente perturbadora para su desarrollo.

En el caso de una adopción posterior a un acogimiento, para adoptar puede haberse tardado más de cuatro años consumidos en: impugnación del desamparo y su apelación, tramitación del acogimiento y de su apelación, tramitación de la adopción, del juicio verbal de oposición a la adopción y su apelación, y tramitación de la apelación al auto judicial constitutivo de la adopción. Ello sin contar que se haya hecho uso de una solicitud de medidas de protección previstas en el artículo 158 del Código Civil.

Por eso se remitió a primeros de año a la Dirección General de Familias e Infancia un documento con las propuestas mencionadas. Por ello, es una satisfacción ver que el proyecto de adopción internacional recoge en su Disposición Final primera apartado seis una serie de modificaciones en la línea expresada.

No voy a entrar a analizar las aportaciones del proyecto, lo que corresponde a los ponentes de esta mesa. Únicamente me gustaría finalmente, hacer las siguientes precisiones:

Habría que plantearse si el plazo de dos años para la revocación del desamparo podría ser modulado en función de la edad del menor.

La vía abierta en el apartado 8 del 172 del Código Civil permite a los interesados acudir *en cualquier momento* a la entidad pública a pedir la revocación del desamparo. Esta previsión acaba con las ventajas que supone el establecimiento del plazo de dos años en el apartado 7, y vuelve a colocar al menor en una situación de indefinición, porque significa que no se descarta que transcurridos tres, cuatro o más años, los padres puedan solicitar a la entidad pública que se revoque el desamparo de su hijo y la entidad lo acuerde. Es cierto que la norma establece dos requisitos: que el menor esté integrado de forma estable y que sea adecuado a su interés superior, pero se trata de conceptos indeterminados y como tales, implican un riesgo que habría que evitar.

Debería valorarse introducir la modificación del 173, suprimiendo el acogimiento judicial y manteniendo sólo el administrativo. Esta previsión es lógica si se tiene en cuenta que la Administración pública ya tiene la facultad de suspender la patria potestad, por lo que con mayor razón, se le debe reconocer autonomía para decidir sobre la forma concreta de ejercer la medida de protección, sin necesidad de acudir a la vía judicial. Ello no impediría que el interesado

podiera impugnar esta decisión ante los tribunales. La única medida, por tanto, que se tomaría mediante resolución judicial sería la de la adopción.

Por otra parte, considero muy positiva la previsión contenida en la Disposición Final Segunda en el sentido de otorgar carácter preferente a estos procedimientos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Estamos seguros de que las conclusiones que se extraigan de esta Jornada detallarán y enriquecerán las propuestas que, en materia de protección de menores, esta Institución dirigirá a las instituciones implicadas o a la Asamblea de Madrid.

Francisco Serrano Castro

Juez de Familia de Sevilla

**EL CUIDADO Y ATENCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD:
EJERCICIO DE PATRIA POTESTAD, TUTELA Y ACOGIMIENTO
INSTITUCIONAL, ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCEDIMENTALES**

Antes de examinar la situación de cualquier menor ante el acogimiento familiar, que, como se dirá, parte de una premisa de anormalidad como lo es el precedente desamparo al que hubiera quedado expuesto por sus progenitores, tutores o guardadores, se ha de resaltar que, en principio, y así afortunadamente ocurre en la mayoría de los casos, todos los niños y niñas son atendidos por sus progenitores, quienes se ocupan de cumplir todas las obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad como son:

“Velar por los hijos, tenerles en su compañía, alimentarles, educarles y procurarles una formación integral. Representarles y administrar sus bienes” (artículo 154 Código Civil).

Ahora bien, esa situación de estabilidad familiar se puede ver truncada a consecuencia de diversos factores que afectan al normal desarrollo del menor: 1.- Separación, crisis de pareja de los progenitores. 2.- Fallecimiento de uno o ambos progenitores. 3.- Situación de abandono, desamparo del menor.

En el primer supuesto se ha de llamar la atención en el hecho de que una de las principales polémicas que suscita cualquier crisis de pareja (matrimonial o no), es la referente a qué progenitor se le ha de atribuir, lo que se viene a denominar, la guarda y custodia sobre los hijos. Antes que nada se ha de aclarar que el hecho de que una pareja se separe no implica la ruptura con los hijos, puesto que esa separación, traumática para todos, es el resultado del fracaso de una relación entre hombre y mujer, relación que en principio se inicia con vocación de permanencia, pero no ha de significar el fracaso como padre o madre. Ciertamente como a los niños no se les puede cortar por la mitad, la única salomónica solución es que queden al cuidado habitual de uno de sus progenitores, mientras que el otro, con el que no conviven, cumplirá con las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad, por un lado teniéndoles en su compañía con la frecuencia que marcará un régimen de visitas que se habría de interpretar en términos de flexibilidad y en interés de los menores, y por otro abonando una pensión alimenticia por el hijo/a.

El Código Civil, tras la reforma operada por el Tribunal Constitucional en aplicación del principio y derecho fundamental a la igualdad, no establece que en esa atribución de guarda y custodia, el padre o la madre tengan preferencia alguna el uno sobre el otro. Será el interés, el bienestar de los hijos menores el que determinará esa idoneidad. Lo que ocurre es que dicha previsión normativa puede entrar en contradicción con la apreciación de que esa atribución, en el 95% de los casos, les corresponda a las madres. Aunque lo fácil es hacer exclusivamente responsable de ese resultado a los jueces, lo cierto es que, en parte, ello no viene sino a responder a una realidad social y cultural, pues siguen siendo las madres quienes en abrumadora mayoría se ocupan del cuidado y crianza de la prole con mayor dedicación que los padres. De hecho, en más del 90% de los conflictos ante los Juzgados de Familia, ambos progenitores son conscientes de esa cotidianidad doméstica, estando conformes con la atribución a la madre, siendo también verdad el que, a veces, esa conformidad no responde a una auténtica convicción sino a la previsibilidad de una respuesta judicial preconcebida y alejada del problema familiar subyacente, que sólo podría detectarse en fase de mediación. Sólo en el 10% restante, los jueces hemos de decidir al respecto, lo que no resulta aconsejable y se debería evitar a través de ese previo proceso de mediación que incluso valorara la posibilidad y conveniencia de una custodia compartida, dado que en estos supuestos la idoneidad de uno u otro progenitor, el interés del niño/a, se ventilará en un proceso judicial complejo, dramático y largo, pues se habrá de practicar prueba pericial psicosocial. La solución judicial, en estos casos puede no satisfacer e incluso causar angustia y desconcierto y se puede afirmar que se habría sembrado la semilla del odio de una guerra eterna, en la que los hijos de ese desamor sufrirían la peor parte.

Por tanto, en primer término, se hace preciso concretar el significado de esa función-obligación que han de asumir los progenitores, por imperativo legal, sobre sus hijos e hijas, ya se encuentren viviendo felizmente juntos o bien separados o divorciados. Cuestión importante, y sobre la que existe una profunda y general ignorancia, lo que genera no pocos e importantes problemas a la hora de su adecuado ejercicio.

Insisto, ese ejercicio de patria potestad implica las siguientes obligaciones para un padre y una madre:

- Velar por los hijos e hijas, lo que entraña que ambos progenitores han de asumir la función de garantes de la seguridad, integridad y estabilidad en su desarrollo, cubriendo todas sus necesidades afectivas y materiales. Función que se mantiene en situación de convivencia con ambos y en caso de separación o divorcio.

- Alimentarles, educarles y procurarles una formación integral, funciones que son innatas y que surgen como consecuencia de ese deber genérico de velar por los hijos e hijas. Obligaciones que persisten tras la separación o divorcio, de ahí, la preceptiva necesidad de fijar pensiones alimenticias a cargo del progenitor que no se hace directamente cargo de esa contribución, ocupándose de su sustento en el propio domicilio.
- Representarles y administrar sus bienes, funciones que se originan como consecuencia de falta de capacidad de obrar de los menores de edad para actuar en el ámbito de las relaciones civiles, incumbiendo a sus progenitores esa representación o administración salvo en el caso de existencia de conflicto de intereses, en cuyo caso actuaría en su nombre un defensor judicial designado al efecto. Funciones que, igualmente, conservan ambos progenitores tras su separación o divorcio, aun cuando ello puede dar lugar, con mayor frecuencia, a situaciones en las que aparezcan esos supuestos de conflicto de intereses.
- Tenerles en su compañía, obligación que, en principio, sería la única que quebraría con la ruptura de la relación matrimonial o de pareja, pues, los niños o niñas no se pueden partir por la mitad, debiéndose arbitrar, por tanto, medidas que resulten eficaces de cara a redistribuir esa compañía de los hijos e hijas con unos progenitores que han dejado de residir en el mismo domicilio.
- En el ejercicio de esas funciones, los progenitores gozan de la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos, facultad que se ha de medir en el justo equilibrio entre lo que exige la educación y aprendizaje de valores, lo que implica que se les inculquen límites a los propios derechos, en cuanto entran en conflicto con los de los demás, y la razonabilidad y moderación, sin excesos, en que ha de ejercerse esa función educativa.

Por consiguiente, resulta evidente que padres y madres, siguen conservando siempre aun después de su separación y divorcio, una capacidad de decisión y ejercicio conjunto y compartido de todas las funciones y obligaciones derivadas de la patria potestad sobre los hijos e hijas, ejercicio que, excepcionalmente, sólo se puede llegar a suspender o perder en supuestos de grave incumplimiento, negligencia, flagrante desentendimiento, abusos, malos tratos... circunstancias que podrían conducir a instar y obtener la privación o suspensión de esa patria potestad judicialmente, en cuyo caso el otro progenitor, ostentaría su ejercicio en exclusiva, sin tener que compartir decisiones, con el privado/a o suspendido/a, que afectarían a la vida, salud, educación y desarrollo de los hijos menores. En cualquier caso, esa suspensión o privación, afectaría a la vertiente de la función

en su condición de derecho pero, no a la de función-obligación, conservando intactos todos sus deberes paternofiliales, el padre o madre que se encontrara en tal situación respecto de su hijo o hija.

Lo que ocurre es que en muchas ocasiones se confunde el significado y alcance de la patria potestad, y no sólo por los propios progenitores a los que corresponde su ejercicio conjunto sino por personas e instituciones que, incomprensiblemente, tienden a identificar exclusivamente esa titularidad compartida con la medida de atribución exclusiva de guarda y custodia a uno de ellos. Por desgracia, sigue siendo común que directores de colegios, responsables de áreas hospitalarias, médicos, profesores, con buena intención pero nulo y confuso conocimiento e interpretación de una resolución judicial que se pronuncia sobre ese ejercicio conjunto de patria potestad y atribución exclusiva de guarda y custodia, nieguen toda información y posibilidad de seguimiento sobre la salud, educación y rendimiento escolar de sus hijos, al progenitor que no le viene conferida esa guarda y custodia. Con lo cual, aún cobra más relevancia e importancia el debate sobre su atribución, haciéndose sentir más decepción y sentimiento de vencimiento al que no obtiene ese pronunciamiento.

En no pocas ocasiones, he tenido que librar oficios a hospitales y colegios para que se permita a un padre o madre que les faciliten esa información, teniendo acceso al diagnóstico, tratamiento médico, las notas y a consultas con los tutores de sus hijos, derecho que no les reconocían bajo el indicado pretexto.

La patria potestad, por tanto, y salvo excepciones, se ejerce y corresponde de forma compartida y conjunta a ambos progenitores, vivan juntos, separados o divorciados, previendo el artículo 156 del Código Civil, la posibilidad que surjan discrepancias y desacuerdos en ese ejercicio. El error, en el caso de padres y madres que ostentan la guarda y custodia de sus hijos, es que se arrogan esa atribución en toda la extensión de las demás funciones que, como hemos examinado, comporta la patria potestad. En concreto, siempre es necesaria una decisión conjunta por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos también los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

Resulta evidente que una madre divorciada no tiene por qué llamar al padre para preguntarle si está de acuerdo en que si le compra una blusa blanca o azul a su hija de cinco años (cuando la niña tenga 13 ó 14 no podrá preguntárselo ni a ella misma, pues la menor lo decidirá por ambos) ni tampoco deberá consultarle, en el caso de que sufriera un ataque agudo de apendicitis y requiriera una intervención quirúrgica urgente, de la que pudiera depender su vida, si la opera o no. Ahora bien, no puede adoptar unilateralmente otras decisiones trascen-

dentales, como la del colegio en que se matricula, si hace o no la comunión, si sigue o no un determinado tratamiento médico, si realiza un viaje al extranjero, si se somete a un tratamiento de ortodoncia, lo cual a su vez implicaría un desembolso extraordinario del que después, también se podría discutir el reintegro del 50%.

En el caso de fallecimiento de uno o ambos progenitores, el menor huérfano quedará bajo la patria potestad en exclusiva del cónyuge superviviente, y, en el supuesto de muerte o incapacidad de ambos, y siempre que, en interés del menor resulte conveniente, se podrá optar por la solución de que quede sometido a la tutela en persona idónea y con el orden preferencial establecido en el artículo 234 del Código Civil. Se ha de destacar que en muchas ocasiones se prescinde de esta figura de protección tradicional en situaciones de desamparo, asumiendo la entidad pública la tutela automática pese a que el artículo 239 de C.C. dispone lo siguiente: "La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la Entidad a la que se refiere el artículo 172.

Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste"

No obstante, pese al traumatismo que plantean los supuestos descritos, lo cierto es que la situación más dramática es la que se produce cuando un niño/a está sometido/a a una situación de riesgo tal que incluso le haga estar expuesto a un real desamparo y abandono. Al respecto el art. 172 de C.C describe esa situación como: "la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material."

Dicho precepto fue introducido por la Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor, cuyo más inmediato antecedente lo podemos encontrar en la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (suscrito por España al año siguiente). En esa Convención y en la normativa estatal, también por parte de las Comunidades Autónomas que han legislado al respecto, se introduce el principio fundamental de dar prioridad al interés superior del menor por encima de cualquier otro legítimo (artículo 2 de la Ley Orgánica 1/96), y dentro de ese objetivo, se acoge el principio de mantenimiento del menor en su núcleo y entorno familiar, salvo la existencia de razones graves que justifiquen su retirada.

Por consiguiente, de esa legislación de protección se han de extraer las siguientes conclusiones:

1.- Una mera situación de riesgo no justifica una declaración de desamparo, aunque sí una intervención administrativa con el fin de paliarla procurando a las familias el apoyo y auxilio económico, social, educativo necesario.

2.- Solamente cuando esa intervención cautelar de apoyo no dé resultado o bien cuando se haga precisa una intervención urgente por detectarse una situación grave de abandono y peligro a la vida o integridad física o psíquica del menor (por ejemplo, una situación de maltrato o abuso sexual), se justifica el apartamiento del menor de su familia de origen y la declaración administrativa de desamparo.

Esa medida podrá ser objeto de revisión judicial en caso de oposición de padres, tutores o guardadores, que han de ser informados debidamente de las consecuencias de esa declaración, pudiendo valerse incluso de asistencia letrada (bien de su elección o de oficio) con el fin de conocer su alcance, y de las posibilidades de oponerse a la resolución administrativa por vía judicial, alegando que, según su criterio, no había razones que justificaran la declaración de desamparo.

Ciertamente el sistema de protección puede sufrir, y de hecho sufre sus quiebras, mas también es cierto que, aunque parezca mentira, la primera vez que se defendió a una niña por malos tratos ante un Tribunal fue en Nueva York en 1874. Sólo gracias a la legislación para la protección de los animales pudo ser defendida legalmente, porque no existían leyes para la protección de la infancia.

Desde entonces, hemos recorrido un camino muy largo, paralelo a las transformaciones que ha experimentado la comunidad internacional en la defensa de los derechos fundamentales de hombres y mujeres, desde una perspectiva integral que engloba a la niñez. De ahí que la protección de la infancia se haya marcado como finalidad prioritaria, siendo de destacar que por Naciones Unidas se ha proclamado la Década 2000 al 2010 "Década Internacional para la Cultura de la Paz y No Violencia para los Niños". En nuestro país y en especial en Andalucía, hemos sido sensibles a esta necesidad de cambio, estableciendo un sistema de protección moderno a nuestros menores que parte de que la familia constituye el mejor marco de atención a la infancia, pero que acepta la existencia de padres incapaces o que no desean proteger a sus hijos de situaciones abusivas o son ellos mismos los agentes del maltrato. En estos casos la comunidad debe intervenir para proteger a los menores.

Por desgracia, aún existen voces que pretenden un retorno al siglo XIX (a los niños expósitos que describió Charles Dickens) ante la aparición de esos puntuales errores o quiebras en ese sistema de protección. Brillante argumento

que, de seguirse, hubiera impedido el progreso de la Humanidad, en todos los órdenes.

Pues bien, una vez que se declara en desamparo a un menor, se plantea para la entidad pública la problemática acerca del modelo de acogimiento que resulta más adecuado:

1.- Residencial: Ha de tener una corta duración, sobre todo cuando se trata de menores de corta edad, teniendo en cuenta que se ha de evitar la institucionalización de los niños/as, siendo éste un principio de actuación recogido en la propia L.O 1/1996.

2.- Simple: Se prevé una pronta reinserción con la familia de origen.

3.- Permanente: Pronóstico de reinserción a corto, medio plazo. En estos casos resulta útil y conveniente contar con los recursos que ofrece la familia extensa.

4.- Preadoptivo: No existe pronóstico de reinserción a corto, medio o largo plazo, no contándose con la posibilidad de recurrir a la familia extensa, bien por no existir familiares que se puedan hacer cargo de los menores declarados en desamparo, bien por no presentar tampoco las debidas condiciones de idoneidad.

Al respecto, se ha de aclarar que los padres no ostentan, respecto de sus hijos, derechos sino obligaciones morales y legales, si bien su normal cumplimiento les satisface hasta el punto de confundir deberes con derechos. Esas obligaciones se asumen cuando nacen los hijos, siendo cierto que ante su imposible ejercicio, ni siquiera mínimamente, ante el abandono y la falta de apoyo de otros familiares, se hace necesaria una intervención pública, que puede culminar en el desamparo y posterior acogimiento familiar, si se pronostica que los padres no podrán en un plazo prudencial volver a hacerse cargo de sus hijos. En previsión de que la superación se produzca una vez adoptadas las medidas: ¿sería correcto imponer que los niños permanezcan indefinidamente en centros de internamiento, huérfanos, a la espera de la hipotética recuperación de alguno de sus progenitores? Yo digo que no, porque los padres y madres tienen una sola oportunidad, dependiendo el que también puedan disponer de otras, de que los niños, que han de contar con todos, puedan estar dispuestos y en condiciones de ofrecérselas.

