

EN TORNO AL TRATAMIENTO DE LA ADOPCION EN LA CONVENCION DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

M.^a VICTORIA MAYOR DEL HOYO
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA PROTECCION DEL MENOR POR EL ESTADO. 1. Legitimación de la intervención del Estado. 2. Obligación de los estados de garantizar la protección. 3. Enumeración de las formas de protección. 4. Continuidad. III. LA ADOPCION INTERNACIONAL COMO MECANISMO DE PROTECCION. IV. CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LOS ESTADOS: COMITE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. V. EL INFORME DEL GOBIERNO DE ESPAÑA SOBRE EL DESARROLLO DE LOS CONTENIDOS DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCION

Sobre la base de la Resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que contenía la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y el bienestar de los menores (1), la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, el 20 de diciembre de 1989 (2), la Convención sobre los

(1) A lo largo del estudio haré referencia a aquellos principios de esta Declaración que resulten interesantes en cuanto orientadores de la Convención.

(2) La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el 34 período de sesiones, celebrado en 1978, pidió al Secretario General que preparase un informe

Derechos del Niño (3). La Convención fue bien recibida y en seguida ratificada por un elevado número de países entrando en vigor, con carácter general, el 2 de septiembre de 1990.

Los antecedentes de la Convención de 1989 están en la Declaración de Derechos del Niño adoptada por la Sociedad de las Naciones el 26 de septiembre de 1924 y en la Declaración de Derechos del Niño adoptada a su vez por la ONU el 20 de noviembre de 1959. Estas Declaraciones tenían más bien carácter programático y únicamente estaban dotadas de fuerza moral, pero la Convención de 1989 es vinculante para los países que la ratifiquen (4).

En nuestro país posee este carácter vinculante en cuanto que España firmó la Convención el 26 de enero de 1990, la ratificó el 6 de diciembre de 1990, se publicó en el BOE el 31 de diciembre de 1990 y entró en vigor el 5 de enero de 1991, de conformidad con el artículo 49 de la misma.

sobre el proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño presentado por Polonia —el 7 de febrero de 1978—, en el que se incluyesen las opiniones, observaciones y sugerencias de los Estados miembros, los organismos especializados, las organizaciones intergubernamentales regionales y las organizaciones no gubernamentales competentes —algunas de las que participaron son: Amnistía Internacional, Asociación Internacional de Derecho Penal, Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia, Comisión Internacional de Juristas, Consejo Internacional de Bienestar Social—. En los períodos de sesiones siguientes (35 a 44) la Comisión continuó el examen del proyecto: estableció un Grupo de Trabajo abierto a todos los miembros, que se reunía una semana antes de cada período. La Asamblea General, preocupada por la crítica situación de los niños en muchos lugares del mundo, en la Resolución 42/101, de 7 de diciembre de 1987, pidió al Secretario General que autorizara la convocatoria del grupo de Trabajo para un período adicional de una semana durante el período de sesiones de enero de 1988, para que completara un proyecto de convención y facilitara su conclusión en 1989, año del trigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño y del décimo aniversario del Año Internacional del Niño. Pidió también la Asamblea a la Comisión que no escatimara esfuerzos para completar la redacción del proyecto y presentarlo a la Asamblea en 1989. Cfr. NACIONES UNIDAS, *Actividades de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos* (XL), Nueva York, 1992, p. 250; RODRIGUEZ MATEOS, "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989", *REDI*, vol. XLIV (1992), 2, pp. 465 y 466; BENNOUNA, "La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant", *Annuaire Français de Droit International*, XXXV-1989, pp. 433 y 434.

(3) De conformidad con la terminología oficial utilizaré el término *convención*. Cfr. BOE de 31 de diciembre de 1990.

(4) Cfr. MELIA LLACER, "La protección internacional de los Derechos de los Niños", *RGD*, año XLV, n.º 536, mayo 1989, p. 2924; RAYMON, "La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance", *La Semaine Juridique*, 1990-I, doctrine, n.º 3451, punto 3.º; LONGOBARDO, "La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo", *DFP*, 1991, n.ºs 1-2 (enero-junio), anno XX, p. 374; MIRALLES SANGRO, "La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño", *AC*, n.º 39, semana 21-27 octubre de 1991, p. 526; DOGLIOTTI, "I Diritti del minore e la Convenzione dell'ONU", *DFP*, 1992, n.º 2, (abril-junio), anno XXI, p. 303; RODRIGUEZ MATEOS, *La protección jurídica del menor...*, cit., pp. 467 y 496.

Recordemos que de acuerdo con el art. 96 de la Constitución los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Y el art. 1.5 del CC declara asimismo que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no son de aplicación directa en España, en tanto no pasen a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el BOE. Así pues, la Convención forma parte de nuestro derecho interno y ha de ser aplicada, como tal.

Pero, además, según el art. 10.2 de la Constitución, la Convención sirve para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce.

El problema es que en la mayoría de los casos las partes no la invocan, y si lo hacen los tribunales suelen ofrecer resistencia a aplicarla.

La Convención se estructura del siguiente modo:

- Preámbulo.
- Tres partes:
 1. Catálogo de derechos.
 2. Medios para ponerlos en práctica.
 3. Normas sobre la Convención.

La Convención actúa como testigo del cambio que se ha producido en el tratamiento jurídico del menor. Se ha pasado de "enfoques paternalistas hacia el respeto efectivo de la persona del menor, como verdadero titular de derechos" (5).

Derechos que la Convención reconoce en su primera parte, dedicada a establecer la relación de los derechos del niño. En este elenco incluye derechos que las Declaraciones de 1924 y 1959 dejaron fuera. Tal es el caso de los derechos relacionados con la adopción. No es de extrañar que la Convención, en los arts. 20 y 21, regule la protección del menor privado de ámbito familiar propio y, especialmente, la adopción. Hay que tener en cuenta que la adopción en el ámbito internacional constituye un fenómeno mundial en alza que conlleva numerosos problemas, tanto jurídicos y administrativos como humanos (6); las razones pueden buscarse fundamentalmente en la distancia geográfica y en las diferentes culturas jurídicas existen-

(5) PEREZ VERA, "El menor en los convenios de la Conferencia de La Haya", *REDI*, vol. XLV (1993), 1, p. 113. Sobre el menor como sujeto de derechos, *vid.* también: LONGOBARDO, *La Convenzione internazionale...*, cit., pp. 377, 383 y ss., DOGLIOTTI, "I Diritti del minore...", cit., p. 304.

(6) Sobre tales problemas, *vid.* MAYOR DEL HOYO, "Notas acerca del Convenio de La Haya sobre adopción internacional", *RDP*, (en prensa).

tes (7). Los ordenamientos nacionales no son capaces de hacer frente a semejantes problemas y corresponde a la comunidad internacional dar soluciones (8). Pero la forma en que se ha venido abordando la adopción internacional no ha sido satisfactoria (9). De ahí que la ONU, intentando arrojar luz sobre el tema, lo incluya en la Convención de 1989 (10).

Hay que partir de la consideración de que la adopción regulada en estos artículos es la relativa a los menores, puesto que éste es el ámbito de aplicación de la Convención y los propios arts. 20 y 21 hablan expresamente de “niños” cuando se refieren a ella.

En este sentido, el art. 1 declara que *para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*

A pesar de que la Convención utiliza continuamente el término “niño”, pudiendo crear confusiones en cuanto a la aplicabilidad de la propia Convención sobre los que alcanzan determinadas edades (quince, dieciséis... años), se refiere a los menores de edad; así lo aclara, como vemos, al final del art. 1. No obstante, hay que observar que puede resultar inaplicable la Convención a determinados menores de edad: aquellos que pertenecen a países donde la mayoría de edad se adquiere después de los dieciocho años. Y, por consiguiente, no les serán aplicables las reglas sobre adopción que la Convención regula.

Pasamos ahora a analizar los arts. 20 y 21 (11); posteriormente, me referiré al instrumento diseñado por la Convención para examinar los

(7) Cfr. “Conclusions de la Commission Speciale de juin 1990 sur l’adoption d’enfants originaires de l’étranger établies par le bureau permanent”, en el Anexo de BORRAS RODRIGUEZ, “Conferencia de La Haya de derecho internacional privado: Comisión Especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero (La Haya, 11-21 de junio de 1990)”, *REDI*, vol. XLII (1990), p. 698.

(8) Cfr. BORRAS RODRIGUEZ, “La adopción de niños procedentes del extranjero: el futuro convenio de La Haya”, *Infancia y Sociedad*, n.º 12, noviembre-diciembre 1991, p. 8.

(9) Cfr. *Conclusions de la Commission Speciale...*, cit., p. 698.

(10) Posteriormente, y sobre la base de la Convención, la Conferencia de La Haya elaboró el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de fecha de 29 de mayo de 1993. Convenio que ha sido recientemente firmado por España, en concreto el 27 de marzo de 1995 —*vid.* el Instrumento de ratificación en el BOE de 1 de agosto 1995—. Sobre el Convenio *vid.* MAYOR DEL HOYO, *Notas acerca del Convenio de La Haya...*, cit.

(11) Sobre estos artículos y en relación con el ordenamiento italiano, *vid.* ROSSI CARLEO, “Convenzione sui Diritti del Fanciullo. Commento agli artt. 20 e 21”, en *La Convenzione dei Diritti del Minore e l’Ordinamento Italiano*, dirigido por SAULLE, Nápoles, 1994, pp. 73 y ss.

progresos realizados por los Estados parte en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la Convención —algunas de las cuales vamos a estudiar a continuación—: el Comité de los Derechos del Niño. Por otra parte, a lo largo del estudio, indicaré (en letra más pequeña) la situación jurídica española en relación con determinadas cuestiones, cuando así lo estime oportuno. Y, al final, abordaré el tratamiento recibido por la Convención en nuestro país fijándome en el Informe relativo a la adecuación de España a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño.