Teniendo ello en cuenta, se ha de fomentar una urgente reforma que, al menos, evite situaciones como algunas a las que me he tenido que enfrentar a consecuencia de una tardía oposición de los padres a la declaración administrativa de desamparo o cuando se produce una recuperación tal que hubiera podido hacer desaparecer las causas que lo provocaron. En ese sentido, es regla común, quizás por una defectuosa información o bien por razones acomodaticias a la situa-

ción transitoria de acogimiento residencial en el que normalmente se mantiene un régimen de visitas, que la oposición al desamparo se exprese en el instante que se plantea un acogimiento con familia alternativa, más aún cuando esa propuesta no lo es en la propia familia extensa. También es posible que esa recuperación se produzca transcurrido un largo periodo de tiempo, y cuando el niño/a acogido/a se encuentre perfectamente integrado con la familia acogedora: de hecho el niño no les conoce como “sres. acogedores” sino como papá y mamá.

En estos supuestos se puede defender que, desaparecidas las causas que motivaron el desamparo, resulta preceptivo el que el menor retorne con su padre o madre sin más, incluso internándole de nuevo en un centro de acogida con el fin de readaptarse y reintegrarse con esos familiares, olvidando los años vividos con los acogedores. Ésta ha sido la tesis defendida por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla. Sin embargo, en estos casos se ha de tener en cuenta una serie de criterios importantes:

En primer lugar, que lo que se ha de hacer prevalecer es el interés del menor por encima de cualquier otro, por legítimo que sea, de los adultos. En tal sentido resulta inapropiado, por no hacer uso de otros calificativos, el internar a un niño con esa finalidad, obviando que los centros de acogimiento tienen la finalidad de dar protección a los menores en situación de desamparo y no por objeto el favorecer el derecho de un adulto a ver cumplidas sus expectativas paternofiliales, que, por otra parte se frustraron por causas a él solo imputables.

En segundo lugar, que para un menor resulta traumático el salir de su entorno familiar, por muy abandonado, desprotegido y desamparado que se encuentre, pues de hecho sólo conocía esa situación a la que se hallaba habituado. Sin embargo, de lo malo a lo bueno es fácil aclimatarse, por lo que ese niño/a, cuando compruebe que en el centro tiene cubiertas sus necesidades materiales, aceptará de buen grado el cambio operado. Si después resulta que ese menor va a vivir con una familia que también cubra sus necesidades afectivas, se consolidan lazos, se crea una situación de entroncamiento, que es difícil restaurar, por no decir imposible en algunas ocasiones.

En tercer término, que en estos casos, la defensa del derecho a la integridad física y/o psíquica del menor exige que se deba valorar su situación actual a fin de conocer si el posible retorno pudiera suponer un riesgo, peligro contra esa integridad que le ocasionare un daño irreversible. Se hace necesario para ello oírle, resultando preceptiva esa audiencia cuando tenga más de 12 años o suficiente juicio, y una nueva revisión psicológica que aclare el alcance de ese potencial peligro. De ese nuevo examen de la situación del menor, se puede llegar a la conclusión de que resulta imposible el retorno.

Personalmente me he ajustado a estas premisas, con reprobación incluso del órgano superior pero habiendo tenido la satisfacción de encontrar el posterior respaldo del Tribunal Constitucional. En cualquier caso, hoy los niños afectados son niños felices, todo lo contrario que ese otro pequeño, Diego, conocido como el niño de El Rollo, y todo por haber quedado relegada la protección de sus derechos a un plano secundario.

Pues bien, además de que se han de corregir actitudes, acelerar la tramitación de los expedientes y minimizar, en la medida de lo posible, la comisión de errores, lo cierto es que también resulta conveniente promover reformas legislativas en esta materia. Estas reformas ya quedaron consensuadas en las conclusiones del Encuentro sobre Protección Jurídica de Menores, celebrado en la sede del CGPJ los días 28 y 29 de mayo de 2002 y en que participaron el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Consejo General del Poder Judicial y Entidades Públicas de Protección de Menores de las Comunidades Autónomas, y en las que intervine como Director y Coordinador.

En desarrollo de esas conclusiones, procedí a elevar a los Ministerios de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales, una propuesta de reforma legislativa, inspirada en un previo trabajo realizado con el teniente fiscal de la audiencia provincial de Sevilla, D. Antonio Ocaña, y cuyo contenido se reproduce a continuación, destacando que la propuesta de establecimiento de plazos en la oposición a las resoluciones administrativas de desamparo, plazo de caducidad para poder acreditar que han cesado las causas que dieron lugar a esa declaración, limitación de la oposición a las resoluciones administrativas que dispongan el acogimiento cuando se considere que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o si existieren dentro del círculo familiar otras más idóneas a las designadas, y la distinción entre oposición contra el desamparo inicialmente declarado y la oposición posterior por cese de los condicionantes que dieron lugar a ese pronunciamiento administrativo, han sido acogidos en el proyecto de Ley de Adopción Internacional.

Se podría objetar que de esa manera se podría perder por un día la condición de padre o madre, mas he de insistir: si se trata de preservar el interés superior de los menores que, sea por la causa que fuera, se han encontrado en una situación de abandono y desamparo, se ha de procurar agotar, dentro de lo razonable, las posibilidades de que esos padres o madres negligentes o que directamente se han despreocupado del cuidado y atención de sus hijos, se recuperen lo que permitiría la deseable reinserción familiar, pero impidiendo que esos menores, por defecto en la fijación de ese día, puedan ver indefinidamente hipotecada su felicidad y futuro.

ANEXO

PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA EN ASPECTOS RELACIONADOS CON EL DESAMPARO, ACOGIMIENTO Y ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD

Introducción

En materia de protección administrativa y judicial de menores, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor, se dejaron abiertas, y lo que resulta aún peor, no se trataron, algunas cuestiones en la regulación de las situaciones derivadas de la declaración de desamparo de un menor, lo que después, la práctica diaria y la puesta en aplicación de esa normativa, ha demostrado que acarrea perniciosas consecuencias que, lamentablemente, en ocasiones han redundado en un grave y evidente perjuicio para los intereses de los propios menores llamados a ser protegidos. Se vino a crear un complejo y tortuoso sistema de protección, situación paliada ciertamente por la nueva LEC, aunque ésta no haya acabado de romper el nudo gordiano, que a la postre impedía alcanzar los objetivos con los que fue configurado.

Con la actual legalidad en la mano, los padres, en contra del principio "*ne venire contra proprium factum*", pueden oponerse a la resolución administrativa de desamparo cuando ha pasado un tiempo excesivo, tiempo que siempre opera en perjuicio del menor tutelado en un centro residencial o entregado ya a una familia ilusionada. Muchas veces mezclan los padres dos pretensiones muy diferentes: niegan la causa de desamparo y aducen su propia rehabilitación, o bien alegan su propia rehabilitación y capacidad para cuidar del niño impugnando por tal motivo la causa del desamparo, cuando ya el niño está arraigado en la nueva familia que lo ha recibido en acogimiento y que está dispuesta a adoptarlo.

Pese a no haber impugnado los padres en tiempo razonable la causa del desamparo, ni haber pedido en plazo prudencial su propia rehabilitación, si la entidad pública, vista su negativa a consentir el previsto acogimiento familiar (cfr. artículo 173. 2 del C.C. párrafo primero), pone a los niños en acogimiento provisional familiar (provisional del artículo 173. 3, párrafo segundo, mientras se pone en marcha la constitución judicial del acogimiento), tienen los padres la posibilidad de oponerse a tal acogimiento meramente temporal mediante el juicio verbal del artículo 780 de la nueva LEC en relación con el artículo 753, aduciendo no pocas veces los mismos motivos ya desestimados o que están sub

iudice, con ocasión de la impugnación judicial del desamparo declarado en vía administrativa. No se entiende razonable que nadie deba oponerse a una resolución de acogimiento puramente provisional.

Si durante la constitución judicial del acogimiento familiar (constitución judicial por causa de no prestar los padres su consentimiento ex art. 173. 2 párrafo primero), se les llama para ser oídos, la práctica ha transformado esta simple audiencia, en una verdadera oposición con aportación y práctica de pruebas carentes de plazos preclusivos. Vuelta otra vez a utilizar y revisar los mismos hechos y argumentos, con la única novedad a veces de aducir la presunta rehabilitación de los padres. Tal rehabilitación debería en realidad ser pedida a la entidad pública; y si la misma se niega a declararla debe ser objeto de una demanda independiente de oposición en su caso a lo resuelto en vía administrativa, puesto que el acogimiento no es sino el modo de ejercer la tutela automática, es decir su *longa manus*. Si la tutela automática se asumió de modo legítimo en su origen y ha sido declarada como legítima por los tribunales, sólo una modificación esencial de las circunstancias (probada la rehabilitación de los padres) debe poder dejarla sin efecto, respetando en todo caso el interés supremo del menor.

El expediente de oposición a la constitución judicial de acogimiento, en la modalidad, simple, permanente o preadoptivo propuesto por la Administración, tras la entrada en vigor de la nueva LEC, se ha de tramitar por los cauces establecidos en el artículo 780, formalizándose esa oposición, que se anuncia en la propia audiencia y que equivaldría al sucinto escrito inicial al que se refiere el párrafo segundo de dicho artículo 780, en un plazo de veinte días tras la recepción del correspondiente expediente administrativo. Dicho cauce procesal sustituiría al de jurisdicción voluntaria del art. 1.828 de la vieja LEC, sin perjuicio de que el procedimiento sigue teniendo una duración y desarrollo interminables, en tanto que el menor sigue creciendo quizá en el seno de una familia atenta e ideal para él.

Cuando se acuerda un ulterior acogimiento preadoptivo, no es infrecuente una nueva impugnación. Vuelta a lo mismo. Y si se pone en marcha la adopción, nueva oposición en el juicio verbal. Los expedientes “engordan” a base de deducciones de testimonio, y de testimonios de testimonios. Se vuelven inmanejables.

A ello se añade la posibilidad en cada uno de estos pasos del recurso de apelación, todo ello sin descartar un posible recurso de casación ante el Tribunal Supremo o un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Los tiempos de decisión se hacen eternos. La dificultad culmina con la tramitación, como “medidas cautelares” o más bien de protección artículo 158 del C.C. dentro de las impugnaciones, de peticiones de visitas y estancias en relación a los menores: nuevos informes de todo orden y más y más papel.

Algo, como se ha expuesto, ha remediado la nueva LEC al introducir como modo de impugnación de las resoluciones administrativas el juicio semioral del artículo 753 de la LEC. En tanto que se obliga a los padres a interponer una demanda, se ha reducido la litigiosidad. Pero aún así, las posibilidades de pleitear siguen siendo excesivas; la superposición y el solapamiento de los procedimientos son una realidad; patente es también la dificultad de alegar la cosa juzgada derivada de pleitos precedentes ya resueltos cuando los hechos se varíen en alguna medida añadiendo circunstancias sobrevenidas. No pocas situaciones se hacen prácticamente insolubles hasta el punto de haberse tenido que decretar en ocasiones la imposibilidad de ejecutar decisiones judiciales, sin duda justas, pero producidas a destiempo, cuando las circunstancias han variado profundamente y el interés actual del menor va por otros derroteros.

Ciertamente los acogedores no son padres y en el mejor de los casos tienen la mera esperanza de poder adoptar al niño si demuestran su aptitud durante el acogimiento. Ciertamente no “usucapen” al niño ni son sus tutores, limitándose a sustituir a la institución pública y al acogimiento residencial. Ciertamente los padres no renuncian por mor de la tutela automática y del acogimiento a algo irrenunciable cual es la patria potestad simplemente suspendida en su ejercicio y que una vez perdida incluso puede ser recuperada, a diferencia de los acogedores que pueden renunciar a su cargo sin motivación alguna, pueden percibir una compensación económica y tener carácter profesionalizado (artículo 173. 4, 2º, 5º y 6º), por más que los deberes que asumen (parejos a la patria potestad) puedan ser completados con ciertas facultades de tutela (artículo 173, bis b), y su sistema de responsabilidad (más bien propio de padres y tutores) puede ser objeto de negociación (173. 2, 3º b). Ciertamente la finalidad de las instituciones de protección es la reinserción del menor en su propia familia (artículo 172. 4).

Pero la realidad nos muestra que, cuando el acogimiento familiar representa un verdadero hogar para el menor del que antes carecía, y esta situación, como consecuencia de la extensión temporal de los litigios, se ha extendido en el tiempo, puede que su interés actual consista precisamente en la privación definitiva de la patria potestad de los padres y en su adopción por la nueva familia. En esta materia no se deben crear situaciones reversibles sólo a costa de poder perjudicar enormemente el interés de los menores. Toda la prisa que se tenga en resolver, siempre con mesura y con el máximo de acierto, es poca. Es intolerable que por diversas causas, entre las cuales se incluyen la insuficiencia de medios personales de que disponen los “equipos técnicos” de los Juzgados de Familia, allí donde existen, se haya de hacer una justicia forzada a veces y acomodada a

circunstancias muy posteriores a los hechos debatidos o se haya de quebrantar de otro modo el bienestar del menor.

Pese pues a la mayor bondad del sistema tras su retoque por la LEC, en términos comparativos con la situación anterior, subsisten problemas importantes. Se hace necesario sobre todo suprimir la constitución judicial de los acogimientos (artículo 173. 3 del C.c.) y generalizar el sistema de oposición a las resoluciones administrativas ideado por la nueva LEC. Se hace preciso fijar plazos de caducidad para las acciones de impugnación u oposición frente a las resoluciones administrativas en materia en que el tiempo corre en contra del interés de los menores. Es necesario fijar la pertinente legitimación activa en orden a las diversas acciones de impugnación y fijar además con toda claridad el objeto de la acción de impugnación en algunos casos. Otros retoques tienen menor interés, aunque pueden servir para incentivar la más pronta celeridad en los procedimientos.

Por ello se proponen las necesarias reformas en la legalidad vigente.

1 ° Reforma del Código Civil

1º.1 Adición de un nuevo párrafo en el artículo 172 del Código Civil (intercalado entre los párrafos primero y segundo, pasando éste a ser el tercero)

Contenido:

“En esa información se comprenderá preceptivamente la de instruirles del derecho a exigir asistencia jurídica letrada, pudiendo voluntariamente designar letrado o bien solicitar el asesoramiento y la asistencia previstos en el artículo 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, a cuyo efecto en los respectivos Colegios de Abogados se debe contar con el correspondiente turno especializado y proceder a su designación inmediata aún sin perjuicio de que en los interesados no concurrieren los requisitos para la concesión de ese beneficio”.

Justificación de la reforma

Con la adición de ese nuevo párrafo se pretende garantizar y preservar el derecho de padres, tutores y guardadores a contar con una información adecuada y al margen de la que, hasta ahora muchas veces de manera insuficiente o no

comprensible, facilita la propia Administración. Una información profesional cualificada, de ahí la necesidad de contar con turnos especializados de letrados, que de forma independiente persiga como finalidad el preservar los intereses de sus defendidos, asesorándoles y transmitiéndoles el verdadero significado de las consecuencias que entraña una declaración administrativa de desamparo de un niño o niña, y, especialmente, les ponga en su conocimiento la posibilidad de oponerse a esa medida por vía judicial con indicación de la forma de planteamiento de esa oposición.

Se considera una necesidad que se reclama por muchas familias humildes y con una mínima y precaria formación cultural, quienes en muchas ocasiones tienen notables problemas de entendimiento y comprensión de una medida que fácticamente entraña el acogimiento residencial con establecimiento de régimen de visitas, es decir, el ingreso del hijo o hija en un centro público, ignorando que ello también comporta la suspensión de la patria potestad. Una medida que, en muchos casos, se interpreta con carácter acomodaticio, como forma de delegación de una responsabilidad parental mal asumida, y contra la que esas familias se venían rebelando tardíamente cuando, sin ofrecer sacrificio y esfuerzo de superación de las causas que propiciaron el desamparo, realmente se percataban de su alcance en el instante de promoverse el acogimiento en una modalidad que no se ajustaba a sus expectativas que, desde luego, nunca prevenían la posibilidad de una desvinculación definitiva, en el caso del acogimiento preadoptivo. Con el asesoramiento jurídico independiente y profesional que se les brindaría con la adición normativa propuesta, nunca más cabría alegar desconocimiento, más que de las causas, de los efectos que comporta esa declaración administrativa de desamparo.

1.º.2 Adición de un nuevo artículo, a continuación del actual 172 del C.C, que pasaría a ser el artículo 172 bis.

Contenido:

“La administración hará constar en su caso dentro del expediente los intentos realizados de notificación de la declaración administrativa de desamparo a los padres, tutores o guardadores, procediendo en último extremo conforme al artículo 59 de la Ley 30/92. Será aplicable a la remisión de los expedientes el artículo 48 de la Ley 29/98 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La acción judicial de oposición al desamparo, dirigida a impugnar la declaración administrativa, caducará a los tres meses desde la notificación.

Los padres suspendidos de la patria potestad, en el plazo de los dos años siguientes a la notificación de la declaración administrativa de desamparo, podrán pretender ante la entidad pública que se declare su propia rehabilitación por cambio sustancial de las circunstancias concurrentes, conforme al art. 170 del C.C. La acción judicial de impugnación de la resolución administrativa, ejercitable también en su caso por los acogedores ya nombrados, caducará a los tres meses desde la notificación pertinente. Entretanto transcurre el plazo indicado y mientras no sea firme la resolución administrativa o no se resuelva la impugnación mediante sentencia firme, no podrá iniciarse ni proseguirse expediente administrativo de acogimiento preadoptivo ni expediente judicial de adopción.

Transcurrido el plazo de dos años indicado sin haberse solicitado de la entidad pública la rehabilitación de la patria potestad, no podrá removerse el acogimiento legalmente constituido, a menos que el interés del menor así lo exigiere, y en ningún caso podrá revocarse la adopción ya constituida que tuviera por base el desamparo del menor establecido en resolución o sentencia firme. La resolución administrativa que recaiga podrá ser impugnada en los términos del párrafo anterior.