II. LA PROTECCION DEL MENOR POR EL ESTADO

El art. 20 (12), dividido en tres párrafos, justifica, en primer lugar, la intervención del Estado para proteger a los menores que se encuentran en determinadas circunstancias; posteriormente, pasa a obligar al Estado a garantizar dicha protección; y, por último, hace una enumeración de las posibles formas de protección y establece la necesidad de que se busque la continuidad en el desarrollo del niño al otorgarle protección.

1. Legitimación de la intervención del Estado

La Convención parte de la defensa de la familia como medio idóneo para el crecimiento del niño (13). Así, lo hace constar en el párrafo quinto del Preámbulo donde los Estados parte declaran estar *convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencias necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad*. Y en el párrafo siguiente añade que *el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión* (14). A lo largo del articulado incide en este respeto a la familia: arts. 3.2, 5, 7.1, 9, 10, 18 y 27.

(12) Respecto a la elaboración del art. 20, *vid.* "Lavori preparatori alla Convenzione", en *La Convenzione dei Diritti...*, cit., pp. 291 y ss.

(13) Sobre la importancia que la Convención otorga a la familia, *vid.* LONGO-BARDO, "La Convenzione internazionale...", cit., pp. 402 y ss.

(14) Se entiende que considera la familia en general como medio idóneo para el crecimiento del niño, y en especial —y preferentemente— la propia, *vid.* nota 19.

A pesar de la preferencia por la propia familia, hay casos en los que el niño no puede disfrutar de ella. La Convención ha previsto esta posibilidad en el art. 20. En el párrafo 1.º justifica la intervención del Estado en estos casos. Concretamente, dice que cuando *los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*. Según esto, el Estado goza de legitimación en dos supuestos:

— Cuando el menor esté privado de medio familiar, bien temporal o definitivamente.

— Cuando el menor tenga medio familiar, pero su interés haga que no deba seguir en él.

En España también se considera prioritaria la protección dispensada por los padres y el crecimiento del menor en su familia.

En este sentido, señala MARTINEZ DE AGUIRRE que, desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, el art. 39 de la Constitución deja clara “la presencia de una cierta ordenación jerárquica de los ámbitos de protección, empezando por el paterno (familiar), y siguiendo por los poderes públicos” (15). Y según GARCIA CANTERO, también a la luz del art. 39 de la Constitución, los padres tienen que prestar asistencia a sus hijos, “pero si, por cualquier circunstancia, los padres incumplieran tal deber, ha de ponerse en marcha la actuación supletoria del Estado y demás poderes públicos para que sea eficaz esa protección integral, en cualquier caso y circunstancia” (16).

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, modificadora del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, instaura un fuerte sistema de intervención de la Administración en la protección de los menores para los casos en que el menor no cuenta con la protección de sus padres (17).

El art. 172.1 del CC —desde la Ley 21/87— define la situación de desamparo (que da lugar a la tutela de la Administración) 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 menores, cuando éstos que-*

(15) MARTINEZ DE AGUIRRE, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, *ADC*, tom. XLV, fasc. IV, octubre-diciembre 1992, p. 1466.

(16) GARCIA CANTERO, “Notas sobre el acogimiento familiar”, *AC*, n.º 21, semana 25-31 mayo 1992, p. 306. *Vid.* también SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de derecho civil*, tom. IV, vol. 2.º, Barcelona, 1989, p. 215; VARGAS CABRERA, “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, *ADC*, tom. XLIV, fasc. II, abril-junio 1991, p. 616.

(17) *Vid.* VARGAS CABRERA, “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, *cit.*, pp. 614 y ss.

den privados de la necesaria asistencia moral o material (18). Es decir, que, como la Convención, incluye tanto los supuestos en que el menor no tiene a nadie como aquellos en que sí tiene, pero no le prestan la asistencia debida.

2. *Obligación de los Estados de garantizar la protección*

Si en el primer párrafo justifica la intervención del Estado exponiendo cuándo está *legitimado*, en el segundo pasa a imponerle al Estado la *obligación* de garantizar, de conformidad con las leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. *Enumeración de las formas de protección*

Y, por último, en la primera parte del tercer párrafo, hace una enumeración de los posibles mecanismos señalando que entre esos cuidados *figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores*. Significa esto que el cuidado del menor en un ambiente familiar tiene preferencia al cuidado en una institución, al que se recurrirá sólo si es necesario. Ya hemos visto como en el Preámbulo se deja clara la tendencia de la Convención hacia la familia como medio idóneo para el desarrollo del menor. Y no olvidemos que hay que entender lo dicho en el Preámbulo en un doble sentido: no sólo como la preferencia del desarrollo en la propia familia frente a cualquier otro modo de crecimiento, sino también como la preferencia del medio familiar en general frente al derivado de centros o establecimientos, cuando lo anterior no sea posible. Y este precepto así lo demuestra (19).

(18) Esta definición presenta puntos oscuros que han sido estudiados por la doctrina. *Vid.* por todos: GARCIA CANTERO, *La reforma del acogimiento familiar y la adopción*, adición al tom. 5 vol. II de CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1988, pp. 10 y ss.; RUIZ-RICO RUIZ, "La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores", *AC*, n.º 2, semana 11-17 enero de 1988, pp. 61 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y Adopción*, Madrid, 1989, pp. 33 y ss.; PEREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, pp. 76 y ss.; VARGAS CABRERA, "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas", *cit.*, pp. 618 y ss.; MARTINEZ DE AGUIRRE, "La protección jurídico-civil...", *cit.*, p. 1477; DE PABLO CONTRERAS, en *Comentarios a las reformas del Código civil* (coordinados por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), sub. art. 172, Madrid, 1993, pp. 40 y ss.

Nuestro ordenamiento conoce todos, excepto la kafala:

— La colocación en hogares de guarda incluye nuestro acogimiento.

— Adopción.

— La colocación en instituciones adecuadas de protección de menores es el internamiento en centros.

Conforme a lo visto caben las siguientes combinaciones (en nuestro país):

a) Guarda del menor en un ambiente *familiar* con carácter *temporal*:

a.1 Acogimiento familiar de un menor desamparado sometido a la tutela de la Administración (art.172.1 CC) que posiblemente acabará siendo adoptado por los acogedores.

a.2 Acogimiento familiar de un menor no desamparado sometido sólo a la guarda de la administración mientras los padres no puedan atenderlo (art. 172.2 CC)

b) Guarda del menor en un ambiente *familiar* con carácter *definitivo*: adopción.

c) Guarda del menor en un ambiente *no familiar*: el internamiento en centros de protección de menores. Nuestro ordenamiento también prefiere los sistemas familiares, por ello sólo se acude al internamiento cuando no es posible otra cosa (20). Incluso se prefiere el recurso a pisos con un número reducido de menores a cargo de personal especializado.

(19) Por otra parte, también encuentra justificación este argumento en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y el bienestar de los menores, en la que se basó la Convención: en primer lugar, esta Declaración deja clara la importancia de la familia en la vida del niño cuando en su art. 2 declara que *el bienestar del niño depende del bienestar de la familia*. Y luego en los dos artículos siguientes aclara el contenido de dicha afirmación. Así, en el art. 3 establece que *como primera prioridad, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres* (la preferencia por la propia familia en la Declaración hay que entenderla considerando el concepto "familia" en sentido extenso, puesto que en el artículo siguiente, al indicar las medidas a adoptar en defecto del cuidado de los padres, se nombra en primer lugar a *otros familiares*). Y del art. 4 se deduce que, en defecto de esto, se preferirán las medidas de integración familiar al internamiento en instituciones (la importancia que la Declaración otorga al medio familiar se puede apreciar también en diversos puntos de su articulado en los que se considera la adopción como la forma de dar una familia al niño que no puede tenerla, *vid.* arts.13 y 17). Se observa que la Convención al establecer esta prioridad, claramente inspirada en la Declaración, usa términos semejantes a los de la misma. La Convención dice: *o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores* —art. 20.3—; y la Declaración: *o en caso necesario, una institución apropiada*.

(20) Cfr., entre otros: en Aragón, art. 19 de la Ley Aragonesa de Protección de Menores de 14 de diciembre de 1989; art. 16 del Decreto de 28 de diciembre de 1994 sobre la Organización y el Funcionamiento de centros dependientes de la Comunidad; y art. 66.1 del Decreto de 18 de abril de 1995, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/1989 de 14 de diciembre, de Protección de Menores. En Asturias: párrafo 13 del Preámbulo, arts. 18. 1 f) y 61 de la Ley de 27 de enero de 1995, de Protección del Menor. En Baleares: art. 25 de la Ley de 21 de marzo de 1995, de guarda y protección de los menores desamparados. En

Hay que observar que la enumeración del art. 20.3 no es cerrada, sino que caben otras medidas del Estado. Por ejemplo, medidas de apoyo a la familia de origen, ya sean de carácter educativo, económicas, laborales, etc. (21). Lo ideal es que estas medidas se apliquen, en

Canarias: arts. 20 y 24 del Decreto de 10 de junio de 1994, que regula los procedimientos y registros de la Adopción y las formas de Protección de Menores. En Castilla-La Mancha: Decreto de 18 de diciembre de 1990 sobre Procedimiento en materia de Protección de Menores, art. 31 y Orden de 31 de marzo de 1992 sobre Autorización y Acreditación de Establecimientos de Tercera Edad, Minusválidos, Infancia y Menores, Anexo 5. En Castilla-León: art. 9 del Decreto de 7 de abril de 1988, sobre protección de Menores y Orden de 9 de agosto de 1993, que regula los Requisitos mínimos y específicos de Autorización para la apertura y funcionamiento de Centros y Establecimientos, art. 6. En Cataluña: art. 12 de la Ley de 30 de diciembre de 1991 de Medidas de Protección de Menores desamparados y de la Adopción. En Extremadura: art. 19 de la Ley de 10 de noviembre de 1994 de Protección y Atención a Menores. En Galicia: arts. 26 y 32 del Decreto de 31 de marzo de 1995 de Protección de Menores y Adopción. En Madrid: Decreto de 30 de abril de 1992 de Protección de Menores (adscripción de funciones a la Consejería de Integración Social), párrafo 5.º del Preámbulo y Decreto de 22 de mayo de 1992 de creación del Instituto madrileño de Atención a la Infancia, párrafo 4.º del Preámbulo. En Navarra: art. 2 del Decreto Foral de Navarra sobre Adopciones, Acogimiento Familiar y Atención a Menores de 25 de marzo de 1986. En Valencia: Decreto de 8 de febrero de 1988, de Medidas de Protección de Menores en situación de desamparo, arts. 2 e) y 15.1; Decreto de 18 de febrero de 1991 que modifica el Decreto de 8 de febrero de 1988 (modificación del art. 30); y art. 27 de la Ley de la Infancia de 5 de diciembre de 1994.

Vid. sobre el tema, MARTINEZ DE AGUIRRE, "La protección jurídico-civil...", cit., p. 1481.

(21) En nuestro país, las regulaciones autonómicas arbitran medidas de este tipo, cfr.: en Andalucía: Orden de 20 de abril de 1992 que regula Normas para la colaboración entre la Junta de Andalucía y las Corporaciones Locales en materia de ayudas económicas familiares para la Atención al Niño, como prestación básica de Servicios Sociales Comunitarios. En Aragón: arts. 9 a), 10 y 11 de la Ley Aragonesa de Protección de Menores de 14 de diciembre de 1989; y párrafo 6.º del Preámbulo y arts. 15, 16 y 17 del Decreto de 18 de abril de 1995, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/1989 de 14 de diciembre, de Protección de Menores. En Asturias: arts. 15 y 18 de la Ley de 27 de enero de 1995, de Protección del Menor y capítulo V de la misma. En Baleares: art. 15.1 de la Ley de 21 de marzo de 1995, de Guarda y Protección de los menores desamparados. En Canarias: art. 3 del Decreto de 10 de junio de 1994, que regula los procedimientos y registros de la Adopción y las formas de Protección de Menores. En Cantabria: art. 3 del Decreto de 7 de septiembre de 1992 sobre Adopción, Tutela, Guarda y Acogimiento de menores. En Castilla-La Mancha: Decreto de 18 de diciembre de 1990 sobre Procedimiento en materia de Protección de Menores, arts. 13 y 14 y Orden de 23 de diciembre de 1993 de Ayudas para la atención adecuada a minusválidos, ancianos y menores. En Castilla-León: arts. 9, 11 y 12 del Decreto de 7 de abril de 1988, sobre protección de Menores. En Cataluña: art. 5 de la Ley de 30 de diciembre de 1991 de Medidas de Protección de Menores desamparados y de la Adopción y art. 23 de la Ley de 27 de julio de 1995 de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30

primer lugar, sin necesidad de separar al menor de su ámbito familiar y sólo si no hay más remedio o si se comprueba que éstas no son suficientes para ese caso concreto pasar a adoptar otras medidas más fuertes, entre las que se encuentra, como hemos visto, la adopción.

4. Continuidad

Tras esta enumeración abierta de medidas, la segunda parte del párrafo 3.º del art. 20 indica que *al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico* (22). Esta idea de la continuidad y del respeto a sus caracteres originarios (23) está latente a lo largo de la Convención: penúltimo párrafo del Preámbulo, arts. 8, 14, 17 d), 29 c) y 30.

A la vista, pues, del art. 20.3 a la hora de dar en adopción a un menor habrá de tenerse en cuenta su entorno cultural y caracteres originarios para procurar su respeto y continuidad. Con ello, se pretende no sólo la protección de su identidad cultural sino también de su integridad y desarrollo puesto que el niño crecerá y se desenvolverá mejor en su ámbito que no en uno diferente al que tendría que adaptarse;

de diciembre. En Extremadura: arts. 9, 14 y 16 de la Ley de 10 de noviembre de 1994 de Protección y Atención a Menores. En Galicia: Orden de 13 de enero de 1993 de Protección de Menores (ayudas periódicas a familias) y arts. 9 y 12 del Decreto de 31 de marzo de 1995 de Protección de Menores y Adopción. En La Rioja: arts. 3, 8 y 9 del Decreto de 18 de abril de 1991 sobre Adopción y otras Formas de Protección de Menores. En Madrid: Decreto de 30 de abril de 1992 de Protección de Menores (adscripción de funciones a la Consejería de Integración Social), párrafo 5.º del Preámbulo; Decreto 22 de mayo de 1992 de creación del Instituto madrileño de Atención a la Infancia, párrafo 4.º del Preámbulo; y arts. 48 y 56 de la Ley de 28 de marzo de 1995 sobre las garantías de los Derechos de la Infancia. En Navarra: arts. 2.1, 4 y 5 del Decreto Foral de Navarra sobre Adopciones, Acogimiento Familiar y Atención a Menores de 25 de marzo de 1986. En Valencia: Decreto de 8 de febrero de 1988, de Medidas de Protección de Menores en situación de desamparo, capítulo II; y art. 23 de la Ley de la Infancia de 5 de diciembre de 1994.

Sobre el tema *vid.* MARTINEZ DE AGUIRRE, "La protección jurídico-civil...", cit., p. 1481.

(22) La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y el bienestar de los menores, en el art. 24, establece que se tenga debidamente en cuenta *la formación cultural y religiosa del niño*.

(23) En este sentido, Uli WUF. STIBANE considera que no se debe producir una ruptura con los orígenes del niño, *vid.* "El desarrollo del sentimiento de identidad desde una perspectiva psiquiátrica infantil" (traducción: Margarita Morán), *Infancia y Sociedad*, n.º 12, noviembre-diciembre 1991, pp. 93 y 94.

ello supondría un doble esfuerzo para él: adaptarse a unos padres nuevos (como en cualquier adopción) y a una cultura diferente.

No obstante, hay que tener en cuenta la edad del menor. No es lo mismo sacar de su entorno a un niño de corta edad, que no tiene todavía consciencia de la realidad y que su primera toma de contacto con el mundo sería en la cultura que lo ha acogido, que a un niño que ya tiene asumida su realidad.

En lo referente a la raza, sea cual sea la edad del niño, lo ideal es que, si es posible, sea adoptado por padres de la misma que el niño para evitar problemas (24).

Por otra parte, el hecho de que, pretendiendo favorecer la continuidad y el respeto a la cultura del menor adoptado en otro país, se le insista en que conozca su país y cultura (25) (o si ya los conoce, se le ayude a que no pierda el contacto), puede, en algunos casos, perturbarlo creándole confusión y dificultándole la integración. Habrá que determinar en cada caso qué es lo mejor atendiendo a la edad y a las circunstancias del niño (26).

A la vista de lo expuesto parece que la adopción habrá de ser preferentemente nacional para no sacar al menor de su ámbito y sólo cuando esto no sea posible y contando con que va a ser lo mejor para el menor se acudirá a la adopción entre países, tratando de que los países tengan afinidades culturales, lingüísticas... en la medida de lo posible. El propio art. 21 c) de la Convención reconoce expresamente 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.

(24) Vid. sobre las adopciones de niños de otra raza la obra de DELL'ANTONIO: *Bambini di colore in affido e in adozione*, Milán, 1994. La autora resalta a lo largo de la obra los problemas que este tipo de adopciones lleva consigo, por ejemplo, *vid.* las pp. 39 y ss., 56 y ss., 89 y ss., 97 y ss.

(25) Señala BOULANGER, en *Droit civil de la famille (tom. II, Aspects comparatifs et internationaux)*, París, 1994, p. 208, que "l'enfant, une fois adopté, ne devrait pas être tenu dans l'ignorance de sa provenance ethnico-culturelle. Ainsi un accord Suède-Equateur prévoit l'obligation pour les parents adoptifs suédois de donner à l'enfant une connaissance suffisante de la langue espagnole, de l'histoire et de la géographie de l'Equateur".

(26) La propia Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y el bienestar de los menores, en el art. 9 exige a los encargados de la atención del niño adoptivo que reconozcan la necesidad de éste de conocer sus antecedentes, pero deja claro que esto no puede ser fuente de perjuicio para el menor: al final del precepto y de forma expresa dice *a menos que ello sea contrario a los intereses del niño*.

Cabe concluir que el menor ha de crecer en su propia familia; cuando esto no sea posible habrá que buscarle una familia sustituta dentro de su propio país y si esto tampoco es posible habrá que recurrir, en último término, a una familia de otro país.

III. LA ADOPCION INTERNACIONAL COMO MECANISMO DE PROTECCION

La Convención dedica el art. 21 (27) a la adopción regulando en él los siguientes puntos referidos a esta institución: 1) el interés del niño ha de ser la consideración primordial en la adopción; 2) la adopción sólo puede ser autorizada por las autoridades competentes; 3) carácter subsidiario de la adopción internacional; 4) el niño adoptado en país diferente al suyo goza de las salvaguardas y normas equivalentes a las existentes en su país; 5) prohibición de beneficios indebidos; y 6) promoción de acuerdos.