Asimismo por la Entidad Pública, el propio menor (si fuera mayor de 12 años) y el Ministerio Fiscal, se podría valorar o plantear la conveniencia de que los menores declarados en desamparo puedan reintegrarse con sus padres, tutores o guardadores, recuperando el ejercicio de la patria potestad. En caso de negativa de estos últimos, se interesaría judicialmente. En tales casos no regiría el plazo de caducidad de dos años establecido en los párrafos precedentes, pudiéndose plantear y valorar esa posibilidad indefinidamente, en interés del menor, y especialmente en los casos de acogimiento residencial prolongado.

La firmeza o confirmación en vía judicial de la resolución administrativa, implica que ha existido causa legal de privación de la patria potestad, a salvo su ulterior rehabilitación, y produce la remoción definitiva de la tutela ordinaria. La resolución o la sentencia, una vez firmes, se comunicarán al Registro Civil y al Juzgado de Primera Instancia que ordenó la constitución de la tutela. El Juzgado que constituyó la tutela procederá a nombrar tutor ordinario conforme al art. 239, 2 de este Código, a menos que la entidad pública, en el plazo de tres meses, le comunique su intención de promover el acogimiento o la adopción del menor”.

Justificación de la reforma

En lo que concierne al primer párrafo se ha de destacar que también introduce una garantía de los derechos de los padres, tutores o guardadores, exigiéndose que la entidad pública justifique el debido cumplimiento de una obligación de notificación que resulta esencial a la hora de que a posteriori no se pueda

alegar ningún vicio de indefensión que podría echar por tierra un expediente administrativo que, aun habiéndose tramitado en interés de un menor realmente desamparado, podría incurrir en un vicio de nulidad insubsanable, con el consiguiente perjuicio para ese menor, que a la postre se podría volver a ver abocado a retornar a la situación de desprotección precedente en tanto en cuanto se retoma, de nuevo, el correspondiente expediente administrativo y se da debido cumplimiento a esa obligación preceptiva de notificación y posterior información. Al respecto se ha de tener en cuenta que la Entidad pública, que no ha procedido a notificar a padres, tutores o guardadores la situación de desamparo en el plazo legal de las 48 horas, no hace constar a veces si esta notificación ha resultado imposible ni tampoco si los intentos fueron realizados conforme a lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 30/92 reformada por la Ley 4/99. También se refuerzan las garantías en lo que respecta a la obligación de remisión del expediente por parte de la Administración.

El segundo párrafo se justifica por cuanto que en esta materia es esencial distinguir dos situaciones: unas veces se trata simplemente de impugnar la situación de desamparo (en breve plazo desde luego y plazo de caducidad), siendo, o más bien debiendo ser, único objeto del proceso judicial el determinar la certeza de las causas que han motivado la resolución administrativa.

Nada de lo anterior tiene que ver con la posible recuperación o rehabilitación de la patria potestad por haber cambiado la situación y haber rehecho su vida los padres que quedaron, con justicia, suspendidos en el ejercicio de la patria potestad. Tal recuperación, pasado un largo plazo, no puede perjudicar el superior interés del menor sobre todo cuando esté ya en acogimiento preadoptivo o en trámite de adopción. Al modo que se propone, no se crean tan fácilmente como ahora situaciones irreversibles o muy difíciles de subsanar.

Ni el C.C. ni la nueva LEC establecen un plazo de caducidad, más o menos amplio, en orden a que los padres por naturaleza o adopción y los tutores se opongan a la declaración de desamparo o pretendan que se declare la propia rehabilitación y capacidad para cuidar del menor.

Tampoco se distinguen en la legalidad vigente dos situaciones muy diferentes:

Las impugnaciones estrictu sensu, que se formulan contra la resolución administrativa de desamparo, por no estar conformes, los padres, tutores o guardadores con las causas en las que sustenta la Administración ese pronunciamiento.

Aquellas peticiones que tienen como finalidad el cese de la situación de desamparo por causas sobrevenidas que hubieran hecho desaparecer las circunstancias que provocaron que el menor se encontrara privado de la mínima y exigible asistencia moral y material.

Por consiguiente, resulta necesario, en interés de los menores en cuyo favor se arbitra todo el procedimiento de protección, establecer un plazo para que los padres, tutores o guardadores, una vez notificados, informados y asesorados jurídicamente por el letrado que designen o les sea asignado, se opongan al desamparo declarado, por entender que no encontraban causa que lo justificara. No cabe que los abuelos, familiares u otros allegados que no se hayan ocupado habitualmente del cuidado y atención del menor se opongan a la declaración de desamparo pues ésta no afecta a su posición jurídica, al no producir tal declaración más que la suspensión de la patria potestad o la remoción en último extremo de la tutela, a salvo los supuestos excepcionales en que desempeñen la función de guardadores, garantes de su integridad y cuidadores de hecho, y en los que el desamparo conlleve el cese de esa situación de guarda. Tendrán ocasión además estas personas de intervenir a la hora de poder pedir a su favor el acogimiento, la adopción, y si acaso la tutela ordinaria, si es que la entidad pública no atiende a su deseo de quedarse con el niño. La retirada del niño no va implícita, desde luego, en una declaración de desamparo por parte de sus progenitores o el tutor cuando el menor está recibiendo los cuidados más adecuados de la familia extensa o de extraños que lo tratan con todo afecto y vienen cubriendo sus necesidades adecuadamente.

Transcurrido ese plazo, lo suficientemente amplio para meditar y supeditar la impugnación de la decisión administrativa en vía judicial, sólo cabría entender que ha existido un acatamiento tácito de su procedencia. Ello no significaría que se cerraran las puertas al objetivo primordial de procurar la reinserción de los niños o niñas declarados en desamparo con su familia de origen, pues los padres aún, en ese plazo más amplio de dos años, podrían instar su rehabilitación en base a considerar que con su esfuerzo de superación de las causas que provocaron el desamparo, se han dado circunstancias posteriores sobrevenidas que hacen aconsejable su cese, consiguiente reinserción y recuperación plena del ejercicio de patria potestad suspendido. Es por ello que hasta que no transcurra ese plazo, la entidad pública tendría vedado el propiciar medidas de protección que favorecieran una desvinculación definitiva, como el acogimiento preadoptivo y la adopción. Esa solicitud, por tanto, de rehabilitación podrá instarse en cualquier momento dentro de ese plazo de dos años, cabiendo una impugnación judicial por los padres en caso de resolución administrativa negativa expresa o por silencio administrativo, cuyo plazo de caducidad, de nuevo, para su interposición sería de otros tres meses. Esa misma posibilidad de impugnación, pero a la inversa, la podrían tener los acogedores frente a la resolución administrativa que fuera favorable a la pretensión de los padres que

alegaran su rehabilitación y que implicaría el cese del acogimiento, que sólo podría haber estado constituido en sus modalidades de acogimiento familiar simple o permanente.

Con la finalidad de dejar claro que el plazo de dos años se establece en beneficio de los niños y niñas declarados en desamparo, se introduce la previsión de que el mismo no opere con respecto al propio menor con suficiente juicio y entendimiento para poder discernir y expresarse sobre lo que resulta más conveniente a su interés, ni tampoco con respecto a la entidad pública que puede revalorar la situación familiar, reorientando la medida de protección en cualquier momento, si para el bien del menor resultara adecuada su reinserción con la familia de origen y, por supuesto tampoco respecto del Ministerio Fiscal, que como garante legal de ese interés, puede también, sin limitación temporal alguna, instar la reintegración con padres, tutores o guardadores. En tales casos la medida, incluso, se podría solicitar aun cuando existiera disconformidad por parte de estos últimos, con el objeto de que recuperen el ejercicio de la patria potestad y responsabilidad tuitiva suspendida, en cuyo caso, y ante su oposición, la reinserción, rehabilitación y reintegro, se debería solicitar judicialmente. Esa posibilidad está especialmente pensada para los casos de menores adolescentes en situación de prolongado acogimiento residencial, en los que ha resultado difícil e incluso imposible, su readaptación con familia de acogida dentro de la propia extensa o con otra alternativa.

El último párrafo guardaría conexión con la reforma que más adelante se planteará con respecto a la necesidad de los padres de asentimiento a la adopción, con el fin de eliminar una última e innecesaria formalidad procesal en esa fase, con incluso interpretaciones jurisprudenciales excepcionales, pero que resultan perniciosas para los niños y niñas que penderían de consolidar jurídicamente una precedente situación prolongada de acogimiento familiar, y que atienden para la valoración de existencia o inexistencia de causa de privación de patria potestad al momento de promoverse la adopción y no al de la propia declaración de desamparo, cuando los progenitores venían desempeñando su ejercicio. En definitiva si el desamparo firme, por no ser recurrido o por haber sido confirmado en vía judicial, implica la suspensión de la patria potestad, con razón de más, dada la gravedad del incumplimiento de las obligaciones y deberes de protección, que justifica su adopción, ha de conllevar implícita la existencia de causa de privación de patria potestad. La misma interpretación, por coherencia, cabría predicar en cuanto a las situaciones de tutela judicialmente constituida, en cuyo caso se darían los presupuestos para proceder a su remoción.

1.3° Adición de un nuevo párrafo a continuación del primero del artículo 173.2 del Código Civil:

"Será también preciso que a la hora de constituir el acogimiento se dé trámite de audiencia a los abuelos, familiares o allegados que hayan asumido el ejercicio de deberes de protección o cuidado sobre el menor hasta su declaración en desamparo. Los mismos podrán impugnar, en la forma y plazos que se consignan en el apartado 3, la resolución administrativa, al igual que los propuestos por la entidad pública como acogedores, en cuanto efectivamente interesados, la modalidad de acogimiento escogida."

Justificación de la reforma

Se pretende extender el derecho a mostrar la disconformidad contra la propuesta de acogimiento, tanto en lo que concierne a la idoneidad de las personas seleccionadas, como en lo que se refiere a la modalidad de acogimiento escogida. En tales casos, resulta incuestionable el interés legítimo de esas personas en todo lo que repercuta en el futuro de unos niños o niñas de los que se han ocupado, muchas veces, por delegación de unos padres que no han querido o podido asumir su propia responsabilidad parental. De ahí que se les deba reconocer plena legitimación, postulándose y proponiéndose ellos mismos u otras personas de su confianza como acogedores en sustitución de las personas seleccionadas por la Administración.

Téngase en cuenta que, excepcionalmente y tal y como se ha expuesto, esos familiares e incluso allegados, pueden haber asumido la guarda de los menores antes de su declaración de desamparo, pudiendo también haber resultado legitimados para oponerse a esa previa declaración que, naturalmente, ha de valorar el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes y la ausencia de la necesaria asistencia moral o material, no sólo respecto de los padres sino también respecto de tutores o guardadores de hecho en los términos reflejados en el capítulo quinto del título diez del libro primero del Código Civil.

La audiencia en el expediente administrativo de los anteriores guardadores o allegados que cuidaban del menor y la acción para impugnar la resolución administrativa son de todo punto necesarias pues, como dice el C.C. a propósito del acogimiento, "se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona" (artículo

172, 4 y artículo 11, 2 de la L.O. 1/96). Nos encontramos, pues, con un problema de preferencia a resolver en último extremo por los tribunales.

Por último, igualmente se ha de reconocer a los acogedores designados el poder impugnar la modalidad de acogimiento escogido, por entender que no resulta la más adecuada atendiendo a sus características puestas en relación con las necesidades del menor acogido.

1º.4 Adición de un nuevo párrafo a continuación del primero del artículo 173. 3º del Código Civil :

“Sin embargo, los padres, el tutor o quienes fueron los guardadores del menor hasta la declaración de desamparo, los cuales en todo caso han de ser oídos en el expediente administrativo, sólo podrán oponerse al acogimiento pretendiendo que su modalidad no es la más adecuada o que existen personas más idóneas para el cargo, sobre todo dentro de la familia extensa del menor, dispuestas a asumir los correspondientes deberes, a cuyo efecto comparecerán en el expediente.

La acción que asiste a los interesados para impugnar esa resolución administrativa desfavorable caducará al mes de la audiencia que, durante la constitución judicial, se ha de practicar para prestar su consentimiento, sin que se pueda impugnar posteriormente, en virtud de las indicadas causas, el acogimiento preadoptivo que subsiga al familiar permanente formalizado con iguales acogedores.

En relación a las causas que propiciaron el desamparo, sólo podrían formular oposición si en el plazo precedente de tres meses, por la Entidad Pública se les hubiera notificado fehacientemente resolución administrativa declarando el desamparo o resolución denegando la existencia de causas sobrevenidas que propiciaron esa medida. En estos supuestos, ambas pretensiones se conocerían acumuladamente ante el mismo juzgado.

Durante la impugnación, la entidad pública podrá acordar en interés del menor un acogimiento familiar provisional, no susceptible a su vez de impugnación judicial, el cual subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial firme”.

1º.4 bis. Supresión y derogación del actual párrafo segundo del artículo 173.3º del Código Civil que dispone:

“No obstante, la entidad pública podrá acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca la resolución judicial”.

Justificación de la reforma

El primer párrafo se introduce en coherencia con la finalidad perseguida con la reforma en su conjunto, reforzando por un lado el derecho de los padres, tutores o guardadores a que se dé efectivo cumplimiento a su derecho a ser oídos en vía administrativa a la hora de adoptar la decisión más adecuada sobre la modalidad del acogimiento e idoneidad de las personas seleccionadas para desempeñar ese acogimiento en beneficio del menor, y por otro recortando la posibilidad de que su oposición se produzca de manera abusiva, es decir, cuando hubieren dejado pasar, pese a la información recibida y el asesoramiento letrado ofrecido, el plazo para mostrar su disconformidad contra la precedente resolución administrativa de desamparo. Ya no cabría aprovechar el trámite de oposición a la propuesta de acogimiento para atacarla, sin perjuicio de la subsistencia de su derecho a instar su rehabilitación y el cese de esa declaración de desamparo.

El segundo párrafo obedece al espíritu finalista de establecimiento de plazos para mostrar oposición e impugnar las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Se trata además de una adición que guarda coherencia con el plazo que expresamente se otorga a los padres a la hora de prestar su asentimiento a la adopción, en el art. 781 de la LEC. No tenía sentido que, ante la falta de prestación de ese consentimiento al acogimiento, no se fijara un límite razonable temporal para materializar esa disconformidad, y teniendo como fecha de cómputo a quo, la de la preceptiva audiencia que se ha de practicar en el proceso judicial de constitución del acogimiento. En el caso de no existir oposición el trámite procesal se seguiría ajustando al trámite de jurisdicción voluntaria establecido en el artículo 1.828 de la antigua LEC. En el caso de existir oposición, el trámite se ajustará al cauce establecido en el artículo 780 de la actual LEC.

El tercer párrafo se ha de poner en relación con la reforma introducida en el art. 172 bis del Código Civil. Sólo en el supuesto contemplado cabría el conocimiento acumulado de ambas pretensiones, es decir, la oposición a la declaración administrativa de desamparo, bien en su modalidad de oposición al desamparo inicialmente declarado o de oposición a la decisión administrativa de denegación de su cese y rehabilitación del ejercicio suspendido de patria potestad, y la oposición al acogimiento propuesto.

El último párrafo introducido, con la consiguiente supresión del texto correspondiente tal y como viene actualmente establecido en el Código Civil, viene a ratificar la posibilidad de que la entidad pública acuerde un acogimiento provisional, aclarando que contra el mismo no cabría impugnación judicial, en

consonancia con la salvedad que dispone el apartado 2º del artículo 172, de no ser necesaria la prestación de consentimiento para su constitución.

1º.5 Adición de un nuevo párrafo en el artículo 177.2.2º del Código Civil

“Los padres del adoptando no emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme dictada en causa civil, penal o matrimonial, o estén incurso en causa legal para tal privación. La existencia de causa de privación podrá ser impugnada por los padres conforme al art. 781 de la LEC, a menos que ya haya quedado establecida en resolución administrativa o sentencia firmes, dictadas con motivo de la situación de desamparo o de la desestimación de la recuperación o rehabilitación de la patria potestad”.

Justificación de la reforma

El art. 177.2. 2º debe reformarse pues no debe ser necesario el asentimiento a la adopción de padres declarados incurso en causa de privación de la patria potestad y que no han logrado su rehabilitación, pese a la amplia posibilidad de accionar que se les concede, aparte de que el artículo 1.827 de la vieja LEC está expresamente derogado por la nueva LEC y sustituido en realidad por el art. 781. No deben resucitarse con motivo del expediente judicial de adopción viejos temas caducados o ya resueltos. Se eliminaría, de ese modo, un innecesario trámite que por un lado puede generar falsas expectativas en los padres, que en cualquier caso no recuperarían a sus hijos o hijas, y por otro se asumiría el riesgo, como ya se ha expresado, de resoluciones judiciales contrarias a los intereses de unos menores cuyo proceso de protección, en vía administrativa y judicial, se ha podido prolongar por muchos años. En todo caso, tal reforma implica el acortamiento del tiempo de conclusión definitiva de un expediente de protección, cuando éste, en interés del menor, se resuelve y decide a favor de su adopción.

La adición propuesta guarda conexión con lo dispuesto en el último párrafo del nuevo art.172 bis que ya se ha examinado.

2º Reforma de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor

Se debe derogar “expresamente” (en gran medida está tácitamente derogada por la nueva LEC y por la reforma habida en el art. 158 del C.c. a raíz de la pro-

pia LO 1/96) la Disposición Adicional primera de la LO 1/96, la cual prevé para cualquier impugnación en materia de menores abocados a la tutela automática, el acto de Jurisdicción Voluntaria, sin perjuicio del posterior juicio declarativo.

Todas las garantías necesarias se dan, al modo antes propuesto, a través de las impugnaciones judiciales previstas frente a las resoluciones administrativas y que se llevan a cabo mediante el juicio semioral ideado por la LEC en sus arts. 779 a 781. Es innecesario acudir a la jurisdicción voluntaria y contraproducente acudir al juicio ordinario posterior, contándose con el juicio verbal del artículo 753 como modo de impugnar las resoluciones administrativas (artículo 780 de la nueva LEC), incluida la formalización de la oposición a la propuesta de acogimiento familiar.

3º Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000

3º. 1 Adición de dos nuevos párrafos en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“La tramitación de los procesos del presente capítulo tendrá carácter preferente”

En los procesos de impugnación del presente capítulo, ninguna cuestión prejudicial penal puede suspender la celebración del juicio ni el dictado de la sentencia. Si bien en caso de sentencia penal absolutoria o auto de sobreseimiento, se podrá pretender la rehabilitación de la patria potestad en los términos previstos por el Código civil, cuando sea procedente”.

Justificación de la reforma

El primer párrafo obedece a la necesidad de introducir un carácter preferencial en la tramitación judicial de los expedientes de protección, procurando evitar en la medida de lo posible situaciones irreversibles o muy difíciles de subsanar, pues el tiempo con relación a los menores es esencial. Cuatro o cinco años puede resultar un período temporal largo e imborrable en la vida de una persona adulta, pero prácticamente puede constituir toda la existencia de un niño o niña. Esa preferencia y prioridad se ha de hacer extensiva a la tramitación tanto en primera como en segunda instancia.

En cuanto al segundo párrafo, se ha de tener en cuenta que el objeto de conocimiento del proceso civil es más amplio y participa de una perspectiva distinta del análisis a realizar en el proceso penal.

Son frecuentes los casos en que la entidad pública ha adoptado una medida de protección sobre un menor por haber sido víctima de un delito descrito en los antecedentes de hecho de la resolución: malos tratos, abandono, mendicidad, lesiones físicas o psíquicas, agresiones o abusos sexuales, exhibicionismo... En la mayor parte de los casos, a salvo los más aberrantes, no se ha seguido ni menos aún terminado el procedimiento penal.

La influencia decisiva en el pleito civil de la cuestión prejudicial penal, exigida por el artículo 40 de la LEC (en los pleitos civiles de menores no se plantean acciones ex delicto al modo de los artículos 111 y 114 de la LECR) se ha de ver con distinta óptica en procesos en que se resuelven problemas sustanciales para la vida de los menores. En este punto se ha de estar a una interpretación muy restrictiva. Lo contrario supondría una total paralización de los pleitos civiles derivados de las facultades protectoras de la entidad pública y dilaciones insufribles para el "tempo" de los menores. Por tanto, en la mayor parte de los casos no debe admitirse el planteamiento de la cuestión prejudicial, aunque exista ya proceso penal sobre hechos puntuales. El objeto de conocimiento del proceso civil es más amplio y participa de una distinta perspectiva del análisis del proceso penal.

Más complicados son los casos de actuaciones de protección derivadas exclusivamente de una denuncia por abusos o agresión sexual. Aún en ellos, difícilmente media cuestión prejudicial devolutiva pues la cuestión que se sustancia ante los tribunales civiles no es sólo el acto concreto del abuso y de su realidad. El Tribunal, aún no siendo cierto el abuso sexual, ha de valorar la situación existente en el domicilio familiar para que el menor denuncie falsamente a su padre; ha de apreciar cómo ha reaccionado la familia ante esta denuncia del menor; es fundamental ver si los padres actúan a continuación de forma comprensiva ante la denuncia y si acuden demandando la ayuda psicológica pertinente, o si por el contrario, silencian al menor, lo coaccionan o se posicionan sólo del lado del presunto agresor; es fundamental el análisis de la conducta del progenitor exento de denuncia para ver si se trata de persona que pueda defender al menor de forma efectiva.

Supuesto que el proceso penal haya concluido, se han de valorar en vía civil los efectos de la resolución penal: tal efecto es muy pobre si el tribunal se limita a decir que no se han acreditado suficientemente los hechos denunciados. En los demás casos se ha de estar a los hechos probados y al artículo 116 de la LECR. Sin embargo, la absolución penal no debe tener una eficacia automática en el proceso civil por lo que respecta al cese de medida protectora, dada la necesidad de una más adecuada valoración desde la óptica civil siempre más amplia.

3º.2 Adición de un quinto apartado en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

5. *“En el supuesto de que la oposición no se formalizara en el plazo de emplazamiento establecido en el apartado anterior, se procederá al archivo del expediente que sólo se podrá replantear con respeto a los plazos de caducidad establecidos en el art. 172 bis del Código Civil.*

Cuando los padres, tutores, o en su caso, familiares, abuelos o allegados del menor declarado en desamparo dejaren transcurrir el plazo de caducidad de un mes para mostrar su disconformidad con la propuesta administrativa de acogimiento, se proseguirá el expediente por los trámites de la Jurisdicción Voluntaria. En el caso de oposición, se ajustará su tramitación a lo dispuesto en el apartado precedente”.

Justificación de la reforma

Con este último apartado se pretende mantener la coherencia que ha de inspirar el texto de la reforma, guardando una adecuada armonía entre el contenido de los preceptos que se introducen en el Código Civil, con la consiguiente traslación de sus efectos en las normas procesales. En concreto, se ha intentado armonizar el contenido del nuevo artículo 172 bis y el nuevo párrafo a continuación del actual primero del artículo 173. 3º del Código Civil.

En cuanto al primer artículo, se consigue evitar que exista una actuación procesal abusiva, impidiendo una reiteración de oposiciones en vía judicial, una vez que se haya procedido al previo archivo de un expediente judicial de protección planteado a iniciativa de una persona (ya sean padres, tutores, guardadores u acogedores) que a posteriori sólo tendría la posibilidad de replantear sus pretensiones si no hubiere vencido el plazo de caducidad de tres meses, o en su caso dos años, cuyo cómputo se iniciaría desde la notificación de la resolución contra la que se demuestra disconformidad y que además no se interrumpiría, por ser plazo de caducidad, con la interposición de un anuncio de oposición no formalizado.

En lo que atañe al segundo precepto, se intenta aclarar el cauce procesal por el que se han de tramitar las oposiciones a las propuestas de constitución judicial de acogimiento que la entidad pública realice ante los Tribunales de Justicia. Una vez que esa constitución requiere una audiencia a presencia judicial para que expresen si están o no de acuerdo con el nombramiento de los acogedores y modalidad de acogimiento escogido, tal y como ya se dejó indicado, se ha de

acudir al trámite contencioso que se desarrollaría por las reglas del juicio verbal previsto en el artículo 753, es decir, como en el resto de oposiciones formalizadas, o bien al trámite de jurisdicción voluntaria, que actualmente es el establecido en el art 1828 de la antigua LEC.

En cualquier caso, con ello no se obstaría ni impediría el derecho de las personas legitimadas para oponerse al acogimiento, que lo podrían materializar en vía judicial desde que tuvieran conocimiento del mismo e incluso antes de que por parte de la Entidad Pública se interesare su constitución judicial. En tal supuesto el procedimiento que diera lugar a esta última propuesta se habría de acumular al iniciado a raíz de aquella oposición previamente formalizada.

3º.3 Adición de un sexto apartado en el artículo 780 de la ley de Enjuiciamiento Civil:

6. *“La falta de asistencia personal de los demandantes debidamente citados sin causa justificada al acto de la vista determinará la pérdida de la acción de impugnación.”*

Justificación de la reforma

Debe legislarse en el artículo 780 de la LEC, al modo del artículo 770. 3 de la LEC propio de las causas matrimoniales, sin necesidad pues de recurrir a la interpretación que deriva de los artículos 441 y 442 de la LEC previstos para los casos generales y poco adecuados a estos procesos. Si se tiene un interés vital, y lo es el de los menores implicados y el de sus padres o tutores, no puede admitirse cualquier excusa para no asistir a la vista del juicio.

Se reputa imprescindible la asistencia personal a juicio de quienes se oponen a las resoluciones administrativas en el proceso. Es fundamental el directo conocimiento personal del juzgador de los padres o familiares que formulen reclamación contra las resoluciones de la entidad pública competente. Debe deducirse de quienes no comparecen al proceso cierta inconsistencia en su pretensión. También será inútil por lo general pedir pruebas periciales que precisen su asistencia personal (pruebas de toxicología, psicológicas...). En esta materia es fundamental el interrogatorio de las partes impugnantes u opuestas, sin que deban valer ficciones legales como la admisión de hechos o su confesión ficticia, en contra de lo dispuesto en el artículo 752. 2 de la propia LEC.

Es absurdo proseguir todo un juicio cuando el propio Letrado, por ejemplo, alega la incomparecencia del interesado a su despacho, justificando así una ge-

nérica petición de prueba, tal y como que el equipo psicosocial emita informe sobre la aptitud de su representado para el ejercicio de la patria potestad del menor. Dada la dilación previsible y la duda acerca de que el demandante acuda a las citas que el psicólogo y trabajador social le van a remitir, no parece admisible tal prueba por inútil (artículo 283, 2 LEC). Lo mismo cabe decir con las pruebas a efectuar por el Instituto de Toxicología en los casos de dependencia a las drogas y/o alcohol.

3º.4 Adición de un séptimo apartado en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

7. *“En los procesos judiciales de impugnación, el tribunal de oficio o a instancia de parte, conforme al artículo 150. 2 de la LEC, pondrá en conocimiento de los acogedores y demás posibles interesados la existencia del litigio, a efectos de su posible intervención conforme al artículo 13 de la LEC”.*

Justificación de la reforma

El nuevo párrafo, por un lado responde a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (cfr. STC de 20-5-02) y como exige la lógica y la justicia para evitar cualquier indefensión en sentido material y propiciar un más amplio conocimiento del verdadero interés del menor. Por otra parte, no cabe olvidar al respecto que la Convención de la ONU de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 30 de noviembre de 1990 prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres “se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”. Ya se dijo cómo era fundamental la audiencia, tanto en el expediente administrativo como eventualmente en la fase de impugnación judicial, de quienes eran los guardadores del menor al tiempo de la declaración de la situación de desamparo (abuelos por lo general o miembros de la familia extensa), a efectos de que sean ellos quienes obtengan a su favor el acogimiento familiar. También es fundamental la audiencia de los acogedores nombrados, cuando los padres pretendan sobre todo la recuperación de la patria potestad y por tanto el cese del acogimiento.

En esta materia toda aportación, proveniente de los distintos puntos de vista de las partes implicadas, debe ser siempre bienvenida, aunque ello complique en alguna medida la tramitación de los procesos.

3º.5 Adición de un tercer apartado en el artículo 781 de la ley de Enjuiciamiento Civil:

3. *“Contra el auto que ponga término al expediente de adopción sólo podrá interponer recurso de apelación el Ministerio Fiscal”.*

Justificación de la reforma

Con la introducción de ese nuevo apartado en el artículo 781 de la LEC, se pretende poner fin a la polémica jurisprudencial acerca de si los padres que después de no formular juicio verbal para que se les reconociera la necesidad de su asentimiento a la adopción, o bien cuando se hubiera declarado por sentencia firme que ese asentimiento no es necesario por estar incurso en causa de privación de patria potestad, –circunstancias a las que tras la reforma habría que incluir la de los progenitores que no se hubieran opuesto al desamparo de sus hijos o hijas, o cuando su oposición a esa declaración administrativa se hubiera desestimado en vía judicial, por cuanto que esa declaración administrativa consentida o ratificada judicialmente conlleva la de estar incurso en causa de privación de patria potestad–, pudieran a posteriori apelar el auto que pone término al expediente de adopción.

Tal y como se ha reiterado, se ha de procurar acortar la duración de los procesos de protección de menores, resultando absurdo que después de que en el propio apartado segundo del artículo 781 se disponga que *“no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento a la adopción”*, se les brinde la posibilidad de recurrir en apelación una resolución que se limita a constatar la concurrencia de los requisitos exigidos en los artículos 176 y 177 del Código Civil, entre los que se encuentra la necesidad de un asentimiento, que ya se ha declarado que no resulta preciso. Sólo el Ministerio Fiscal, excepcionalmente, en interés de ley y del propio menor adoptando, podría atacar esa resolución. En todo caso con esa restricción de la facultad de recurrir se favorece que se ponga definitivo punto final a un proceso tortuoso, evitándose un último escollo meramente dilatorio puesto que los recurrentes carecerían de la más mínima base para sustentar su pretensión, hasta el punto de que en algunos juzgados se rechazaba el planteamiento del recurso con fundamento en lo dispuesto en el artículo 11. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dispone que *“los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”*.

Nuria López–Mora González

*Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Patrona de la Fundación Æquitas*

**LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES Y DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A
LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

***I. La intervención del Ministerio Fiscal en la protección de los
menores y personas con discapacidad: evolución histórica***

Las competencias del Fiscal en el ámbito de la protección de los menores y de las personas con discapacidad se remontan en España a los mismos orígenes de la institución, que según Huet y Allier puede ubicarse en la Baja Edad Media, llamándose Procuradores del Fisco Real (siglos XII y XIII).

A pesar de que el nombre del Fiscal aparece reflejado en las Ordenanzas y Recopilaciones modernas así como en la doctrina y decisiones judiciales de Consejos y Audiencias de los siglos XVI, XVII y XVIII, revelan mejor su particular naturaleza evolutiva todas las diferentes denominaciones de su título oficial. Sin olvidar su papel clásico del Abogado del Rey, se comienza a hablar del Ministerio Público tanto en las ordenanzas como en la doctrina del siglo XVIII. En las Partidas se habla del Patrones fisco “tanto quiere decir en romance como hombre que es puesto para defender en su juicio todas las cosas y todos los derechos que pertenecen a la cámara del rey”.

La ordenanza judicial de Fernando IV de 1310 dispuso la presencia de un Procurador del Rey en su corte con poder para demandar, razonar y defender sus pleitos, así como los de las viudas, pobres y huérfanos de esta condición. Pone de manifiesto que como Procurador del Rey y Abogado de desvalidos, se configura este nuevo oficio de la Corte sin que, por entonces, se pueda fijar con precisión su naturaleza y competencia originaria, por más que de los textos precedentes se desprenda ya la idea básica de ser un órgano encargado de la defensa de los derechos del Rey y de la comunidad, representada en su parte más desvalida.

El Fiscal como promotor de la Justicia será designado desde mediados del siglo XIV para resaltar su doble cometido civil y penal, y la delimitación de esta figura en su vertiente judicial, patrimonial y política tuvo lugar durante el reinado de los Reyes Católicos.

Tras un período de germinación, el Fiscal inició su relación institucional con la Audiencia y la Chancillería a mediados del siglo XIV (en el mismo momento en el que se fundan estos organismos), y como Promotor de la Justicia del Rey vela por los intereses de las viudas, huérfanos y pobres que litigan en la Corte Real.

A lo largo de los siglos XVI y XVII fue regulándose el régimen de la Fiscalía con las Audiencias, primeramente las de Valladolid y después con las castellanas e indianas, siendo el Fiscal “promotor de la virtud pública, haciendo que castigasen los pecados públicos, protector de pobres y miserables y, por extensión, de los indios.”

Tanto en el Consejo de Indias como en las Chancillerías de México y Perú, y más tarde en las restantes Audiencias indianas se pone de relieve su papel destacado no sólo de la defensa de la jurisdicción, patronato y hacienda real sino de “protectores generales de indios” y supervisores del oficio público.

En el Decreto de reforma de 10 de noviembre de 1713 se organizaron oficios, entre ellos un Fiscal General, dos Abogados Generales y dos sustitutos del Fiscal, y el primer título del Fiscal General se emitió a favor de Melchor Rafael de Macanaz, con la misión de “pedir y demandar, acusar y defender, todas aquellas cosas y en los casos que cumplieran al servicio del Rey y a la obligación de su cargo”.

La división de competencias del Fiscal por razón de la materia, civil o criminal, se instauró en un Decreto de 1715 en el Consejo de Castilla, división que perduró hasta 1763.

A finales del siglo XVIII la Fiscalía en Castilla contó con un régimen común que le atribuía el conocimiento entre otras, de las causas de menores, viudas, pobres y mujeres desvalidas.

La transformación del Ministerio Fiscal cristalizada en la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870, le perfila como una Institución basada en los principios de concentración, unidad y dependencia. Es la primera vez que se utiliza el término “Poder Judicial”. En 1881 se crea la Abogacía del Estado, separándose ambos cuerpos.

II. Atribuciones del Ministerio Fiscal en el ámbito de la protección de menores y personas con discapacidad: el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal en la etapa constitucional

La Constitución Española de 1978 atribuyó al Ministerio Fiscal en el artículo 124 la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad,

de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se aprueba por ley 50/1981 de 30 de Diciembre, y ha sido modificada por la Ley 24/2007 de 9 de octubre, para la “adaptación en su conjunto a las nuevas exigencias que la sociedad reclama”. Se declaran como objetivos los de reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal como órgano de relevancia constitucional y la mejora de su capacidad funcional, y actualizar su estructura buscando una mayor eficacia conforme a un criterio de especialización y de reordenación de su implantación geográfica.

El Estatuto Orgánico recoge la idea de crear secciones especializadas por materias en las Fiscalías territoriales, que con anterioridad sólo contaban con soporte legal expreso en materia de menores y de violencia de género. En este punto debemos destacar que si bien en las diferentes Fiscalías del territorio español se reconoce como especialidad la protección de personas con discapacidad, sirviendo en las principales provincias en juzgados especializados en la materia, el Estatuto Orgánico no la menciona como especialidad con entidad propia como sí ocurre en el ámbito de los menores. Llama la atención que en la Fiscalía del Tribunal Supremo, incardinada en la Sección de lo Civil, exista un Fiscal de Sala encargado de “los mayores”, sin conexión pese a la problemática que encierra, con las diferentes Secciones de Incapacidades de las fiscalías de España. No ha seguido en este punto la organización de la Fiscalía la trayectoria de especialización que ha acometido el Consejo General del Poder Judicial, que cuenta en la actualidad con juzgados especializados en incapacidades y tutelas en las principales ciudades españolas, y en aquellas en las que el volumen de asuntos no lo permite, promueve la concentración en el mismo juzgado de los asuntos referidos a esta materia, para evitar su reparto entre todos los órganos judiciales y lograr mayor especialización y sensibilidad en los que se atribuya su conocimiento.

El artículo 3 del Estatuto Orgánico, regulador de las funciones del Ministerio Fiscal, le atribuye: en su número 6 la de “Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.”, y en su número 7 la de “Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.”

La evolución social y especialmente de su sistema de valores han provocado una evolución legislativa que intenta dar reflejo a la nueva realidad: el entorno familiar no sirve para garantizar en exclusividad la protección de menores y de las personas con discapacidad, por lo que su tutela pasa de ser ejercida bajo la

salvaguarda de la autoridad judicial (artículo 216 del Código Civil, que desde la reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sustituye el clásico sistema de tutela de familia por el de autoridad, y confiere la vigilancia al juez prescindiendo del anterior consejo de familia). Así mismo se contempla la posibilidad de que las personas jurídicas sin finalidad de lucro puedan asumir la tutela cuando de entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados (artículo 242 Código Civil).