1. Este artículo se inicia diciendo que *los Estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial* (28).

Fue la Conferencia de La Haya, la que con carácter pionero, introdujo en el Convenio relativo a la competencia de las autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones en materia de adopción de 1965 la referencia al interés del menor en la adopción. El art. 6 establece que las autoridades no pronunciarán la adopción más que si es conforme al interés del menor.

La Convención proclama de forma general, en el art. 3.1, que en todas las medidas concernientes a los niños una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Hay otros artículos de la Convención en los que de forma concreta se hace también referencia al interés superior del menor: 9.1, 9.3, 18, 37 c) y 40.2 b) (29).

(27) Sobre la elaboración del art. 21, *vid.* "Lavori preparatori alla Convenzione", en *La Convenzione dei Diritti...*, cit., pp. 293 y ss.

(28) El art. 5 de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los menores también establece que *en todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, ..., deben ser la consideración fundamental*.

(29) La importancia del interés del menor en el derecho internacional privado en el momento actual es puesta de relieve por BORRAS RODRIGUEZ, en "El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado", *RJC*, 1994-4, pp. 47 y ss.

La Convención, en el art. 3.1, al fijar como objetivo de todas las medidas relativas a los niños el interés superior de éstos, utiliza la expresión: *una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*. Al hablar de *una consideración primordial* deja la puerta abierta a otras consideraciones también primordiales, al mismo nivel. Sin embargo, al tratar el tema de la adopción, en el art. 21, no se utilizan exactamente esos términos (*una consideración primordial*) para determinar el interés superior del niño como objetivo de esta medida concreta, sino que se dice que los Estados *cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial*. Se habla de *la consideración primordial*, cerrando el paso a otras consideraciones primordiales; podrá haber otras consideraciones (piénsese, por ejemplo, en el interés de los futuros adoptantes o de los padres biológicos), pero secundarias, no al mismo nivel. Esto significa que en la adopción lo primero es el interés del menor; y en caso de conflicto entre los intereses del menor y otros intereses —por ejemplo, los de los futuros adoptantes, que suelen ser los más frecuentes—, prevalece el interés primordial, que es el del menor.

De este modo, la Convención configura la adopción como un modo de proteger a los menores desamparados. Lo que interesa es el interés del menor: no se trata de buscar hijos para padres, sino padres para hijos.

En España la ley de 11 de noviembre de 1987 que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, instaura como uno de los dos principios en que basa la adopción el beneficio del adoptado *que se sobrepone a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución* (así lo hace constar en el Preámbulo). Y el art. 176.1 del CC declara que *la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando* (30).

2. En la Convención no se regulan requisitos sustantivos ni procedimentales de la adopción. Únicamente el apartado a) del art. 21 dice que los Estados parte *velarán por que la adopción del niño sólo sea*

(30) En el Anteproyecto de Ley del Menor elaborado por el Ministerio de Asuntos Sociales en 1994, también se deja constancia expresa de que *en la adopción de menores extranjeros se atenderá siempre al interés del menor* (art. 43).

Sobre el interés del menor *vid.* PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 218 y ss.; VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994, pp. 209 y 210. ROCA I TRIAS, en la Contestación hecha al discurso de BORRAS RODRIGUEZ (“El «interés del menor» como factor de progreso...”, cit.), se detiene en estudiar el concepto “interés del menor”, *vid.* “Contestación”, RJC, 1994-4, pp. 975 y ss.

autorizada por las autoridades competentes (31), aunque, lógicamente, no dice cuáles han de ser; corresponde a cada país determinarlo. Se pretende evitar irregularidades que desemboquen en el tráfico de niños (32).

(31) Existe una cierta ambigüedad en los textos en cuanto a la participación privada en el procedimiento. En el art. 20 de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y el bienestar de los menores, se establece, como regla general, que la adopción en otro país se efectúe por conducto de los organismos o autoridades competentes. Y en el art. 21 se da entrada a la tramitación por conducto de personas que actúen de agentes de los futuros padres adoptivos, tomando, eso sí, precauciones especiales para proteger los intereses jurídicos y sociales del niño. Sin embargo, el art. 21 a) de la Convención establece que la adopción sólo será autorizada por las autoridades competentes. Y después en el Convenio de La Haya sobre adopción internacional, que toma como base precisamente la Convención de la ONU que estudiamos, se admite en el art. 22 que personas u organismos que reúnan determinadas características puedan asumir las competencias atribuidas a las autoridades centrales, o a autoridades públicas u organismos acreditados, dando paso así a las adopciones independientes. Aunque el Convenio también prevé: a) que todo Estado contratante pueda negarse a ese tipo de adopciones —al fin y al cabo la Convención sobre los Derechos del Niño admite, como vemos, que la adopción sólo sea autorizada por la autoridad competente— (*vid.* art. 22. 4 del Convenio); tal es el caso de España, que se ha acogido al art. 22.4 para rechazar esas adopciones, *vid.* la Declaración 3ª del Instrumento de ratificación del Convenio, cit. Y b) que determinados informes quedan siempre bajo la responsabilidad de las autoridades mencionadas (*vid.* el último párrafo del art. 22). Sobre las adopciones independientes, *vid.* MAYOR DEL HOYO, *Notas acerca del Convenio de La Haya...*, cit. Podría pensarse que si la Convención de la ONU habla sólo de autoridades competentes es porque se refiere a la autorización de la adopción, dejando de lado el trámite; de este modo quedaría abierta a la posibilidad de que otros entes intervinieran en la tramitación. Pero la ausencia de datos impide llegar a una conclusión definitiva.

(32) En cuanto al tema de las irregularidades, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los menores, preocupada por este tema, decía —en su art. 18— que los gobiernos debían establecer políticas, legislación y una supervisión eficaz, respecto de la protección de los niños que fuesen adoptados en otros países; y alegaba que si las circunstancias lo permitían, la adopción en otros países sólo debería realizarse cuando se hubiesen establecido esas medidas en los Estados. Y en el artículo siguiente añadía que se debían establecer políticas y promulgar leyes, cuando fuese necesario, que prohibiesen el secuestro o cualquier otro acto encaminado a la colocación ilícita de niños. La Convención, en el art. 11, por una parte, establece que los Estados parte deben adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero; y, por otra parte, en el art. 35 dice que los Estados parte deben también tomar las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sea necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Contribuye también a este intento de evitar movimientos ilícitos de niños entre los países el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980, elaborado por la Conferencia de La Haya.

Con el mismo fin, añade que las autoridades competentes *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.*

Es decir, por un lado, las autoridades competentes determinarán que el niño es adoptable (33). Se trata de garantizar que la adopción se produzca para proteger al menor que se halla desamparado y sin posibilidades de continuar su crecimiento en su familia, si es que tiene, y de evitar, de este modo, que se produzcan adopciones con otras finalidades que encubran prácticas indeseables (34).

Por otro lado, las autoridades competentes cuidarán de que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado su consentimiento. No especifica quién ha de prestar consentimiento. Hay que recordar que el art. 9.1 de la Convención establece que el niño no puede ser *separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.* Y el art. 12 dice que los Estados garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten. Con tal fin, se dará al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. Naturalmente, son también personas interesadas los futuros padres adoptantes y por ello se considera que su consentimiento no puede faltar.

(33) El art. 22 de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los menores, establece que no se considerará adopción alguna en otro país *sin establecer antes que el niño puede legalmente ser adoptado.*

(34) En esta línea, MERGUICI defiende que corresponde a los servicios sociales e instituciones verificar y decretar que un menor está abandonado. Alega que "la pareja no puede juzgarse objetivamente a sí misma ni censurar sus propios deseos, como tampoco puede hacerlo el profesional que haya elegido la pareja para obtener la adopción. [...] Constituye un abuso el permitir que sean los mismos aspirantes a la adopción quienes juzguen la inadecuación de los padres biológicos para desempeñar su papel". En "El encuentro del niño con su familia adoptiva" (traducción: Edgardo Oviedo), *Infancia y Sociedad*, n.º 12, noviembre-diciembre 1991, pp. 70 y 71. RODRIGUEZ MATEOS también insiste en la necesidad de un fuerte control por parte de las instituciones públicas en el momento de declarar el estado de adoptabilidad para evitar conductas fraudulentas, cfr. RODRIGUEZ MATEOS, "La protección jurídica del menor...", cit., p. 486.

El consentimiento a que hace referencia el apartado a) del art. 21 ha de ser con conocimiento de causa y sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario. Es decir, las personas que consienten han de saber qué están consintiendo, cuáles son los efectos que se derivarán de su consentimiento. Pueden plantearse problemas en adopciones en las que la legislación de una parte regula la adopción simple y la de la otra parte la plena, puesto que unos pueden estar consintiendo la adopción convencidos de que con ello no se rompen los vínculos con su hijo y la otra parte puede consentir pensando que los vínculos con su familia biológica sí se rompen. De ahí que sea necesario que se establezcan instrumentos de asesoramiento por los que pasen los que van a consentir, para evitar confusiones o problemas fruto del desconocimiento.

Puede interpretarse también este conocimiento y asesoramiento en el sentido de, por una parte, recibir información sobre las características del niño, enfermedades, historia, etc. Y ello por varias razones: de un lado, los adoptantes tienen derecho a saber a quién van a incluir en la familia como nuevo hijo (35); de otro, este conocimiento les permitirá ayudar al hijo a integrarse y cuidar mejor de él; y, por último, no hay que olvidar que quizás cuando el niño alcance cierta edad desee conocer su historia y que los arts. 7 y 8 de la Convención proclaman el derecho del niño a su identidad (36). Por otra parte, se incluye en el asesoramiento la preparación que deberían recibir todos los futuros adoptantes con el fin de orientarlos sobre situaciones y dificultades con las que se pueden encontrar y lugares donde pueden buscar ayuda (37).