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que reformó el Código Civil en materia de adopción volvió a intensificar las funciones tuitivas del Ministerio Fiscal (artículo 232 Código Civil que establece que la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado, pudiendo exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela). Estas funciones de protección se vieron reforzadas en el ámbito patrimonial de las personas con discapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que confiere al Ministerio Público la supervisión institucional del patrimonio protegido (artículos 3 a 7).

III. La adopción internacional

La intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito de la adopción internacional es también determinante para garantizar el adecuado funcionamiento de los mecanismos jurídicos de protección del menor.

La adopción como acto jurídico por el que se establece un vínculo de parentesco por vía legal entre el adoptante o adoptantes y el adoptado, se configura como un instrumento de integración familiar mediante la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior y la creación de una nueva relación paterno-filial, la búsqueda del beneficio del adoptado y el establecimiento de una única clase de filiación adoptiva.

En el caso de la adopción internacional se crea un vínculo jurídico de filiación que se presenta en un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de los adoptantes o adoptandos. Por tanto, la adopción internacional es aquella en cuya virtud un niño con residencia habitual en un Estado ha sido, es, o va a ser desplazado a otro estado, bien después de su adopción, bien con finalidad de constituir tal adopción en otro Estado.

La adopción internacional se concibe como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen, estableciéndose las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones

internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y respeto a sus derechos.

Todos estos componentes justifican que en las instituciones que atienden a la protección de menores, se sucedan aportaciones legislativas en períodos de tiempo relativamente breves, y como ejemplo de ello es la última reforma acaecida con la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional.

Las últimas décadas se han caracterizado por la toma de conciencia sobre la necesidad de protección estatal e internacional de la infancia, en paralelo con el afianzamiento de los derechos humanos de menores y adultos, lo que ha llevado a los Estados a responsabilizarse de la protección de los menores de edad, no sólo supliendo la pasividad de la familia, sino también realizando una labor social antes asumida por la beneficencia.

De igual forma, se ha tomado conciencia de que el interés del menor no puede depender de la protección de un solo Estado, como prueba la celebración del convenio y convenciones interestatales de distinto signo, que han regulado los diversos aspectos en que los menores pueden verse afectados, poniendo un especial énfasis en la persecución del tráfico de niños, para conseguir su total erradicación.

La Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 contiene de forma explícita la subsidiariedad de la adopción internacional como medida de protección, respecto de otros sistemas de cooperación internacional. Sólo cuando se demuestre que no se dispone de una familia alternativa, ni de otro medio de cuidado adecuado para el niño en su propio país de origen puede proceder la adopción internacional.

El artículo 21 de la Convención establece las obligaciones de los Estados partes a la hora de decidir la adopción de un niño, partiendo de que la consideración primordial ha de ser el interés superior del menor.

El ordenamiento jurídico español ha ido modificando la regulación de esta materia a través de sucesivas reformas: la Ley 7/1970 de 3 de julio, marcó el comienzo de una nueva etapa de esta institución, norma modificada más tarde por las leyes 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

La norma que verdaderamente da un contenido nuevo a la adopción fue la 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, porque la configura como un instrumento de integración familiar en beneficio del adoptado. Esta ley configura a las entidades públicas como piezas clave del sistema al atribuirles competencias en la fase previa de selección de adoptantes y adoptado, lo que impide el tráfico de niños y favorece la adecuada selección de los adoptantes.

La Ley Orgánica 1/1986, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor dio una nueva regulación a la adopción, introduciendo el requisito de idoneidad de los adoptantes, que si bien no estaba expresamente establecido en nuestro derecho positivo, su exigencia ya aparecía explicitada en la Convención ya citada y en el Convenio relativo a la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de La Haya de 29 de mayo de 1993, ratificado por España en julio de 1995 y que entró en vigor el 1 de noviembre del mismo año.

Las funciones de las entidades públicas y entidades acreditadas se regulan en la Ley Orgánica 1/1996, delimitando sus atribuciones de acuerdo con las pautas del Convenio de la Haya.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional tiene la virtud de homogeneizar una normativa dispersa y aclarar algunas cuestiones que no estaban expresamente reguladas, pero sobre todo revisten especial relevancia en cuestiones periféricas que aborda al margen de la adopción internacional, como es el caso de la modificación de la facultad de corrección paterna del artículo 154 del Código Civil (problemática que tras recientes sentencias ha sido muy debatida), o el establecimiento de plazos para impugnar las resoluciones de desamparo, o las modificaciones operadas en materia de nacionalidad. Esta ley 54/2007 introduce la referencia a los acuerdos de cooperación entre ECAIs para solventar situaciones sobrevenidas, o para un mejor cumplimiento de sus fines. También debe de valorarse como positiva la exigencia de coordinación entre entidades públicas, tanto a la hora de acreditar ECAIs en países extranjeros que fijan un límite en el número de las mismas, como a la hora de ejercer el control sobre aquéllas que están acreditadas en diversas Comunidades Autónomas.

De la nueva regulación se critica que no haya referencia alguna al supuesto en el que se revoca la acreditación de una ECAI, en cuyo caso, ¿qué ocurre con los expedientes en trámite? También se critica que el concepto de idoneidad para ser adoptante sigue sin delimitarse de forma suficiente, porque no certifica la aptitud de un solicitante o no identifica factores de riesgo en aquél.

Quedan, por tanto, pendientes nuevos retos en el ordenamiento jurídico español, acerca de la regulación expresa de problemas prácticos en la adopción internacional que extinga diferencias entre los solicitantes de cualquier territorio.

Mesa 5

Valoración global del Proyecto de Ley por las organizaciones sociales

Juan Antonio Vallés Brau

Ramon Rotger Canet

María del Mar Calvo Cortés

Presentación: Mario Bedera Bravo

Mario Bedera Bravo

Diputado

Continuamos con la última Mesa que trata de la valoración global del Proyecto por las organizaciones sociales, es la última vertiente que queda por tratar.

En mi condición de Diputado y ponente de esta ley les haré una mínima valoración para decirles lo que ha ocurrido y está ocurriendo con este proyecto de ley.

Como saben, hay unos antecedentes que han ido saliendo a lo largo de la mañana y la tarde, la Comisión especial sobre adopción que tuvo lugar en el Senado en el año 2002, el resultado fueron 36 comparecencias de todo el que tuvo que decir algo sobre la adopción internacional. Tenemos las actas de lo que pasó allí y, aunque han transcurrido algunos años, creo que es perfectamente válido, porque en la tramitación de esta ley no va a haber comparecencias, pero tenemos un trabajo hecho por detrás.

Hay también unas conclusiones y unas recomendaciones de dicha Comisión que han sido tenidas en cuenta por el Gobierno para redactar este proyecto de ley que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de junio de 2007, llega a la Cámara tres días después, se califica el día 26, se publica el 29 de junio en el Boletín de las Cortes Generales y que ha tenido siete ampliaciones del plazo de enmiendas, la última concluye mañana, martes, 23 de octubre de 2007. Hay que decir también que, desde el 9 de octubre, se acuerda tramitarlo por el procedimiento de urgencia. Esto quiere decir que el plazo del que dispone el Senado para devolvernos el proyecto de ley es de veinte días, con lo cual estamos todavía perfectamente en tiempo y forma para tramitar la Ley.

El proyecto de Ley tiene dos grandes partes, los primeros trece artículos donde se tocan muchos de los temas relevantes que vamos a tratar en esta Mesa: Entidades Públicas de protección de menores y las ECAIs. El Título II, artículos 14 a 31, son las normas de derecho internacional privado que también han sido sucintamente expuestas por la Directora General, Pilar Blanco y, finalmente, hay unas disposiciones donde se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre adopción nacional y, lo que llamamos en términos parlamentarios una percha jurídica, es decir, un final donde se trata el tema de la modificación de la nacionalidad.

Les explico esto, porque el Proyecto de ley, más allá de las dificultades normales de tipo parlamentario que tiene cualquier otro proyecto, tiene, desde mi punto de vista, una cuestión añadida que ha hecho que todavía no esté tramitándose el proyecto. El tema de la nacionalidad había levantado ciertas expectativas de diferente signo en los grupos parlamentarios que en este momento han cogido otro derrotero, porque el pasado jueves se tramitó la mal llamada Ley de la Memoria Histórica donde ya se incorporó una enmienda que venía en buena parte a resolver algo que venía colgado de esta Ley. Si esto es así, como creemos muchos, todo lo que queda de la ley es una norma técnica que tendrá más o menos dificultades en su tramitación, pero que sin duda esa carga de contradicción política ha encontrado otro camino por donde tramitar, como decía antes.

El otro asunto, que es menor si lo comparamos con éste, pero también forma parte de las discusiones normales en esta Cámara, es el de las competencias de las Comunidades Autónomas. Estamos en un Estado autonómico donde las diferentes Comunidades tienen mucho que decir en esta materia. Creemos que está tratado con suficiente cuidado en el texto del proyecto de ley pero, de todas maneras, para eso está la tramitación parlamentaria, para limar posibles asperezas con aquellos grupos que consideran que puede haber invasión competencial.

Éste es el dibujo de cómo está ahora mismo la norma. Lo lógico es que mañana, o como mucho, la semana que viene empiece a tramitarse ya definitivamente la ley y digo definitivamente para que nadie se piense que ésta ha entrado en una especie de vía muerta o algo parecido y, sin duda, estamos hablando de unas Jornadas, por las que quiero felicitar a la Fundación Æquitas y al Presidente de la misma, porque aunque no estaban así pensadas, han tenido mucho tino para ponerlas un lunes antes del martes en el que acaba el plazo de enmiendas.

Dicho esto, y antes de pasar la palabra a los que forman parte de la Mesa, quería comentarles que, aunque no se trata en ningún caso de un sucedáneo, esta Jornada va a ser, sin duda, de una gran ayuda para la tramitación del proyecto de ley y yo, como persona que va a estar implicada en ella quiero agradecer el esfuerzo que ha hecho la Fundación y quienes han tenido la visión de que esto podía ser muy importante, como así está siendo.

El momento ha sido muy oportuno, aunque no elegido, y aparte de mi agradecimiento a la Fundación Æquitas, quería también agradecer a mi compañero Jesús López-Medel la pasión que ha puesto siempre en estos temas. Estamos ante una de las personas que más sabe de adopción internacional en este país y al que es siempre un lujo oír y leer.

Yo tengo también alguna vinculación personal, soy padre de una niña ucr-

niana, he pasado por eso; efectivamente no es lo mismo cuando vienes que cuando vas, hay algo que te cambia y, sin duda, como decía Jesús en la presentación de la Jornada, en estos cuatro años de legislatura si tuviera que elegir algo sería la proposición no de ley que presenté en la Comisión de Justicia para que se reformara el artículo 191 del Reglamento del Registro Civil para que no apareciera necesariamente el nombre del padre o de la madre.

En aquel momento nunca me pude imaginar la cantidad de expresiones de gratitud que recibí, aunque no lo hice por los agradecimientos. Había una situación que pensaba era injusta, la traje a esta Cámara, salió adelante, evidentemente porque el Gobierno tuvo la sensibilidad para hacerlo rápidamente, y me he encontrado con una avalancha de correos electrónicos en los siguientes dos o tres años de situaciones de una gran tensión familiar. Estas cosas, hasta que uno nos las ve, no percibe realmente la carga emocional que hay detrás. Creo que es una ley muy necesaria, una ley que tenemos que trabajar entre todos, pero que, sin duda alguna, es mejor que logremos aprobarla a que sigamos sin ley.

Juan Antonio Vallés Brau

Vocal del Consejo Consultivo de Adopción Internacional

PERSPECTIVA DE LAS FAMILIAS ADOPTANTES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

¿Es necesaria una Ley de Adopción Internacional en España?

A diferencia de otros países del ámbito occidental, la Adopción Internacional constituye en España un fenómeno relativamente reciente, pero que ha experimentado un rápido crecimiento a lo largo de los últimos 10 años, hasta convertirse, en términos relativos, en el Estado en el que se llevan a cabo un mayor número de adopciones internacionales a nivel mundial.

La experiencia adquirida durante estos años por las entidades públicas competentes y por los diferentes sectores afectados ha permitido establecer un conjunto de necesidades en el ámbito normativo a las que una ley de Adopción Internacional debería dar solución.

La primera de estas necesidades debe ser procurar la eliminación de cualquier tipo de irregularidades en estos procesos, de modo que éstos se realicen con totales garantías para todos sus protagonistas. De hecho, y creemos que con esta finalidad, el anteproyecto de ley de Adopción Internacional presentado en febrero de 2007 se centraba básicamente en la sistematización de una serie de aspectos del Derecho Internacional Privado relacionados con la adopción internacional.

Quiero manifestar que el establecimiento de salvaguardias para prevenir la sustracción, venta y tráfico de niños en adopción internacional, así como los beneficios materiales indebidos y la corrupción es uno de los objetivos básicos del colectivo de familias adoptivas que represento, habiendo sometido, con este fin, a la consideración del Consejo Consultivo de Adopción internacional (CCAI) en diciembre de 2006 la necesidad de elaborar conjuntamente las Administraciones Públicas que participan con él, las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional y la Coordinadora de Asociaciones de Familias un acuerdo/compromiso que recogiese las actuaciones concretas a las que cada una de las partes se comprometía para luchar activamente contra las prácticas irregulares y corruptas en el ámbito de la adopción internacional.

¿Es ésta la única necesidad normativa en este momento en España? Creemos que no. En los procesos de adopción internacional existen además otros muchos factores de carácter no estrictamente jurídico, que podríamos calificar como de tipo social, cuya regulación, que redundaría en defensa de los derechos e intereses de los menores, así como de los derechos de las familias biológicas y adoptivas, debería ser también objetivo de una ley como ésta.

Nos referimos, por ejemplo, a mejoras en aspectos del procedimiento o el apoyo que reciben adoptantes y adoptados (información, formación, homogeneidad de criterios, procedimientos y costes, apoyo técnico y medidas de carácter social, etc.), o en aspectos relacionados con la acreditación y control de entidades colaboradoras (homogeneidad en requisitos de habilitación, contratos y costes, responsabilidad de las ECAIs, status de sus representantes, regulación de su control, en especial financiero, etc.). A este respecto, las recomendaciones de la Comisión Especial del Senado, aprobadas por unanimidad en diciembre de 2003, ofrecen un excelente compendio de aquellos aspectos que precisan de adecuada regulación.

Con la perspectiva de las necesidades arriba enumeradas, paso a comentar los aspectos más relevantes, desde el punto de vista de las familias adoptivas, del proyecto de ley objeto de debate.

(a) Disposiciones generales

En el apartado 1.1. del proyecto de ley, en el que se aborda el ámbito de aplicación de la misma, sigue haciéndose únicamente referencia a los contenidos del Título II, ignorando por completo los contenidos incluidos en el Título I. Por eso proponemos sustituir el texto actual del mencionado apartado por el siguiente: *“La presente Ley regula la intervención de las Entidades Públicas y de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional en el procedimiento de adopción internacional, la capacidad y requisitos de los solicitantes, así como la competencia de las autoridades españolas y la determinación de la Ley aplicable a las adopciones internacionales, así como la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras”*, que sí describe el conjunto de temáticas que la ley contempla.

Creemos que merece la pena destacar que, tal y como propusimos al debatir el anteproyecto en el seno del CCAI, el proyecto de ley ha incorporado dentro del primer capítulo del título I un precepto nuevo, el artículo 2, en el que se reconoce como finalidad de la ley la de establecer el marco jurídico y los instrumentos básicos para garantizar que todas las adopciones internacionales tengan

lugar en consideración al interés superior del menor y proteger los derechos de los menores, teniendo en cuenta también los de los solicitantes de adopción y los de las demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional.

El respeto en los procesos de adopción internacional de los principios inspiradores de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y del Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección de derechos del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional que recoge el artículo 3, puede ser insuficiente para prevenir la sustracción, venta y tráfico de niños, así como los beneficios materiales indebidos y la corrupción en adopción internacional. Por eso, nos parece imprescindible, tal y como la Oficina Permanente del propio Convenio recomienda, que se intente trasladar los estándares y salvaguardas del Convenio a los acuerdos bilaterales con países no contratantes del mismo, por lo que proponemos la inclusión de un párrafo en este sentido al final del artículo 3.

(b) Circunstancias que impiden o condicionan la adopción

Existe un consenso general hacia la inclusión en el apartado 4.1 del proyecto de una serie de supuestos que pueden dar lugar a no tramitar solicitudes de adopción con países que por razones de cualquier índole, no permitan garantizar en el procedimiento de las adopciones internacionales el respeto a los principios básicos referidos en el artículo 3, de modo que la no tramitación de solicitudes por parte de las entidades públicas autonómicas hacia estos países resulte legitimada.

No compartimos, sin embargo, la oportunidad de establecer esta prohibición de forma absoluta en supuestos sobrevenidos que exigen una valoración previa por parte de la entidad pública competente (si, a modo de ejemplo, en un extremo de Rusia una región se ve inmersa en un desastre natural, ¿debe paralizarse de forma automática la adopción con todas las regiones de Rusia, tal como establece el apartado 4.1 del proyecto de ley?). Nos parece más adecuado sustituir para estos casos la expresión “No se tramitarán solicitudes” por “Las Entidades Públicas competentes podrán suspender la tramitación”. Entendemos también que en estos supuestos no basta con decir que la decisión podrá someterse a la consideración previa del correspondiente órgano de coordinación interautonómica, sino que el texto debería instar a la correspondiente coordinación autonómica.

El apartado 4.3 aborda el tema de la adopción de menores extranjeros que hayan sido acogidos en programas humanitarios de estancia temporal. Enten-

demos que en estos casos el interés del menor obliga a las entidades públicas a extremar su celo en que sean cumplidos los principios éticos y jurídicos internacionales, pero a su vez a garantizar que los menores que participen en programas de acogimiento temporal, y también estén incluidos en programas adoptivos en su país de origen (como por ejemplo ocurre en Rusia y en Ucrania), no vean limitada sus posibilidades de ser adoptados internacionalmente, siguiendo siempre las leyes y normas vigentes.

(c) El Consejo Consultivo de Adopción Internacional

La creación mediante el Real Decreto 521/2005 del CCAI, como el órgano de participación y colaboración con las Administraciones Públicas competentes de todos los sectores afectados en el ámbito de la adopción Internacional ha marcado un hito importante en el terreno de la relación entre aquéllas y las asociaciones de familias adoptivas.

Con demasiada frecuencia las entidades públicas autonómicas a la hora de elaborar normativas, de diseñar programas o estructurar recursos relacionados con la adopción internacional, han ignorado que las asociaciones de familias adoptivas son las interlocutoras naturales de la población adoptada y adoptiva, y que éstas deben poder ejercer como tales su función de representación social en defensa de los intereses de los adoptantes y de los menores que éstos adoptan.

Aunque, lógicamente la toma de decisiones corresponda siempre a las entidades públicas competentes, la participación social en órganos consultivos propicia el que los intereses legítimos de todas las partes sean escuchados, así como la participación de los ciudadanos afectados en el diseño, la implementación y la evaluación de las políticas públicas.

Por todo esto, nos parece imprescindible recoger la existencia del Consejo Consultivo de Adopción Internacional en una normativa como ésta con rango de ley, dándole una entidad equivalente a otros órganos consultivos en otros ámbitos. Proponemos, por tanto, la inclusión en el texto de un artículo nuevo que incluya la definición y objetivos del CCAI, recogidos en el Real Decreto por el que se creó.

(d) Intervención de las Entidades Públicas de Protección de Menores

El anteproyecto de ley de adopción internacional se limitaba a reproducir las tres primeras letras del apartado 25.1 de la ley 1/96, de Protección Jurídica del Menor, en las que se establecen las competencias exclusivas de las entidades públicas en adopción internacional, en consonancia con el contenido del Convenio de la Haya. Sin embargo, siempre hemos entendido que las entidades públicas deben asumir su responsabilidad en el adecuado desarrollo de todo el proceso en su conjunto. Así, el proyecto actual reconoce ya esta responsabilidad al establecer en su artículo 5, a propuesta nuestra, que también corresponde a las entidades públicas:

- Organizar y facilitar la información sobre legislación, requisitos y trámites necesarios en España y en los países de origen de los menores, velando para que esa información sea lo más completa, veraz y actualizada posible.
- Facilitar a las familias la formación previa necesaria que les permita comprender y afrontar las implicaciones de la adopción internacional, preparándoles para el adecuado ejercicio de sus funciones parentales una vez constituida aquélla.
- La prestación de servicios de postadopción, incluidos los seguimientos requeridos en el país de origen del menor.

Consideramos que la ley debería establecer, además, que corresponde a las entidades públicas ofrecer apoyo técnico a adoptados y adoptantes en cualquier fase del proceso, *prestándose particular atención a las personas que hayan adoptado menores con características o necesidades especiales*, y que en este mismo sentido, es necesario diferenciar claramente el compromiso de tramitación de seguimientos postadoptivos exigidos por el país de origen y los recursos de apoyo postadoptivo a adoptados y adoptantes que las entidades públicas competentes deben establecer, desglosando para ello la letra f) del artículo 5 en dos que contemplen que corresponde a las entidades públicas:

f) La tramitación de los seguimientos requeridos por el país de origen del menor, que podrán delegar en entidades como las previstas en el artículo 6 de esta Ley o en otras organizaciones sin ánimo de lucro.

f-bis') El establecimiento de recursos cualificados de apoyo post-adoptivo para la adecuada atención de adoptados y adoptantes en la problemática que les es específica.

Finalmente, proponemos la inclusión en el artículo 5 del siguiente párrafo: *En sus actuaciones en materia de adopción internacional, las Entidades Públicas competentes promoverán medidas para lograr la máxima coordinación y colabora-*

ción entre ellas. En particular, procurarán la homogenización de procedimientos, plazos y costes.

Respetando la exclusividad de sus competencias en protección de menores y su status como autoridades centrales a efectos del CLH, creemos que la coordinación entre las Entidades públicas competentes en todas las fases del proceso de adopción internacional resulta imprescindible. La actual dispersión de procedimientos, criterios, requisitos, plazos, y servicios entre las Comunidades Autónomas resulta difícilmente comprensible a los familias españolas inmersas en un proceso de adopción internacional. Las recomendaciones de la Comisión del Senado son además claras al respecto de la necesidad de esta homogeneización.

(e) La actividad de intermediación en adopción internacional y seguimiento y control de las ECAIs

Otro de los puntos a destacar positivamente del proyecto de ley es su intento de regular las labores de intermediación con el fin de impedir el desarrollo de este tipo de actividades sin control adecuado.

Una importante novedad respecto del anteproyecto la constituye el establecimiento en el apartado 7.6 de que *Los profesionales empleados por las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional en los países de origen de los menores se considerarán personal adscrito a la Entidad, que será responsable de los actos de dichos profesionales en el ejercicio de sus funciones de intermediación.*

Aunque esta vinculación figura ya en algunas normativas autonómicas, su validez a nivel estatal ha sido reivindicado repetidamente por las asociaciones de familias adoptivas.

Además, la redacción actual del artículo 6 precisaría algunas correcciones con el fin de:

- Garantizar que la actividad de intermediación que va a atribuirse en exclusiva a las entidades colaboradoras de adopción internacional es distinta de la tramitación a través de la entidad pública competente.
- Evitar que sin control alguno, personas residentes en España intervengan poniendo en contacto a los solicitantes de adopción con personas en el país de origen del menor que, a su vez, entren en contacto con autoridades, organizaciones o instituciones de aquel país.
- Eliminar el término *funciones de intermediación* que conlleva exclusividad para la realización de estas funciones y recoger en el apartado 6.3. las funciones (de intermediación o no) que deben realizar las entidades acreditadas para la

intermediación, tal como aparecen en el artículo 25 de la Ley 1/96, junto con su intervención en el cumplimiento de las obligaciones postadoptivas.

Finalmente, proponemos sustituir el texto del apartado 6.7. *En las adopciones internacionales nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios, por el siguiente Las Entidades Públicas velarán por que nadie obtenga beneficios indebidos como consecuencia de su intervención en adopción internacional, incluyendo los gastos y honorarios profesionales y remuneraciones del personal, que en todo caso serán razonables y proporcionados. Los honorarios de las entidades colaboradores en adopción internacional serán públicos.*

Resulta mucho más preciso que el texto actual y además incluye la necesidad de que los honorarios de las entidades colaboradores en adopción internacional sean públicos, tal como recomienda la Oficina Permanente del Convenio de la Haya.

(f) Capacidad y requisitos para la adopción internacional

El artículo 10 en sus apartados 1 y 2 establece la definición de idoneidad, así como las cuestiones y aspectos a los que la valoración de la misma debe referirse. La necesidad de una homogeneidad entre las Entidades Públicas en este sentido resulta incuestionable.

El único otro aspecto relativo a la idoneidad que unifica el proyecto de ley es la vigencia máxima para la declaración de idoneidad, que establece en el apartado 10.3 en tres años desde la fecha de su emisión. Debe mencionarse que en las actuales normativas autonómicas esta vigencia máxima varía entre 2 y 5 años. Creemos que la creciente duración actual de los procesos de adopción internacional en los países de los que procede un mayor número de menores recomienda ampliar esta vigencia en la Ley a 5 años, manteniendo, en todo caso, la limitación de que no se produzcan modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de los solicitantes que dieron lugar a dicha declaración.

No se establece en el proyecto de ley, sin embargo, límite alguno para el plazo en que las entidades públicas resuelvan sobre la idoneidad de los solicitantes. Estos plazos que en algunas Comunidades están limitados por su normativa autonómica a entre 3 y 6 meses, en otras se alargan intolerablemente (en alguna hasta los 17 meses). Parece razonable introducir un límite, proponemos que 6 meses, que evite una dilación injustificable en un trámite que es obligado para los solicitantes de una adopción internacional.

Por otro lado, la aplicación por parte de las Comunidades Autónomas de requisitos y limitaciones adicionales a los recogidos en normas de ámbito estatal a los solicitantes de valoración de su idoneidad, basados a veces en criterios técnicos particulares y sin el adecuado respaldo normativo, ha dado lugar, en ocasiones, a enfrentamientos entre las asociaciones de familias adoptantes y las Entidades Públicas de protección de menores. Pensamos que una norma de ámbito estatal, como la que está en estudio debería evitar la repetición de estas situaciones.

Es por todo esto por lo que proponemos añadir al principio del apartado 10.3 el siguiente texto: *La resolución sobre la idoneidad de los adoptantes deberá ser emitida en un plazo máximo de 6 meses desde su solicitud y se basará en criterios fijados por la correspondiente normativa autonómica.*

(g) Derecho de los adoptados a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos

La regulación de este derecho en una ley de ámbito estatal nos parece muy oportuna, con las necesarias cautelas que el proyecto de ley introduce para proteger la intimidad de las personas afectadas. Sin embargo, debemos ser conscientes de que, en la práctica, el reconocimiento de este derecho en el ámbito de la adopción nacional, tal como se hace en la disposición adicional primera, al adicionar un nuevo número al artículo 180 del Código Civil resulta más relevante que en la adopción internacional. Esto es así porque en un alto porcentaje de adopciones internacionales se carece de información alguna respecto de los orígenes biológicos del menor y en los demás casos la información que obra en manos de las entidades públicas españolas coincide con la que ya poseen las familias adoptivas.

(h) Regulación de las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la adopción internacional y a otras medidas de protección de menores

La Regulación de las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la adopción internacional y a otras medidas de protección de menores a la que se dedican los Títulos II y III del proyecto, constituye una sistematización que contribuye a clarificar aspectos jurídicos como la competencia de las autoridades

españolas y la determinación de la ley aplicable a las adopciones internacionales, así como la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras. Esta sistematización creemos que contribuirá a eliminar las posibles irregularidades o prácticas fraudulentas en estos procesos.

Sin embargo, y sin modificar sustancialmente su contenido, nos parece mejorable la estructuración de estos títulos en aras de la sencillez. Por ejemplo, creemos que debe valorarse la necesidad del artículo 30, dedicado a la adopción simple o menos plena legalmente constituida por autoridad extranjera, puesto que previamente (en el artículo 26) se contempla las condiciones para la validez en España de adopciones (de forma genérica) constituidas por autoridades extranjeras y en el artículo 34 los efectos en España de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación, y la adopción simple o menos plena, en función de las características que le confiera la ley nacional del adoptado, podrá incluirse en un supuesto o en otro.

(i) Denegación de la constitución de adopción en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o desconozca la adopción

En el apartado 19.4, el proyecto de ley plantea una excepción a esta denegación, *cuando el menor se encuentre en desamparo y tutelado por la Entidad Pública española de protección de menores y no sea posible su repatriación, después de haberse puesto la situación del menor en conocimiento de las autoridades competentes de su país*. Nosotros entendemos que, como segunda excepción a esta denegación de constitución de la adopción debería contemplarse, por razones obvias, *cuando se estime que la constitución de la adopción repercute en el interés del menor*.

(j) Visado de residencia temporal por reagrupación familiar

La tramitación por parte de ciudadanos españoles de visados en favor de menores que en el país de procedencia hayan sido adoptados por estos ciudadanos debería ser contemplado como un trámite incluido en un procedimiento de adopción internacional por parte de ciudadanos españoles de un menor desprotegido en su país de origen, procedimiento en el que las Administraciones Públicas españolas deberían actuar siempre en el interés superior del menor, facilitándolo por tanto, en la medida de sus posibilidades.

Resulta difícilmente comprensible para las familias adoptivas españolas que

esta tramitación deba hacerse en el marco del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en el que, en su artículo 38, se regula la residencia temporal en virtud de reagrupación familiar derivada del *derecho a la reagrupación familiar ejercido por un extranjero residente que haya residido legalmente en España durante un año y haya obtenido autorización para residir por, al menos, otro año.*

Esta regulación resulta aún más sorprendente en el caso de que se trate de una adopción internacional plena certificada conforme al Convenio de la Haya, la cual el mismo convenio en su apartado 23.1 reconoce como de pleno derecho en los demás Estados contratantes y en su artículo 26.1 el que el reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos.

Con la finalidad de solucionar esta situación, proponemos añadir al artículo 25 del proyecto el siguiente texto: *En particular, la adopción plena certificada conforme al Convenio de La Haya de 1993 produce los efectos de validez extraterritorial, conforme a lo dispuesto en el mismo Convenio. Especialmente se reconocerán, a los efectos de la concesión de los correspondientes permisos de entrada y residencia.*

(k) Plazo de 2 años para que la familia biológica se oponga a las medidas de protección del menor

Finalmente, creemos que merece la pena destacar la inclusión, mediante el apartado 6 de la disposición adicional primera, del plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, tras el que decae el derecho de los padres que tienen suspendida la patria potestad, de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor.

Entendemos esta adición al artículo 172 del Código Civil como un primer paso hacia un necesario cambio de una mentalidad que, en demasiadas ocasiones, vincula la paternidad a la pura biología. Coincidimos con las palabras de una conocida escritora y periodista cuando afirmó recientemente *“No son padres quienes traen un niño al mundo, sino quienes le garantizan sus derechos básicos, el derecho a ser amados, a ser protegidos, a ser educados, a ser alimentados, a ser respetados. Si esos derechos fundamentales no están garantizados por la biología, la sociedad tiene que garantizarlos por medio de la adopción, la guarda o cualquier otra alternativa social. Contrariamente, nuestras sociedades convierten la adopción en un vía crucis de años, luchas burocráticas y obstáculos, dificultan la guarda con una permanente inseguridad*

y dan carta blanca a los padres biológicos para jugar con las vidas de los niños durante años”.

Confiamos en que la notoriedad y visibilidad social que la adopción internacional ha adquirido en los últimos años no nos impida cuestionarnos si las normativas que rigen la protección de la infancia en nuestro país, y en particular la de los menores que están bajo la tutela de las entidades públicas, garantizan verdaderamente que las actuaciones judiciales y administrativas se producen en todo momento en consideración al interés superior del menor y el respeto a sus derechos fundamentales.

Conclusión

La experiencia adquirida durante los últimos años de rápido crecimiento de la adopción internacional en España ha permitido establecer un conjunto de necesidades en el ámbito normativo a las que una Ley de Adopción Internacional debería dar adecuada solución.

El proyecto de Ley de Adopción Internacional sometido a debate, aunque presenta aspectos mejorables desde el punto de vista de las familias adoptivas, introduce importantes avances en el objetivo común de garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor, protegiendo los derechos de los menores, pero teniendo en cuenta también los de los solicitantes de adopción.

Las familias adoptivas pensamos que en un tema como éste, y sin renunciar en ningún caso a sus competencias exclusivas, las Comunidades Autónomas deberían hacer un esfuerzo, ya sea a través de este proyecto de ley o a través de normativas autonómicas coordinadas, con el fin de homogeneizar su regulación, adecuándola a las necesidades de menores y familias.

Ramón Rotger Canet

*Presidente de la Associació Illes Balears d'Adopcions - AIBA
Presidente en Baleares de la Asociación ANDENI
Miembro del Consejo Ejecutivo de la Federación CORA
Miembro de la Comissió de Famíles Adoptives (CFA)
Miembro del Consell d'Infancia i Família de les Illes Balears (ICIF)*

SOBRE LA ADOPCIÓN Y EL ACOGIMIENTO

Como punto de inicio quisiera remarcar dos conceptos que se barajan en el entorno de la adopción y el acogimiento, significando que:

La adopción es igual a paternidad y el acogimiento es igual a solidaridad.

Las asociaciones de familias no somos ECAIs, nuestra labor es completamente gratuita siendo el interés que nos mueve el de los menores que necesitan un hogar, una familia y el de dichas familias.

Tanto las ECAIs como las asociaciones tienen su espacio. Son completamente compatibles ya que todos estamos trabajando por el bien superior del niño.

Gracias por permitir dirigirme en nombre propio y de CORA para hablar en representación de las asociaciones de adopción y acogimiento como agentes sociales que somos.

Desde hace más de diez años venimos trabajando las asociaciones y la Federación CORA por la más absoluta legalidad y transparencia en todos los procesos de adopción y acogimiento.

Por ello, para la Federación CORA (Coordinadora en Defensa de la Adopción y el Acogimiento), que representa al grupo de familias españolas que han acogido, adoptado, o quieren adoptar a un menor, la cuestión fundamental desde el punto de vista asociativo es: ¿Por qué es tan importante una nueva ley de adopción?

Si buceamos en las épocas pasadas, comprobamos cómo toda ley unifica la dispersa normativa existente, fija límites. Límites que intentan evitar el tráfico o secuestro de niños, la adopción de menores en estado de guerra o catástrofe natural y a todos los intervinientes “dudosos” en el proceso adoptivo.

No podemos olvidar, hoy por hoy, que España es el país del mundo con mayor tasa de adopción internacional. Durante los últimos veinte años, más de

33.000 menores han sido adoptados por familias y este hecho conlleva que esos niños adoptados sean un importante puente entre las sociedades de los estados de procedencia del menor y España.

Y, además, otros 30.000 menores nacionales están institucionalizados y debemos darles unas garantías de tener un futuro digno dirigido a la posibilidad legal de tener una familia.

Por consiguiente, la Ley es importante por tres motivos:

- a) Porque ha de asegurar que todas las adopciones y acogimientos que se hagan, sean por el bien superior del menor necesitado.
- b) Por la necesidad de legalidad procesal, y
- c) Por la necesidad de seguridad y transparencia social.

La Ley es la única opción moral y legal aceptable para todos nosotros. Instamos a todas las personas en España a que tomen nota de la protección y control sobre adopciones y acogimientos, en todas sus modalidades, y que sea una prioridad nacional.

Es fundamental la creación de un marco legal que pueda designar expertos apropiados para procesar las adopciones y acogimientos; que pueda dotar de medios y formación a los intervinientes acreditados, así como no perder la objetividad para dar unos pasos de futuro ante la no complacencia absoluta con la ley actual que se debate y con la que se está trabajando.

Porque, actualmente, existen:

A. Agencias gubernamentales de adopción, que van hacia la constitución de agencias públicas "ECAIS".

B. Agencias de adopción con acreditación o licencia pública para intervenir específicamente en los procesos de adopción, denominadas como "gestorías con licencia de adopción".

C. Agencias privadas que se dedican a varias actividades, siendo una de ellas la intervención en la adopción y el acogimiento: "ONGs".