¿Qué ocurre en España con estos tres temas: autoridad competente, adoptabilidad y consentimientos?

(35) De la misma opinión es MERGUICI, *op. cit.*, p. 75.

(36) Puede verse en DELL'ANTONIO, *Bambini di colore in affido e in adozione*, cit., pp. 82 y 83, la experiencia de un padre al enfrentarse a las preguntas de su hijo adoptado; y en las pp. 75 y ss. de la misma obra figuran datos sobre el tratamiento del origen del niño en las familias adoptivas obtenidos de un estudio realizado a 150 familias: porcentaje de familias que hablan del tema con sus hijos, porcentaje de hijos que preguntan, factor de la edad, contenido de las preguntas, opinión de los padres sobre si es necesario o no conocer el pasado de sus hijos, etc.

Un dato a tener en cuenta es que la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y el bienestar de los menores, establece en el art. 9 que *los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes, a menos que ello sea contrario a los intereses del niño.*

(37) Esta orientación no debería limitarse al momento previo a la adopción, sino que debería extenderse posteriormente una vez constituida ésta.

— La Exposición de Motivos de la ley de 11 de noviembre de 1987 denuncia que con la legislación anterior existía una falta casi absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción, lo que permitía en ocasiones el tráfico de niños. Es por esto que busca la supresión de intermediarios poco fiables bien o mal intencionados administrativizando los mecanismos de protección de menores (38). La adopción se constituye, según el art. 176, por resolución judicial, pero para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores. También tienen atribuidas competencias los Cónsules españoles que pueden constituir una adopción *siempre que el adoptante sea español y el adoptando esté domiciliado en la demarcación consular* (art. 9.5). En tal caso, *la propuesta previa será formulada por la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia del adoptante en España*. Si nunca tuvo residencia en España *no será necesaria la propuesta previa, pero el Cónsul recabará de las autoridades del lugar de residencia de aquél informes* (39). El párrafo 4.º del art. 9.5 admite también la posibilidad de que se constituyan adopciones ante autoridades extranjeras. En el inciso final se pretende evitar la adopción de un español sin control de las autoridades públicas españolas: *para la adopción de un español será necesario el conocimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España* (40).

(38) En este sentido, *vid.* la intervención del Diputado CUESTA MARTINEZ, en Cortes generales. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, III Legislatura, 1987, n.º 143, pp. 5280 y 5281. También ARCE Y FLOREZ-VALDES, "El acogimiento familiar y la adopción en la ley de 11 de noviembre de 1987", *RGLJ*, 1987, n.º 5, XCV, p. 771; PILLADO MONTERO, "Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción", *RDP*, LXXI, 1987, p. 446; RODRIGUEZ JORDA, "Las entidades competentes públicas y privadas. Alcance de sus competencias. La tutela automática", en *La Ley de adopción de 11 de noviembre de 1987*, Zaragoza, 1988, p. 19; SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de derecho civil*, tom. IV, vol. 2.º, cit., p. 181.

(39) Sobre la adopción constituida por Cónsul *vid.* PAZ AGÜERAS *La adopción consular*, Madrid, 1990. En el *Proyecto de Ley de Protección jurídica del Menor y de modificación del Código civil* —BOCG, Congreso de los Diputados, V legislatura, 16 de mayo de 1995, n.º 117-1— (a partir de ahora: "Proyecto del 95") se prevé introducir una modificación al respecto, *vid.* Disposición final primera.

(40) Sobre las normas de derecho internacional privado en materia de adopción *vid.* BOUZA VIDAL, "La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el derecho internacional privado", *RGLJ*, 1987, n.º 6, pp. 897 y ss. y VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, cit., pp. 418 y ss.

Por otra parte, es interesante tener en cuenta en torno al tema de las competencias en el ámbito de las adopciones internacionales el Proyecto del 95 y el Anteproyecto de Ley del Menor del Ministerio de Asuntos Sociales (a partir de ahora "Anteproyecto del 94"), puesto que prestan atención a la adopción internacional. Efectivamente, en la Exposición de Motivos del Proyecto del 95 se justifica la ausencia de regulación de la adopción internacional en la Ley 21/87 alegando que *en el momento de su elaboración no era un fenómeno tan extendido y no había suficiente perspectiva para abordarlo*. Y anticipa que la nueva Ley sí que abordará la regulación de la adopción internacional, dado que *en los últimos años se ha producido un aumento considerable de las adopciones de niños extranjeros por parte de adoptantes españoles*. Y, efectivamente, dedica el

—En cuanto a cuándo pueden adoptarse los menores en España, hay que distinguir dos situaciones:

1. Se hallan desamparados, es decir privados de hecho de asistencia moral o material, no importa si tienen padres o no (41).

2. No se encuentran desamparados, pero los padres, por las circunstancias en que se encuentran, deciden dar en adopción al menor (42).

— El art. 177 regula los consentimientos (43). Han de consentir ante el juez los adoptantes y el adoptando mayor de doce años. Los padres del adoptando, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallare emancipado, deben asentir; no es necesario este asentimiento si están imposibilitados. Mientras que del asentimiento se puede prescindir, del consentimiento no. Si el adoptando es menor de doce años, pero tiene suficiente juicio, debe ser oído por el juez.

3. El apartado b) del art. 21 ya lo hemos estudiado anteriormente y hemos visto cómo otorga a la adopción internacional carácter subsidiario: sólo cuando no sea posible en el país de origen (44).

art. 14 a la adopción internacional. Este artículo contiene casi únicamente la determinación de las entidades competentes en adopciones internacionales y las competencias atribuidas a cada una. También en el Anteproyecto del 94 —art. 45— se regulaban cuestiones referentes a las entidades con competencias en materia de adopción internacional [en la nota que contiene este artículo se hace referencia a la Convención, concretamente al apartado e) del art. 21, que insiste en el tema de los organismos competentes].

(41) La doctrina discute quién debe apreciar el desamparo. Entre otros, consideran que corresponde a la Administración apreciar el desamparo: GIL MARTINEZ (*La reforma de la adopción*, Madrid, 1988, p. 23), VALLADARES RASCON ("Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción", *PJ*, 1988, n.º 9, p. 35), PEREZ ALVAREZ (*La nueva adopción*, cit., pp. 81, 82, 86, 92...). Por otro lado, hay autores que opinan que tal apreciación corresponde al juez, *vid.* RUIZ-RICO RUIZ, "La tutela *ex lege*...", cit., pp. 64 y ss.; FELIU REY, *Comentarios a la Ley de adopción*, Madrid, 1989, p. 34 (cita otros autores que comparten su opinión: LLEDO YAGÜE, CERDA GIMENO y REVERTE NAVARRO).

(42) El Anteproyecto del 94, en el art. 41, al regular la propuesta de adopción de las Entidades Públicas, indica en qué situaciones cabe adopción. Las situaciones a que se refiere vienen a ser las mismas que he indicado, aunque agrupadas de diferente modo.

(43) Sobre el tema *vid.* DIAZ DE LEZCANO, "Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de adopción", *RCDI*, 1989, n.º 590, pp. 16 y ss. También: GARCIA CANTERO, "La reforma del acogimiento familiar y la adopción", cit., pp. 21 y ss.; FELIU REY, *Comentarios a la Ley de adopción*, cit., pp. 142 y ss.; PEREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 173 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia IV...*, cit., pp. 98 y ss.; VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, cit., pp. 220 y ss.

En el Anteproyecto del 94 se proponía reformar el párrafo 2.º del art. 177 (*vid.* Disposición adicional séptima) y también en el Proyecto del 95 se pretende modificar este artículo referido a los consentimientos (*vid.* Disposición final novena).

4. En el apartado c) del art. 21 se dispone que los Estados parte tienen la obligación de velar 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* (45). Hay que entender que esas salvaguardias y normas equivalentes se refieren tanto a la constitución de la adopción como a los efectos de la misma.

Ante la exigencia de que se le apliquen al menor normas equivalentes a las que existen en su país en materia de adopción, vamos a ver qué normas prevé nuestro ordenamiento que se apliquen: el art. 9.4 del CC reformado por la ley de 11 de noviembre de 1987 dice que *el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva [...], se regirán por la ley personal del hijo*. Y el párrafo 5.º del art. 9, también reformado, indica que *la adopción constituida por juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la ley española*. No obstante, debe observarse la *ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios*:

1. Si tiene su residencia habitual fuera de España.

2. Aunque resida en España, si no adquiere, en virtud de la adopción la nacionalidad española.

Añade que *a petición del adoptante o del Ministerio Fiscal, el juez, en interés del adoptando, podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual [...] del adoptando*.

En cuanto a la adopción constituida por autoridad extranjera, el art. 9.5 establece que la ley del adoptando regirá en cuanto a capacidad y consentimiento. Y si el adoptado es español será necesario el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del mismo en España —manteniendo con ello el control a que está sujeta la adopción en el país de origen del menor (46)—.

(44) Este precepto tiene su inspiración en el art. 17 de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los menores. Dice el art. 17 que *cuando no sea posible colocar a un niño en un hogar de guarda o darlo en adopción a una familia adoptiva, o cuando el niño no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, podrá considerarse la adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia*. Y dice el art. 21 b) de la Convención que los Estados parte *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*.

(45) La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y el bienestar de los menores, también exige —en el art. 20— que se apliquen *las mismas salvaguardias y normas existentes respecto de las adopciones en el país de origen*.