D. Las pseudoagencias. En este caso, más que agencias tendríamos que hablar de intermediarios que no cuentan con ningún tipo de licencia, ni con permiso alguno para iniciar trámites administrativos o judiciales; son lo que se conoce como "intermediarios sin licencia".

Por todo esto es por lo que se necesita ahora la acción por parte del Gobierno de España para completar y aprobar una ley que implementará a las ya existentes en su totalidad, incluyendo elementos que existen en otras constituciones de otros países para evitar daño a las familias y a los menores más necesitados.

El atraso en la acción del Gobierno únicamente significará que los menores necesitados permanezcan vulnerables.

El elemento potenciador del recurso de la Adopción y del Acogimiento Familiar ha sido la reforma de diversos artículos del Código Civil, la llamada nueva ley de adopción 21/1987.

Podemos decir que esta ley permite que sean las diversas Comunidades Autónomas las que se hagan cargo de estas alternativas y, en consecuencia, tengan que crear unos recursos para dar una respuesta a la misma.

No obstante, siendo esto una realidad, creemos que no es suficiente: Es necesaria una revisión urgente que corrija el modo en que se están llevando hasta el día de hoy los procesos de adopción o acogimiento.

Por otro lado, tanto la figura de la adopción como la del acogimiento familiar en España, no son figuras nuevas, ya que la adopción fue heredada del Derecho Romano y se recogió en la partidas, los Fueros, las recopilaciones y los códigos.

Los precedentes más modernos de la ley los encontramos en el Código Civil de 1889, aunque no fue hasta la Ley del 24 de abril de 1958 en la que realmente se introdujeron una serie de criterios que permitieron la reforma de la adopción. Posteriormente surgió la Ley del 7 de julio de 1970 y las modificaciones del 13 de mayo y del 7 de julio de 1981, hasta llegar a la ley del 11 de noviembre de 1987 en donde ya se introduce el reconocimiento del acogimiento familiar en nuestro Código Civil.

A nivel europeo, tanto la adopción como el acogimiento, tomaron fuerza a partir de las dramáticas consecuencias de la primera guerra mundial y en concreto después de los desastres ocasionados por la segunda guerra mundial.

A partir de este momento histórico surge un interés por parte de los organismos internacionales en regular estas dos figuras.

En el pensamiento contemporáneo predomina una postura a favor de un derecho articulado con una política de protección cuyo contenido consiste en una oferta amplia de ayuda para la superación de dificultades personales, familiares y sociales.

Así pues, la perspectiva básica no debe consistir sólo en el control penal de los intervinientes (acción dirigida a los resultados), en cuanto a la promoción, la protección y desarrollo integral, sino que la información y la formación de las familias, así como de los profesionales de la materia, es fundamental (acción que atiende a las causas).

La Convención sobre los Derechos del Niño, claramente establece que todo niño tiene el derecho a conocer y recibir cuidados de sus propios padres, siempre que fuere posible y reconoce explícitamente el valor e importancia de las familias en las vidas de los niños. En esta perspectiva la UNICEF y CORA creen que las familias necesitan apoyo y asistencia especial, y deben tenerlo.

Para los niños que no pueden ser educados por sus propias familias, un adecuado entorno familiar alternativo debe ser contemplado con preferencia frente a un cuidado bajo régimen de guarda institucional, que debería ser utilizado únicamente como último recurso y como una medida transitoria o temporal.

El caso de los niños separados de sus padres y comunidades en tiempos de guerra, conflicto armado o desastres naturales amerita especial atención.

No se puede presuponer que estos niños carecen de padres o parientes. Incluso si ambos progenitores hubieran muerto, es evidente que existen las posibilidades de encontrar parientes vivos, una comunidad y un hogar donde poder retornar una vez que el conflicto se calme o el desastre sea mitigado.

Por lo tanto, esos niños no deberían ser considerados aptos para adopción -nacional ni internacional- y la prioridad debería ser la localización o rastreo de sus familias. Esta posición es compartida por UNICEF, ACNUR (Alto Comisario de las Naciones Unidas para los Refugiados), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y organizaciones no gubernamentales como la Alianza Save the Children y de CORA.

Otro factor importante a tener en cuenta para la mejora evolutiva de los procesos de adopción y acogimiento en España, radica en la mejora de la patria potestad.

Este sistema de protección, cuidado, asistencia, educación y medio de suplir la incapacidad lo encontramos en nuestro Código Civil, Libro I: Título VII, Capítulos 154 al 180.

Y, siguiendo a Albaladejo, podemos definir a la patria potestad “como el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos”.

Es justo reconocer que este concepto ha experimentado una evolución en su naturaleza jurídica y en el ordenamiento actual, pues ha pasado de ser un derecho absoluto del padre, tal y como se concebía en el derecho romano primitivo y en la redacción original de nuestro Código Civil, a configurarse como un conjunto de poderes dirigidos a cumplir unos deberes y obligaciones que la ley impone a los padres.

Pero, nos encontramos con el artículo 160 del C.c. que dice: “Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”.

Sobre él, es conveniente, necesario y crucial trabajar para que se modifique su contenido (como mínimo para favorecer la adopción nacional y el acogimiento) y se explicita concretamente que:

“Cuando unos progenitores no pueden asumir con lo que obliga la Ley en el cumplimiento de la patria potestad, por causas probadas, la perderán inmediatamente y definitivamente, siempre que el menor pase a protección de menores en forma de acogimiento (permanente o preadoptivo) o adopción”.

O bien “En el caso que los progenitores estén privados temporalmente de la patria potestad y el menor quede protegido por las instituciones, pasando a acogimiento preadoptivo, transcurridos dos años, el menor pasará a adopción y romperá vínculos con su familia biológica”.

Entendemos, además, que la nueva ley debe de contener específicamente:

a) Que se adecue a las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

b) Que cualquier conducta antijurídica de los intervinientes sea sometida a un régimen jurídico especial de carácter integral y autónomo.

c) Que se reconozca expresamente el derecho del niño a que se establezca un sistema que fomente su sentido de la dignidad personal, el respeto a los derechos humanos de terceros y su integración social.

d) Reconocimiento del derecho de los niños a la defensa jurídica obligatoria, gratuita y especializada.

e) Que el juez pueda declarar que la medida tomada por la administración es innecesaria y ponerle término anticipado o sustituirla cuando la finalidad del proceso adoptivo-acogedor lo exija.

f) Regulación estricta de las condiciones, duración y objetivos de las medidas a tomar.

g) Se necesita igualmente de mecanismos para perseguir y sancionar severamente a quienes utilicen al menor para su particular tratamiento y estado de vulnerabilidad.

h) Que el protocolo público, así como las ECAIs –como ayudas sin ánimo de lucro a la administración–, sean las únicas vías legales y todo a coste cero.

Y concluyo manifestando la imperiosa necesidad de la Ley. Ley que debe ser generosa y que mire al futuro, sin reparar sólo en el presente; que siente, sobre todo, por el bien superior del menor y las familias, las bases para que todo se haga con celeridad, con eficacia y con las máximas garantías para los adoptantes, acogedores, adoptados y menores en acogimiento.

María del Mar Calvo Cortés

*Presidente de la Asociación DAGA
(Defensa, Asesoramiento y Garantías en la adopción y el acogimiento)*

Introducción:

En la Asociación DAGA consideramos que el proyecto de Ley de Adopción Internacional da respuesta a una necesidad social detectada desde muchos ámbitos, especialmente por las familias que iniciaban los procesos de adopción de menores en otros países y, que, desde 1996 se encontraban que no existía en el derecho interno un marco jurídico único ni uniforme de referencia legal más allá del Convenio de la Haya de Protección del Niño y Cooperación en materia de adopción internacional celebrado en La Haya el 29 de mayo de 1993 y ratificado por España en 1995. Puede también observarse cómo en las normas sectoriales de las Comunidades Autónomas existen sensibles diferencias entre unas y otras tanto en plazos como en procedimientos.

La necesidad de una regulación mediante norma estatal se hizo evidente en la Comisión Especial del Senado sobre la Adopción Internacional, y quedó reflejada en el Informe de Conclusiones y Recomendaciones que aprobó el Pleno del Senado por unanimidad de los grupos políticos el 16 de diciembre de 2003.

Somos conscientes de las dificultades que ha tenido el proceso de elaboración del proyecto de ley de una materia novedosa con apenas una década de experiencia, pero con gran impacto social. Por ello, damos las gracias y felicitamos a los responsables de los ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, Exteriores y Justicia que lo han hecho posible.

Desde la organización DAGA damos la bienvenida al proyecto de ley, consideramos que tanto en la regulación de la adopción internacional como en las modificaciones que contiene al Código Civil por las que introduce plazos de impugnación en los procesos de menores desamparados, incidirán de forma relevante para que los menores puedan vivir en el seno de una familia, y en su caso ser adoptados por ella. Creemos que dotará a los procesos de mayores garantías para los menores y las familias, ya que según como se regulen los procesos a nivel nacional, trasladará y desplegará sus efectos en los países de origen y sirva como ejemplo de ello la deseable vigencia en tres años del certificado de idoneidad en todas las CCAA.

La ley significará la mayoría de edad de la adopción internacional en España.

Las novedades y cambios de regulación que introduce deben ser asumidos y aplicados por la sociedad en su conjunto. De su aplicación surgirán cuestiones nuevas a las que habrá que dar respuesta, que deberán ser previstas en la medida de lo posible por todas las organizaciones que intervienen en el proceso, tal y como ocurrirá con la mayor regulación de la conversión en adopción, las adopciones simples o tutelares, en las que será necesario acreditar la legislación de los países de origen y su vigencia.

La adopción internacional es una medida de protección a la infancia. Las estadísticas, la información de las familias, y la historia reciente nos indican que en la protección de la infancia, en los países de origen las familias adoptantes han contribuido de forma destacada a que la protección de los menores constituya una preocupación global que trasciende a los intereses sociopolíticos de los Estados. Así, situaciones de infancia desfavorecida han sido reconducidas a situaciones de mejoras en los niveles de protección de los menores. Así, puede recordarse el famoso video sobre la adopción en China que en 1993 conmocionó al mundo y favoreció la adopción de cientos de menores o también la producción de decenas de programas solidarios vinculados a los orfanatos y los niños; o el caso de Rumanía donde se elaboró el informe de la Baronesa Nicolson -que podemos discutir su forma y las consecuencias que produjo en miles de familias pero que obligó a revisar todos los procesos de infancia-. También el caso de Rusia que por la situación de unos menores en EEUU, unido a otros hechos, revisó algunos procedimientos jurídicos. Sin ningún género de dudas la situación en general de los menores institucionalizados en estos países, gracias al fenómeno mundial de la adopción internacional han dejado de ser menores invisibles. Son los llamados efectos colaterales, en estos casos beneficiosos y deseables, fruto de la presión internacional de las familias y los gobiernos, lo que ha trascendido en una mayor preocupación por el bienestar de los menores, mayores dotaciones y la plasmación de la necesidad del derecho internacional de que se cumplan y respeten sus derechos como individuos.

Realidad social en la que se aplicará la Ley

La realidad de la adopción internacional es que España se ha convertido en términos relativos en el país que más adopta en el mundo, y en términos absolutos se coloca detrás de EEUU o Canadá.

Los procesos de adopción nacional e internacional en cifras, obtenidas del Boletín Estadístico 2005 del Ministerio de Asuntos Sociales, nos indican:

a) Adopción internacional

- 1997-2006, han llegado 33.400 menores.
- 2000-2006, se han otorgado 42.318 idoneidades.
- 2004, 11.200 solicitudes de valoración de idoneidad.
- 20.000 familias aproximadamente en 2007 pueden estar esperando una adopción.

b) Medidas de protección de infancia nacional

27.000 niños de media, anualmente son tutelados por las CCAA (acogimientos residenciales y algunos acogimientos familiares). Según los expertos podrían ser adoptados cerca del 10%.

En 2005, tan sólo 640 menores fueron adoptados nacionalmente. Las causas de la baja cifra de adopciones se constata en que existen importantes dificultades en los procesos y pocas garantías, y muchos menores pasan su vida en centros de acogida.

Debemos señalar que los expertos nos indican que una de cada cuatro familias tiene dificultades para tener hijos, y que el veinte por ciento de familias adoptantes tiene hijos biológicos.

Valoración del proyecto de ley

La opinión de la Asociación DAGA sobre el proyecto de ley se resume de forma rápida y sintética en las ideas siguientes:

* Da carta de naturaleza con rango de ley especial y sustantiva a una materia en la que existían abundantes lagunas, regulaciones reglamentistas sectoriales, dotando al sistema de mayor seguridad jurídica y garantías para los menores y las familias en las distintas fases del proceso.

* Implica la progresiva y necesaria intervención pública en el Derecho de familia. La adopción de menores era un proceso históricamente regulado por el derecho privado, que en apenas dos décadas se ha convertido en proceso mixto en el que la intervención de lo público de las Administraciones en la fase inicial, cobra cada vez mayor importancia, y condicionando la fase final o la efectiva constitución del vínculo de filiación.

* Regula en un texto normativo único la intervención de los diferentes poderes públicos. Así junto a las tradicionales áreas de protección de la infancia y

asuntos sociales, la regulación ex novo de procesos y procedimientos judiciales (ej: los procesos judiciales para la conversión en adopción plena de adopciones simples o tutelas) y en otros mejorando sustancialmente la legislación aplicable (la inscripción registrada de la adopción).

* Introduce criterios para determinar la internacionalidad de la adopción, y la aplicación del derecho interno a la misma, que a nuestro juicio beneficiará de forma sensible a las familias y menores, al dotar de mayores garantías jurídicas en el proceso.

* Se ha rescatado y potenciado una figura histórica en nuestro derecho, la “adopción consular” prevista en el Código Civil, que requerirá una mayor intervención del Ministerio de Asuntos Exteriores, que supondrá al mismo tiempo un importante esfuerzo en la organización y potenciará el control de legalidad y las garantías de los procesos en los países de origen.

* Regula de forma única y homogénea para todas las Comunidades Autónomas qué debe entenderse por “idoneidad”, estableciendo su vigencia y proceso de impugnaciones. A nuestro juicio, se deberían haber incluido los parámetros objetivos de valoración.

En este punto consideramos que sería deseable mejorar la formación de los profesionales y de las familias que intervienen en el proceso. Familias, funcionarios, psicólogos y juristas deben conocer y formarse en la complejidad de la adopción internacional de menores.

* Estimamos que se da un tratamiento insuficientemente a la importante función que desarrollan las entidades colaboradoras de adopción internacional. La expansión del fenómeno de la adopción internacional, el número de menores adoptados en España sólo se puede explicar y entender gracias a su existencia. Actualmente las ECAIs (aproximadamente 30), gestionan el 60-68 % más o menos de todas las adopciones que se realizan. La mayoría en su configuración actual, han superado su origen de asociaciones de padres, que ayudaban a otros padres, con una visión de ONG, para ser en la actualidad auténticas organizaciones profesionalizadas de prestaciones de servicios a las familias para la adopción internacional con carácter multinacional, que tienen organización propia en uno o varios países de origen de los menores. Tienen limitadas legalmente la obtención de beneficios financieros o la distribución de dividendos entre sus socios, prestan servicios esenciales a las familias y ejercen la representación de los padres ante las autoridades de los países de origen de los menores, facilitando la cooperación interadministrativa. En este sentido sería deseable que tanto las ECAIs como entidades públicas incluyeran criterios de transparencia en la gestión.

Creemos que debe desarrollarse con mayor precisión la verificación de la “adoptabilidad de los menores”. Una de las dificultades con que nos encontramos es que una parte importante de los países de origen de los menores, no han ratificado el Convenio de la Haya (por ejemplo, Rusia), y de no desarrollarse este punto puede dar lugar a dificultades en el futuro. La adoptabilidad de los menores está indisolublemente vinculada al principio de subsidiariedad de la adopción internacional y al interés superior del menor de la adopción internacional. Es decir, si a tenor de los Convenios Internacionales consideramos que el “interés superior del menor” es que crezca, se desarrolle y eduque en el territorio en el que ha nacido, en la sociedad a la que pertenece, y en el seno de una familia. Todas las sociedades protegen a la infancia: si los padres no pueden cuidar a sus hijos, o han sido privados de ellos, son cuidados por la familia extensa (tíos-primos abuelos); si no es posible, se busca que el menor sea cuidado por otra familia en el entorno natural; y cuando estas medidas de cuidado y protección no se dan surge la institucionalización y la subsidiariedad de la adopción internacional. Por ello es preciso verificar y determinar que en el menor que se va adoptar internacionalmente se han cumplido estas circunstancias, ya que si tiene familia ésta deberá renunciar al cuidado y prestar el consentimiento para la adopción, salvo que esté privada de la patria potestad. En defecto de ésta serán las Autoridades que determine la legislación del país de origen, y previa verificación de los requisitos legales, las que presten el consentimiento en el acto jurídico notarial o administrativo de constitución de la adopción.

Es importante que las Autoridades Centrales españolas, cuando reciban la asignación, conozcan si el menor asignado está tutelado porque ha sido abandonado, o por que su familia (corta o extensa) no puede –o no quiere– atenderlo, y sobre todo qué organismo del país de origen “prestará u otorgará” el consentimiento para la adopción del menor.

* Introduce como novedad importante en nuestro ordenamiento jurídico los indicadores objetivos para poder determinar los países que atraviesan determinadas circunstancias que no ofrecen garantías para adoptar menores.

* Prevé la modificación, revisión o nulidad de la adopción internacional, pero nos hubiera gustado que hubiera incluido indiciariamente casuística para su apreciación.

* Sería deseable que se creara un organismo especializado similar al MAI (Misión de Adopción Internacional) francés o a la Comisión de Adopción Internacional italiana, que desarrollan funciones de interlocución directa y especializada con los países de origen.

* Así mismo creemos que sería conveniente que con la Ley de Adopción

Internacional se hicieran las modificaciones legales precisas, en la legislación de extranjería, para evitar a las familias españolas tener que tramitar un visado de reagrupación familiar para que los menores puedan entrar en España.

* Consideramos positivo el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes, pero al estar directamente vinculado con el deber de archivo y custodia de documentos creemos que debería existir obligación expresa de conservación y custodia de los mismos.

* En adopción nacional, mejora los niveles de protección de menores desfavorecidos al establecer plazos en la regulación de las impugnaciones de declaraciones de desamparo de menores y plazo para la recuperación de la patria potestad por cambio de las circunstancias que determinaron la declaración de desamparo de los menores, y la asunción de la tutela de los mismos por las CCAA.

* Y, por último, la regulación por la que se establece la prohibición de que los menores acogidos internacionalmente sean adoptados nos parece que vulnera la Declaración de Naciones Unidas de Derechos del Niño, y es a todas luces intolerable. Creemos que debe modificarse esta regulación en el sentido de condicionar la posible adopción de estos menores a que el acogimiento haya finalizado y que los mismos estén incluidos en sus países de origen en procesos de adopción internacional.

A pesar de que no es una función de los notarios la intervención en los procesos de adopción internacional, en muchos casos aquélla se requiere para legalizar y apostillar documentos. O, por exigencias del país de origen del menor, para que las familias realicen fehacientemente la aceptación de las asignaciones o preasignaciones de menores como ocurre con Rusia. En el desarrollo de su función son expertos por naturaleza en derecho privado, y de familia singularmente, y en esta actuación examinan el documento de asignación del menor, que deberá reunir los requisitos esenciales de tener la autenticidad, e información sobre la adoptabilidad del menor, y los consentimientos para su validez.

Clausura

Juan Bolás Alfonso

Jesus López-Medel Báscones

Amparo Valcarce García

Juan Bolás Alfonso

Notario y Patrono de la Fundación Æquitas

Intervengo en estas Jornadas en mi condición de Patrono de la Fundación Æquitas y en su día, en el año 1999, fundador de la misma. Como Patrono de Æquitas, quiero agradecer a todos los que han colaborado en este foro, especialmente a la Obra Social de Caja Madrid y a las personas que me acompañan en la mesa.

Es cierto que Æquitas ha dedicado mucho esfuerzo al tema de la discapacidad, pero no es menos cierto que, conforme a sus Estatutos, el objetivo de Æquitas es mucho más amplio: se trata de dedicarse al estudio y al desarrollo de todos aquellos temas que puedan colaborar en la mejora de la situación de colectivos necesitados de una especial protección. Por eso, no puede faltar Æquitas cuando se habla de los niños, de la infancia.

Nosotros, en Derecho, siguiendo al profesor Federico de Castro, decimos que los menores no son incapaces, los menores son capaces pero con limitaciones por lo que es preciso establecer medidas de protección que impidan que se abuse de ellos. No se trata de medidas propiamente restrictivas, como sucede en algunos otros casos, sino de medidas protectoras basadas en el interés del menor. Y, ciertamente, esta idea se ha expandido de forma universal y ya existen textos de ámbito y valor internacional que difunden estos planteamientos, esa necesidad de la protección del menor que explica, por ejemplo, la creación en muchos países de la figura del defensor del menor.

Cuando se reflexiona sobre la problemática de la adopción y, sobre todo, de la adopción internacional, para darle una regulación, es imprescindible mantener siempre como criterio directriz el interés del menor, pero no como algo difuso y abstracto sino como algo concreto: el adecuado desarrollo de la personalidad del menor en las circunstancias socio-políticas en las que debe vivir.

Por eso, hablando ahora desde el punto de vista profesional, como jurista, y como notario, debo decir que para los notarios, como controladores de la legalidad de los documentos que autorizan, toda esta materia tiene una gran importancia.

Fíjense que casualidad, esta semana todos los notarios hemos recibido una circular del Consejo General advirtiéndonos de que la policía ha detectado redes de prostitución de niños, redes que en varios casos se basaban en poderes notariales. El mecanismo utilizado es el siguiente: Unos padres van al notario, y alegando que tienen que ausentarse de España, solicitan otorgar un poder

Adopción: Seguridad jurídica e interés superior del menor

Clausura

notarial, general, para que otra persona, como apoderado, se encargue del cuidado y gestión de todos los asuntos relacionados con la hija menor de edad de los poderdantes.

Son, aparentemente, simples poderes de carácter circunstancial, que, en principio no planteaban dudas que justificaran su rechazo, teniendo en cuenta que la función notarial es un servicio público y, por tanto, tienen que darse razones muy concretas para negarlo.

Sin embargo, tras esa apariencia formal de legalidad se esconde una actuación punible y socialmente repugnante y altamente lesiva para los intereses del menor.

Destapada la trama por la policía, y advertidos los notarios de que “se están utilizando los poderes para la explotación de niños en redes de prostitución”, se han adoptado medidas de mayor cautela para el otorgamiento de este tipo de poderes.

Este es sólo un ejemplo de la trascendencia práctica de la materia que motiva esta breve intervención.

Comprenderán vds. que no es ni muchísimo menos ajena la materia a nuestro quehacer diario, más aún cuando los niños utilizados siempre son de otras nacionalidades distintas de la española. Por eso vemos con muy buenos ojos todos los esfuerzos que se hacen para poner orden y mejorar la situación de la adopción y, sobre todo, la adopción internacional.

En realidad, todos destacamos en la adopción un aspecto muy positivo como es el dar una nueva oportunidad a aquellos niños que, por las condiciones en que nacieron y las circunstancias socio económicas de su país, no han tenido realmente la posibilidad de desarrollar su personalidad plenamente.

Todos vemos en la adopción la puerta a la esperanza de una nueva vida y todos tenemos conocidos que ha adoptado niños iberoamericanos, niños de la Europa del Este, niños asiáticos, africanos, etc.

Lo delicado de la cuestión, a mi modo de ver, está en que siempre que se habla del adecuado desarrollo integral del niño se está pensando en la familia, se está pensando en proporcionarle un adecuado ámbito familiar. Y es en este punto en el que surgen los problemas derivados del distinto concepto de la familia que existe en los diversos países.

En efecto, el concepto de “familia” es un concepto arraigado en la cultura de cada país que presenta notables divergencias.

Y estas divergencias marcan la diferencia entre la adopción internacional y la adopción interna en la que existe un tratamiento mucho más uniforme del concepto de familia.

Así, por ejemplo, en España se acepta que junto a la idea clásica de la familia existen otras nuevas formas de familia. Sin embargo, esto no es así en otros países y, sobre todo, curiosamente en los países menos desarrollados, que suelen ser la mayor fuente de adopciones. En estos países sus conceptos de familia distan bastante de los nuestros.

Por eso, a la hora de hacer una normativa que pretende tener un alcance más allá de nuestras fronteras, es natural que se tropiece con problemas de Derecho Internacional, problemas que, una vez más, se tratan de superar acudiendo al recurso inagotable del orden público, de manera que, en materia de adopción internacional, nunca se aceptarán aquellas reglas que sean contrarias al orden público.

No me quiero extender, pero después de leer el texto, he llegado a la conclusión de que para mí, al margen de todos los procedimientos y medidas, el centro de todo está en el art. 10, es decir en la valoración de la idoneidad de los adoptantes.

Esta materia forma parte del Derecho de Familia, con componentes públicos y privados. Al igual que la tutela imita a la patria potestad, la adopción imita a la filiación. Y en el Derecho de Familia, los derechos no son tales, como poder de exigir, son funciones, se da un derecho para que se ejercite una función. El padre no tiene un derecho a la patria potestad, tiene una carga y una función que cumplir.

Por ello, el derecho a adoptar, se subordina al interés del niño.

El proyecto de ley, tanto en la exposición de motivos como en el artículo 2º define perfectamente como objeto prioritario del proyecto normativo el interés del menor. Pero este interés ¿en qué se traduce en el día a día? La respuesta es clara: en vivir en un núcleo familiar adecuado. Y eso significa que los adoptantes tienen que estar en condiciones de cumplir sus compromisos.

Por ello, como dije, es pieza básica la declaración de idoneidad, la declaración de que los adoptantes merecen serlo, basada en una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes y de su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, así como sus habilidades educativas y su aptitud para atender al niño en función de sus singulares circunstancias así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción.

Realmente es una formula amplísima que va a poner en juego la sensibilidad de las autoridades que tengan que apreciar esta idoneidad, porque es un conjunto de circunstancias muy amplias. No se trata, en absoluto, de romper la igualdad de los ciudadanos, pero sí de atender a las circunstancias concretas en

Adopción: Seguridad jurídica e interés superior del menor

Clausura

orden a esa estabilidad y a esa posibilidad –por sus circunstancias racionales, personales y psicosociales– de atender al interés del menor.

Por lo demás, el texto es consciente de los posibles conflictos con el derecho nacional extranjero. Baste pensar, por ejemplo, cuando se dice que el adoptado tiene derecho, después de la adopción, a conocer su origen salvo que lo prohiban sus leyes de origen.

En suma, estamos aplicando un conjunto normativo muy delicado, es un juego de equilibrios y, como Patrono de *Æquitas* y notario en ejercicio, lo que tengo que hacer es aplaudir el esfuerzo.

Además, siempre es de alabar, a nivel normativo, que se termine con la dispersión. Es muy importante tener claras las reglas del juego, saber a qué atenerse y, con este proyecto de ley se moderniza la materia dedicándole una ley específica y adaptando el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De esta manera, se cubre en esta materia el objetivo, para nosotros muy familiar, de la seguridad jurídica. En otras palabras, se trata de facilitar las adopciones pero con mucha prudencia, siempre manteniendo el objetivo de la seguridad jurídica en las adopciones internacionales, para evitar estos fraudes y abusos que, como decía al principio, se producen en la vida cotidiana.

Jesús López-Medel Bascones

*Director de la Jornada
Patrono de la Fundación Æquitas
Diputado*

Concluye aquí una Jornada, ciertamente intensa y confío que, también, fructífera. Esta mañana he hecho una alusión y reivindicación al papel del Parlamento con referencias muy claras e inequívocas al proyecto de ley de Adopción Internacional calificándolo como un texto mejorable pero muy positivo.

A partir de ahí, mi misión ha sido posibilitar que otros pudiesen ser voz, pudiesen expresar pensamientos, ideas y opiniones. Ahora mi papel es dejar que ustedes consoliden el poso de lo que los ponentes nos han dejado en sus interesantísimas aportaciones.

Quiero decirles que ha sido un gran honor para mí dirigir esta Jornada. Concluye aquí el trabajo de cinco meses desde que se gestó, junto con Almudena Castro-Girona y Blanca Entrena, la idea de celebrar este encuentro. Ello me ha dado la oportunidad de seguir aprendiendo y seguir conociendo y tratando a personas muy interesantes.

Hay algo que esta mañana decía uno de los intervinientes y es la complicidad de aquellos que hemos tenido una experiencia vital a compartir. Como director de esta Jornada sobre adopción he puesto todo el conocimiento que tengo, he puesto mucho tiempo, pero lo que he puesto muchísimo ha sido pasión, por utilizar una expresión que mi compañero y amigo Mario Bedera ha empleado y al que agradezco sus palabras afectuosas cuando se ha dirigido a mí.

Junto a una representación plural del ámbito asociativo, hemos contado con un representante de cada uno de los sectores jurídicos de las áreas en las cuales inciden en esta materia igual que en el ámbito de la Administración. Asimismo, a nivel gubernamental hemos tenido un representante del Ministerio de Justicia, que envió el texto al Consejo de Ministros, a través de la Directora General de los Registros y del Notariado; ha tenido presencia el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación a través del Subsecretario e, igualmente, ha tenido también voz el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de la persona más cualificada, Amparo Valcárce, Secretaria de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad.

Sólo me queda desear, utilizando una expresión de Mar Calvo, que los padres y madres de la Patria (en referencia a los diputados y diputadas) se conviertan en padres o madres acogedores y adoptivos de las ideas que aquí han

Adopción: Seguridad jurídica e interés superior del menor

Clausura

dejado expresadas los intervinientes y también de los sentimientos de todos ustedes. Porque esto precisamente, sentimientos, convicciones y compromiso, es lo que les ha motivado estar aquí y, por ello, les expreso mi sincera felicitación, mi ánimo para seguir adelante y mi gratitud por su presencia.

Amparo Valcarce García

Secretaria de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad

Es para mí una satisfacción participar en este acto de clausura de la jornada sobre adopción y protección a la infancia.

Desde la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad se está trabajando muy intensamente en adopción internacional, en colaboración con las Entidades Públicas de Protección de Menores de las Comunidades Autónomas y con los Ministerios afectados: el de Asuntos Exteriores y Cooperación y el de Justicia, principalmente, además, de la relación permanente que se mantiene con las autoridades centrales competentes en adopción de los países de origen de los menores y con las autoridades públicas de países europeos con los que compartimos información y experiencias.

La adopción internacional ha adquirido en nuestro país unas dimensiones e importancia que hace necesaria la implicación y coordinación de los diferentes poderes públicos, para dar respuesta a la progresiva demanda de las familias españolas y, de forma prioritaria y fundamental, para garantizar el interés superior de los menores que son adoptados, para que puedan ver mejor satisfechas sus necesidades vitales y de desarrollo personal en el seno de una familia española.

Por ello, abordar las necesidades y situaciones presentes y profundizar en el establecimiento de mayores garantías y seguridad en el proceso de adopción es una de las prioridades del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, al que hoy tengo el honor de representar.

Intervenimos en varios ámbitos y frentes de actuación:

- Diariamente, participamos en la tramitación ordinaria y en la relación con los organismos oficiales de los países de origen de los menores, a través de las Embajadas españolas, así como en los foros de coordinación.

- Desde el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se promueve la necesaria coordinación institucional con los demás Ministerios y con las Entidades Públicas de las Administraciones Autonómicas. Esta coordinación tiene lugar principalmente en la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales y en las reuniones Interautonómicas.

Por otra parte, quiero referirme especialmente al Consejo Consultivo de Adopción Internacional, aprobado por Real Decreto de 13 de mayo de 2005, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, cuya constitución consideramos que ha sido determinante, dando respuesta a la recomendación de la Comisión Especial del Senado sobre Adopción Internacional.

Este órgano colegiado se ha consolidado como un foro fundamental de participación con todos los sectores sociales afectados: asociaciones de padres adoptantes, asociaciones de hijos adoptados, entidades colaboradoras de adopción internacional –ECAIs– y otras entidades de carácter social, educativo o científico relacionadas con el ámbito de protección de menores.

El Consejo Consultivo de Adopción Internacional facilita la coordinación en materia de adopción internacional.

El proyecto de ley de Adopción Internacional, sobre el que ha girado esta Jornada que ahora se clausura, ha supuesto un especial esfuerzo y dedicación para el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que ha incorporado al proyecto la realidad, inquietudes y expectativas que se estaban planteando en el ámbito de las entidades públicas de protección de menores, entidades colaboradoras y colectivos familiares.

También ha sido un objetivo básico el establecimiento de un marco legal adecuado para la adopción internacional. Por eso hemos trabajado intensamente en el texto de esta futura ley, por considerarla fundamental para el establecimiento de mayores garantías y respeto de los intereses de los menores a adoptar, a la vez que para dar respuesta y seguridad jurídica a las demandas de las familias españolas, en un proceso tan complejo como el de la adopción.

Por otra parte, en la fase de elaboración del proyecto ha sido de gran relevancia la labor llevada a cabo en el Consejo Consultivo de Adopción Internacional y en las Comisiones Interautonómicas. Ha permitido un trabajo riguroso y comprometido de todas las instituciones públicas y privadas, facilitando el consenso sobre el texto, en el que se han incorporado los resultados del debate abierto y directo mantenido en estos foros y de las diferentes propuestas planteadas, lo que ha facilitado la magnífica acogida social que ha tenido el proyecto de ley remitido por el Gobierno al Parlamento.

Quiero destacar que hemos mostrado un especial interés en aprovechar este proyecto de ley para regular otros aspectos relacionados con la protección a la infancia.

Y me refiero a cuestiones que se han introducido en las disposiciones finales del proyecto de ley, como la modificación del artículo 154 del Código Civil, para desechar cualquier duda de la improcedencia de utilizar métodos educativos violentos con los niños y niñas; el establecimiento de un plazo para poder recurrir las resoluciones de desamparo, y el plazo durante el cual los padres pueden recuperar la patria potestad y la custodia y oponerse a las medidas de protección que se propongan o adopten por dichas entidades, asuntos que se han tratado hoy en esta Jornada.

Estamos convencidos de que todas las cuestiones que afectan al futuro de los niños y niñas deben resolverse y aclararse con la mayor rapidez, evitando situaciones de indeterminación que tanto daño pueden ocasionarles.

Por eso, deseo mostrar mi reconocimiento a todos los que han participado en esta jornada celebrada en un marco tan especial como el Congreso de los Diputados, y a quienes han aportado su trabajo para hacer realidad la Ley de Adopción Internacional.

Adopción: Seguridad jurídica e interés superior del menor

La Fundación Æquitas es una entidad social dedicada a impulsar el desarrollo social de los sectores más necesitados de promoción y desarrollo. Aplica así –y con toda intensidad– su atención a sectores como las personas con discapacidad, mayores o las que, en general, se encuentran en cualquier situación de dependencia, los inmigrantes, etc.

Entre estos ámbitos a los que se dirige la acción de la Fundación está también la protección de la infancia, como uno de los grupos sociales que han de requerir una atención importante por los poderes públicos y los agentes sociales. Singularmente la referida a los niños/as que, por sus circunstancias, pueden requerir una atención o protección adicional por encontrarse en situación de riesgo, desamparo, etc o con necesidades especiales tanto material como afectivamente.

De hecho, una mayor conciencia de atender a estas pequeñas personas ha hecho que, por diversos motivos, cada vez más familias –también monoparentales– decidan acoger o/y adoptar un niño/a que sin ser biológicamente suyo va a encontrar un hueco no sólo en su hogar sino también en su corazón. La experiencia dice que, aún contando que no es tarea fácil, se van entretejiendo unos vínculos de amor especialmente intensos entre quienes integran una familia unida, no ya por los importantes nexos sanguíneos sino también por los no menos importantes vínculos del corazón.

Precisamente en España se está viviendo esa experiencia de modo creciente cuando, tras estos últimos diez o quince años, nos hemos convertido en el país del mundo con más adopciones en proporción a la población o en el segundo, tras Estados Unidos, en cifras absolutas.

Todo este fenómeno requería la adecuación de la normativa española que fuese aprovechada también como ocasión para mejorar algunas prácticas por parte de los diversos actores que intervienen en un proceso de adopción o acogimiento.

Desde la idea de participación, la Fundación Æquitas promovió junto con el Congreso de los Diputados una Jornada sobre el proyecto de ley en la que todos los sectores implicados pudieron aportar ideas y propuestas que contribuirían a hacer más positiva la Ley de Adopción Internacional.