(46) En el Proyecto del 95, y debido a que se introduce en el mismo (*vid.* la Disposición final octava) la necesidad de declaración de idoneidad de los adoptantes en las adopciones nacionales, se establece *la necesidad de la idoneidad de los adoptantes para la eficacia en nuestro país de las adopciones constituidas en el extranjero* (párrafo 29 del Preámbulo). Esto queda recogido en la propuesta de redacción del art. 9.5 que hace la Dis-

5. El art. 21 en su apartado d) señala que los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios indebidos para quienes participan en ella (47).

España, cuando ratificó la Convención, formuló dos reservas, una dirigida al art. 38.2 y 3 y otra al apartado d) del art. 21 (48). Dice la reserva: “Con respecto al párrafo d) del art. 21 de la Convención, España entiende que de la interpretación del mismo nunca podrán deducirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran preci-

posición final primera: hablando de las adopciones constituidas en el extranjero dice que no serán reconocidas en España *mientras la Entidad Pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción*. El autor del Proyecto considera —así lo hace constar en el Preámbulo— que de este modo se acomoda nuestra ley a la Convención: *dando de esta manera cumplimiento al compromiso adquirido en el momento de la ratificación de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas que obliga a los Estados parte a velar porque los niños o niñas que sean adoptados en otro país gocen de los mismos derechos que los nacionales en la adopción* (párrafo 29 del Preámbulo). ¿Dónde dice esto la Convención? Da la impresión de que el legislador se ha querido inspirar en el apartado c) del art. 21 de la Convención. Pero si analizamos este apartado c) y la propuesta del Proyecto veremos que existe confusión y que hay falta de conexión entre ambos textos:

— De un lado, el art. 21 c) de la Convención viene a decir que cuando un niño sea adoptado en un país que no sea el suyo de origen gozará de salvaguardias y normas equivalentes a las de su país de origen.

— De otro, el Preámbulo y la Disposición final primera, al ofrecer la redacción del art. 9.5 del CC, dicen que para que una adopción hecha en el extranjero sea reconocida en España se requiere que haya declaración de idoneidad de los adoptantes por parte de la correspondiente Entidad Pública. Y ello —sigue el citado Preámbulo— para conseguir que los niños adoptados en otro país gocen de los mismos derechos que los nacionales (recordemos que el Proyecto introduce en el ámbito de las adopciones nacionales la necesidad de declaración de idoneidad de los adoptantes). Hace también hincapié en que para que se dé este supuesto de hecho los adoptantes han de ser españoles. Con estos datos se llega a la conclusión de que lo que el Proyecto pretende es aplicar los derechos de los adoptados españoles a los niños extranjeros adoptados por españoles en el extranjero. Dista este objetivo del de aplicar al menor adoptado en un país que no es el suyo normas equivalentes a las de su país de origen, que es el preceptuado en el art. 21 c) de la Convención.

(47) Casi con los mismos términos la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los menores, establece en el art. 20 que *en ningún caso la colocación deberá tener como resultado beneficios financieros indebidos para quienes participen en ella*. [El apartado d) del art. 21 dice exactamente que los Estados parte 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].

(48) Sobre la reserva al art. 21 d), *vid.* MIRALLES SANGRO, “La ratificación por España de la Convención...”, cit., p. 535.

sos para cubrir los gastos estrictamente necesarios que puedan derivarse de la adopción en el supuesto de niños y niñas que residan en otro país.”

Al hablar de que no caben beneficios indebidos parece que sí cabrían beneficios debidos y esto evoca el tráfico de niños, que es precisamente lo que se trata de evitar. En un primer momento, da la impresión de que en la adopción no se puede hablar de beneficios debidos y de que todo beneficio en este campo es indebido, porque el beneficio supone una ganancia y es inadmisibles que se utilice la adopción como un negocio del que se obtienen ganancias. Incluso se podría pensar que lo más sencillo sería distinguir lo que es beneficio y lo que es coste, y decir que no caben beneficios financieros sin más.

Pero no sería correcto del todo. Hay, efectivamente, beneficios que convierten al niño en una mercancía (49) y a la adopción en un negocio. Piénsese —por ejemplo—, en aquellos casos en que se entrega un niño a cambio de una cantidad de dinero; o en las tarifas desproporcionadas de algunos profesionales que, aprovechándose de la desesperación de algunos adoptantes que darían cualquier cosa por conseguir un niño, elevan desconsideradamente el precio de sus servicios. Pero hay que contar con que se producen otros beneficios que no hacen indigna la adopción: la remuneración justa a un abogado, a un notario o a un traductor —por ejemplo—, es beneficio para ellos (aunque sea coste para el cliente). Así pues, habrá que pensar que en las adopciones se producirán unos gastos necesarios, parte de los cuales constituirán beneficio para los profesionales que deban intervenir, pero será un beneficio justo (50). El resto de los gastos corresponderá fundamentalmente a los trámites y documentación: tasa consular para la autenticación de los documentos, papel timbrado, certificados, envío de documentos, etc. (51).

6. Por último, el art. 21 en el apartado e) establece que los Estados parte *promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y*

(49) MONTANE MERINERO y GARCIA GOMEZ lo critican en “La adopción internacional en España”, *Infancia y Sociedad*, n.º 12, noviembre-diciembre 1991, p. 19.

(50) El art. 46 del Anteproyecto del 94 —que según la nota 45 (del Anteproyecto), referida a este artículo, se basa en el art. 21 d) de la Convención— va en esta línea al admitir la existencia de beneficios precisos en la adopción internacional: *en las adopciones internacionales nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios.*

(51) *Vid.* estos gastos en “Información sobre la tramitación de adopciones internacionales”, *Infancia-Familia* (material informativo), Dirección General de Protección Jurídica del Menor. Ministerio de Asuntos Sociales, 1993.

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. Insiste en la idea de que actúen las autoridades competentes luchando contra el tráfico de niños [el apartado a) ya se refería a ellas].

Siguiendo este consejo la Conferencia de La Haya elaboró, como ya he mencionado (52), el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de fecha de 12 de mayo de 1993. Y en cuanto a los convenios bilaterales, a pesar de que es útil que los Estados los fomenten tendiendo a perfeccionar las tramitaciones y a aumentar las garantías de los procedimientos, en la actualidad, en España, sólo hay tres Protocolos de procedimiento: con Rumania, Perú y Bolivia (53). Se están preparando otros —especialmente con Latinoamérica—, que es deseable que lleguen a buen fin.

IV. CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LOS ESTADOS: COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Hemos visto cómo los arts. 20 y 21 de la Convención establecen obligaciones para los Estados parte en relación con la protección de los niños y, en concreto, con la adopción. Vamos a estudiar el mecanismo que arbitra la Convención para supervisar el cumplimiento de estas obligaciones contraídas por los Estados —que no es otro que el establecido a nivel general para vigilar el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la Convención—.

La Convención no otorga acciones directas a los individuos ante un tribunal para hacer efectivos los derechos del niño, sino que crea un comité que vela por el cumplimiento de la propia Convención.

El art. 43 anuncia que, con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados parte en la Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño, que estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la Convención. Los miembros del Comité son elegidos por los Estados parte entre sus nacionales.

(52) *Vid.* nota 10.

(53) El Protocolo con Rumania se firmó el 2 de abril de 1993, el de Perú el 21 de noviembre de 1994 y el de Bolivia el 5 de abril de 1995.

En el art. 44 los Estados parte se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario general de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de estos derechos:

a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado parte haya entrado en vigor la Convención. En el siguiente capítulo estudiaremos el informe enviado por España.

b) En lo sucesivo cada cinco años.

En el art. 45, con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional, se da entrada a organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas.

V. EL INFORME DEL GOBIERNO DE ESPAÑA SOBRE EL DESARROLLO DE LOS CONTENIDOS DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS

Acabamos de ver que la Convención, en el art. 44.1, exige a los Estados parte que presenten un informe sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos. El informe debe presentarse en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la misma en cada país ante el Comité de Derechos del Niño. La Convención especifica en el párrafo 2.º del art. 44 que el informe deberá indicar las circunstancias y dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente convención, y deberá contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país.

En nuestro país, en cumplimiento de esta exigencia, se ha elaborado el *Informe del Gobierno de España sobre el desarrollo de los contenidos de la Convención sobre los Derechos del niño de Naciones Unidas* (54) (en adelante, Informe).

Previamente, el Director General de Protección Jurídica del Menor y el Coordinador de redacción del Informe celebraron una reunión con un representante del Comité, a fin de recibir orientaciones pertinentes y garantizar la mayor utilidad del Informe, así como el que su redacción contemple las preocupaciones principales del Comité (55). En el Preámbulo del Informe se aclara que, si bien ha sido realizado por el Gobierno de España, ha contado para su confección con la colaboración de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, del órgano de coordinación de las Administraciones Locales (Federación

(54) Facilitado por la Dirección General de Protección Jurídica del Menor (Ministerio de Asuntos Sociales).

(55) Cfr. Informe, p. 31.

Española de Municipios y Provincias) y de diferentes Organizaciones no Gubernamentales (56).

El Informe cuenta con 252 páginas y un Anexo de 114 (57).

Se estructura en dos partes: Parte general y Parte específica.

En la Parte general da los datos generales del país (superficie, población, densidad, división en CC.AA...), describe cuál es la estructura política general, el marco normativo general de protección de derechos humanos y las formas de información y publicidad sobre los derechos humanos.

En la Parte específica desciende a la Convención y la va revisando por apartados.

El Informe no dedica especial atención a la adopción, quizás porque no se plantean problemas específicos relevantes en cuanto a la adaptación de nuestras normas a las de la Convención. No obstante, el cumplimiento de las obligaciones referidas a la adopción que se desprenden de la Convención encuentra los obstáculos y elementos facilitadores comunes al resto de las materias. Es por ello que podemos aplicar a la adopción lo que dice el Informe, en general, acerca de las circunstancias y dificultades que afectan al grado de cumplimiento de las obligaciones dimanadas de la Convención (58):

Según el Informe no existen dificultades de carácter jurídico. Aclara que la demora en la ratificación se debió únicamente a que el procedimiento previsto en nuestra legislación para ratificar textos internacionales es de una tramitación compleja.

Señala que contamos con dos factores que obstaculizan a la Convención:

1. Existe una baja sensibilización de buena parte de la opinión pública española que dificulta la implantación real rápida de los derechos de la infancia. No se puede decir que haya desacuerdo o resistencia, pero se le da escasa importancia o prioridad.

2. Poco interés de los medios de comunicación sobre el tema. La falta de resonancia inicial de la adopción y posterior ratificación de la Convención por parte de España en dichos medios hizo difícil el inicio de su difusión e implantación.

Como elementos que facilitan el cumplimiento de la Convención destacan:

1. Una Constitución moderna.

2. Las actitudes positivas de las Administraciones Públicas.

El Informe, dentro de un apartado de la Parte específica que llama "Información preliminar y medidas generales" incluye otras informaciones interesantes, que no vamos a abordar en este estudio, relativas a la armonización de la legislación y la política nacionales con las disposiciones de la Convención (59), mecanismos nacionales y locales para coordinar la política de infan-

(56) Cfr. Informe, p. 5.

(57) *Anexos del Informe del Gobierno de España sobre el desarrollo de los contenidos de la Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas* (en adelante, Anexo).

(58) Cfr. Informe, p. 23.

(59) *Vid.* Informe, p. 24.

cia y vigilar la aplicación de la Convención (60), medidas para dar a conocer los principios y disposiciones de la Convención (61), etc. Únicamente hay que señalar en lo referido a la armonización de la legislación con las disposiciones de la Convención, que entre las modificaciones más significativas se incluye la siguiente: en relación —dice el Informe (62)— con el derecho de los niños privados de su medio familiar a beneficiarse de los cuidados más convenientes, constituye una mejora notable la Ley 8/1992, de 3 de abril, que modifica los permisos laborales a los adoptantes y acogedores (63).

Otro apartado de la Parte específica que nos interesa es el titulado “Entorno familiar y otro tipo de tutela” (64). En él se pone de manifiesto cómo nuestro ordenamiento, siguiendo la línea de la Convención, parte de que el niño crece y se desarrolla en su familia y admite la injerencia del Estado cuando se halla privado de la misma.

El Informe, en este apartado, hace referencia a la Ley 21/87, de 11 de noviembre, que modificó sustancialmente la normativa sobre protección de menores. Hace constar que con la Ley 21/87 la protección de los menores en situación de malos tratos o abandono pasó a ser plena y directamente responsabilidad pública, concretándose dicha responsabilidad en las Comunidades Autónomas.

Entre los cambios que introdujo esta ley, enumerados en este apartado, se incluyen tres que se refieren en concreto a la adopción (65):

— La adopción en nuestra legislación se constituye por resolución, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando. Se rige por el principio *favor minoris* y es el prudente arbitrio judicial el que debe valorar lo que es más conveniente para el menor.

— La ley exige además, salvo para supuestos excepcionales, la propuesta previa de la Entidad Pública, lo que supone un estudio anterior de las circunstancias de la adopción y una valoración de su idoneidad, lo que contribuye a reforzar más esa orientación que la ley expresa hacia la mayor conveniencia a los intereses del menor, contribuyendo a introducir garantías para evitar el tráfico de niños.

— El menor de edad mayor de doce años ha de consentir la adopción. Si el menor tiene menos de doce años, pero cuenta con suficiente juicio, es oído.

(60) *Vid.* Informe, p. 31.

(61) *Vid.* Informe, p. 39.

(62) *Cfr.* Informe, p. 26.

(63) Los arts. 1 y 2 de esta Ley, conceden a los interesados la posibilidad de optar entre disfrutar los permisos a partir del inicio del acogimiento o a partir de la adopción. Esta decisión es justificada en el Preámbulo indicando que es durante el acogimiento cuando, suelen producirse los problemas de adaptación, y cuando el niño necesita cuidados más intensivos que justifican el permiso.

El art. 3, por su parte, contribuye a equiparar la adopción a la filiación natural a los efectos de disfrutar los permisos. Establece que las referencias legales al momento del parto, se entenderán hechas al momento en que se constituye el acogimiento o la adopción.

(64) *Vid.* Informe, pp. 77 y ss.

(65) *Cfr.* Informe, p. 86.

Señala además que la Ley 21/87, de conformidad con la Convención, ve en la adopción un modo de protección del menor (66) que ha de estar siempre al servicio del interés del menor, evitando cualquier otra finalidad que podría dar paso al tráfico de niños. Tráfico contra el que lucha la ley de forma abierta otorgando el monopolio de la adopción a la Administración (67).

El Informe también incluye como novedades de la Ley 21/87 otras formas de protección, a las que ya he hecho alusión en otro capítulo: tutela y guarda de la Administración, acogimiento....

En cuanto a la adopción de niños extranjeros, el Informe sólo dice que "conviene señalar que España participa activamente en los trabajos preparatorios del Convenio de Adopción que se está elaborando en el seno de la Conferencia de La Haya" (68). Convenio que ya ha sido elaborado y al que me he referido anteriormente (69).

(66) La doctrina también repara en ello; cfr. CASTRO LUCINI, "Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción", *RCDI*, LXIV, 1988-1, p. 161; PASCUAL ESTEBAN, "La tutela y la guarda de menores por las entidades públicas. El acogimiento. La adopción", *RDN*, XXXV, 1988, pp. 272 y 273; MORENO QUESADA, "La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código civil", en ASOCIACION DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código civil*, II, Madrid, 1990, p. 1544; VARGAS CABRERA, "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas", cit., p. 682; MARTINEZ DE AGUIRRE, "La protección jurídico-civil...", cit., p. 1482 (y los allí citados).

(67) Una duda que puede suscitar la ley y que el Informe viene a acentuar es si el juez tiene que aceptar siempre el expediente de adopción. Según el Informe "es el prudente arbitrio judicial el que debe valorar lo más conveniente". A la vista de esto, parece que el juez puede rechazar un expediente por considerar que no es lo más conveniente, pero ¿puede ir más allá y determinar qué es lo que le conviene, por ejemplo otra medida de protección, o adopción pero con otros padres...? No es el momento de resolver aquí esta cuestión; únicamente señalaré que, en lo referente al primer punto, la doctrina se inclina por pensar que, efectivamente, el juez puede rechazar un expediente de adopción si no es favorable al menor. *Vid.* GARCIA CANTERO, "La reforma del acogimiento familiar y la adopción", cit., pp. 24 y 25; VALLADARES RASCON, "Notas urgentes sobre...", cit., p. 50; ALBALA-DEJO, *Curso de derecho civil*, IV, Barcelona, 1989, p. 280; PEREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 225 y 226; GIL MARTINEZ, *La reforma de la adopción*, cit., p. 161 (modelo de auto denegando la adopción); PEREZ MARTIN, *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1995, pp. 528 y ss. Hay, no obstante, autores que discrepan de esta opinión: LLEDO YAGÜE, refiriéndose al proyecto, afirma que la resolución judicial "se limita más a autorizar, a homologar la constatación o no de las circunstancias exigibles", cfr. "Comentario al Proyecto de Ley de Adopción", *ADC*, tom. XXXIX, fasc. IV, octubre-diciembre, 1986, p. 1205; y RAMOS SANCHEZ ve al juez como "mero aceptante pasivo y fedatario de un proceso realizado a sus espaldas", cfr. "Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad", *La Ley*, 1989-2, p. 1005.

(68) Cfr. Informe, p. 87.

(69) *Vid. supra*, apartado III.6 y nota 10.

En el mismo apartado da datos numéricos sobre el sistema de protección a la infancia.

En primer lugar, se refiere a los recursos humanos disponibles en el Sistema español e informa de que son mayoritariamente de dotación reciente, tanto en los servicios sociales de atención primaria, como en los servicios más especializados, con la excepción parcial de los equipos de centros residenciales. Concretamente, en lo que respecta a los servicios de adopción, existían un 12% de los mismos antes de 1982, un 20% se crearon entre 1983-1986 y un 68% después de la Ley 21/87 (70).

Y, en segundo lugar, pone en conocimiento del Comité que las adopciones propuestas en 1990 fueron 531 dentro del país, pasando a 912 en 1991. En cuanto a las adopciones internacionales, dice que dados los distintos procedimientos entre países y el retraso con que en muchos casos son inscritos en el Registro Civil español, las estiman a partir de los informes favorables emitidos por los órganos competentes de cada Comunidad Autónoma, que fueron 334 en 1990 y 293 en 1991 (71).

En el Anexo figuran, además de otras cuestiones (edades que contempla el ordenamiento jurídico español y textos legales que afectan a la infancia), las aportaciones de las ONGs de Infancia al Informe. Es curioso como entre estas aportaciones no se encuentra ninguna que haga hincapié en la posición a la que han quedado relegadas las ONGs en el ámbito de la adopción, debido al monopolio administrativo reinante desde la Ley 21/87 (72).

6. CONCLUSIONES

— La Convención introduce la regulación de la adopción, intentando dar claridad al tratamiento que en el ámbito internacional se le venía dando y considerándola como una forma de protección del menor.

— El fin primero de la adopción internacional ha de ser el *interés superior del niño* (art. 21).

— La familia es el medio idóneo para el desarrollo del niño. Ahora bien, cuando no sea posible que el menor crezca en su propia familia el Estado intervendrá buscando la solución adecuada. Si la situación del menor es definitiva se acudirá a la adopción. Es preferible que ésta se produzca dentro del propio país y, sólo cuando no sea posible, habrá que acudir a la adopción internacional. La adopción internacional, por tanto, tiene carácter *subsidiario* [art. 21 b)].

(70) Cfr. Informe, p. 89.

(71) Cfr. Informe, pp. 90 y 192 (cuadro B.5 d).

(72) En la página 112 del Anexo al Informe constan las aportaciones referidas al apartado "Entorno familiar y otro tipo de tutela", y entre ellas no aparece ésta.

— A la hora de elegir el país que recibirá al menor y seleccionar a los futuros padres, se tendrán en cuenta las condiciones de educación del niño, su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, para asegurarle una *continuidad* (art. 20.3).

— Para evitar irregularidades en la constitución de la adopción, la Convención exige que la adopción sólo sea autorizada por las *autoridades competentes*, quienes determinarán que efectivamente el niño está en situación de ser adoptado y que se han dado correctamente los consentimientos [art. 21 a)].

— Los consentimientos, según el apartado a) del art. 21, habrán de prestarse con *conocimiento de causa y sobre la base del asesoramiento necesario*. Significa, por una parte, que quienes deben consentir han de tener claro qué efectos producirá la adopción para evitar confusiones. Y, por otra, que los futuros padres adoptivos tienen derecho a conocer la historia y las características del niño y a recibir la preparación y ayuda que necesiten (antes y después de la adopción).

— El niño que vaya a ser adoptado en otro país gozará de las *salvaguardias y normas equivalentes* a las que existan en su país [art. 21 c)].

— Se intenta acabar con adopciones internacionales que encubren ventas de niños y para ello se prohíbe que se deriven de las adopciones *beneficios indebidos* [art. 21 d)]. España hizo una reserva a la disposición de la Convención que regulaba el tema. Aunque en un primer momento pensar en beneficios debidos evoca el tráfico de niños, hay que tener en cuenta que parte de los gastos que se producen en una adopción pueden constituir beneficio justo para los profesionales que prestan sus servicios.

— La Convención no prevé que exista un órgano al que puedan *dirigirse directamente* los ciudadanos interponiendo una acción directa para hacer valer sus derechos o denunciando irregularidades. Sólo crea un Comité para revisar su cumplimiento (art. 43).

— España, en el *Informe* elaborado conforme al art. 44, sobre la aplicación de la Convención, no pone de manifiesto problemas especiales en lo referido a la adopción internacional, sólo menciona su participación en la elaboración del Convenio de La Haya. Las ONGs no mencionan en el Informe el monopolio administrativo. Se destaca la escasa sensibilidad de buena parte de la opinión pública española y la falta de interés hacia la Convención por parte de los medios de comunicación. En este sentido, sería conveniente una campaña de promoción e información.

— La Convención propugna la creación de *acuerdos bilaterales y multilaterales*. Siguiendo esta indicación la Conferencia de La Haya elaboró el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación

en Materia de Adopción Internacional, de 12 de mayo de 1993. En lo referente a los convenios bilaterales, sería deseable que España se interesase en acuerdos de este tipo, ya que actualmente sólo hay Protocolos de procedimiento con Rumania, Bolivia y Perú.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, *Curso de derecho civil, tom. IV*, Barcelona, 1989.
- ARCE Y FLOREZ-VALDES, "El acogimiento familiar y la adopción en la ley de 11 de noviembre de 1987", *RGLJ*, 1987, n.º 5, XCV, pp. 741 y ss.
- BENNOUNA, "La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant", *Annuaire Français de Droit International*, XXXV-1989, pp. 433 y ss.
- BORRAS RODRIGUEZ: "Conferencia de La Haya de derecho internacional privado: Comisión Especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero (La Haya, 11-21 de junio de 1990)", *REDI*, vol. XLII (1990), pp. 696 y ss.
- "La adopción de niños procedentes del extranjero: el futuro convenio de La Haya", *Infancia y Sociedad*, n.º 12, noviembre-diciembre 1991, pp. 5 y ss.
- "El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado", *RJC*, 1994-4, pp. 47 y ss.
- BOULANGER, *Droit civil de la famille (tom. II, Aspects comparatifs et internationaux)*, París, 1994.
- BOUZA VIDAL, "La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el derecho internacional privado", *RGLJ*, 1987, n.º 6, pp. 897 y ss.
- CASTRO LUCINI, "Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción", *RCDI*, LXIV, 1988-1, pp. 159 y ss.
- Cortes generales. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, III legislatura, 1987, n.º 143, pp. 5280 y 5281.
- DE PABLO CONTRERAS, en *Comentarios a las reformas del Código civil* (coordinados por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), sub. art. 172, Madrid, 1993, pp. 35 y ss.
- DELL'ANTONIO, *Bambini di colore in affido e in adozione*, Milán, 1994.
- DIAZ DE LEZCANO, "Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de adopción", *RCDI*, 1989, n.º 590, pp. 9 y ss.
- DOGLIOTTI, "I Diritti del minore e la Convenzione dell'ONU", *DFP*, 1992, n.º 2 (abril-junio), anno XXI, pp. 301 y ss.
- FELIU REY, *Comentarios a la Ley de adopción*, Madrid, 1989.
- GARCIA CANTERO: "La reforma del acogimiento familiar y la adopción", adición al tom. 5 vol. II, de CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1988.
- "Notas sobre el acogimiento familiar", *AC*, n.º 21, semana 25-31 mayo 1992, pp. 305 y ss.

- GIL MARTINEZ, *La reforma de la adopción*, Madrid, 1988.
- "Información sobre la tramitación de adopciones internacionales", *Infancia-Familia* (material informativo), Dirección General de Protección Jurídica del Menor. Ministerio de Asuntos Sociales, 1993.
- Informe del Gobierno de España sobre el desarrollo de los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas —y su Anexo—*.
- "Lavori preparatori alla Convenzione", en *La Convenzione dei Diritti dei Minori e l'Ordinamento Italiano*, dirigido por SAULLE, Nápoles, 1994, pp. 237 y ss.
- LONGOBARDO, "La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo", *DFP*, 1991, n.ºs 1-2 (enero-junio), anno XX, pp. 370 y ss.
- LLEDO YAGÜE, "Comentario al Proyecto de Ley de Adopción", *ADC*, tom. XXXIX, fasc. IV, octubre-diciembre, 1986, p. 1193.
- MARTINEZ DE AGUIRRE, "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad", *ADC*, tom. XLV, fasc. IV, octubre-diciembre 1992, pp. 1391 y ss.
- MAYOR DEL HOYO, "Notas acerca del Convenio de La Haya sobre adopción internacional", *RDP* (en prensa).
- MELIA LLACER, "La protección internacional de los Derechos de los Niños", *RGD*, año XLV, n.º 536, mayo 1989, pp. 2907 y ss.
- MERGUICI, "El encuentro del niño con su familia adoptiva" (traducción: Edgardo Oviedo), *Infancia y Sociedad*, n.º 12, noviembre-diciembre 1991, pp. 69 y ss.
- MIRALLES SANGRO, "La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño", *AC*, n.º 39, semana 21-27 octubre de 1991, pp. 525 y ss.
- MONTANE MERINO y GARCIA GOMEZ, "La adopción internacional en España", *Infancia y Sociedad*, n.º 12, noviembre-diciembre 1991, pp. 17 y ss.
- MORENO QUESADA, "La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código civil", en *ASOCIACION DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, Centenario del Código civil, II*, Madrid, 1990, pp. 1513 y ss.
- NACIONES UNIDAS, *Actividades de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos (XL)*, Nueva York, 1992.
- PASCUAL ESTEBAN, "La tutela y la guarda de menores por las entidades públicas. El acogimiento. La adopción", *RDN*, XXXV, 1988, pp. 261 y ss.
- PAZ AGÜERAS, *La adopción consular*, Madrid, 1990.
- PEREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989.
- PEREZ MARTIN, *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1995.
- PEREZ VERA, "El menor en los convenios de La Haya", *REDI*, vol. XLV (1993), 1, pp. 101 y ss.
- PILLADO MONTERO, "Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción", *RDP*, LXXI, 1987, pp. 446 y ss.
- RAMOS SANCHEZ, "Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad", *La Ley*, 1989-2, pp. 996 y ss.

- RAYMON, "La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance", *La Semaine Juridique*, 1990-I, doctrine, n.º 3.451.
- ROCA I TRIAS, "Contestació" (al discurso de BORRAS RODRIGUEZ, "El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado"), *RJC*, 1994-4, pp. 971 y ss.
- RODRIGUEZ JORDA, "Las entidades competentes públicas y privadas. Alcance de sus competencias. La tutela automática", en *La Ley de adopción de 11 de noviembre de 1987*, Zaragoza, 1988, pp. 23 y ss.
- RODRIGUEZ MATEOS, "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989", *REDI*, vol. XLIV (1992), 2, pp. 465 y ss.
- ROSSI CARLEO, "Convenzione sui Diritti del Fanciullo. Commento agli artt. 20 e 21", en *La Convenzione dei Diritti del Minore e l'Ordinamento Italiano*, dirigido por SAULLE, Nápoles, 1994, pp. 73 y ss.
- RUIZ-RICO RUIZ, "La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores", *AC*, n.º 2, semana 11-17 enero de 1988, pp. 57 y ss.
- SANCHO REBULLIDA: *El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y adopción*, Madrid, 1989.
- *Elementos de derecho civil*, tom. IV, vol. 2.º, Barcelona, 1989.
- STIBANE, Uli WUF, "El desarrollo del sentimiento de identidad desde una perspectiva psiquiátrica infantil" (traducción: Margarita Morán), *Infancia y Sociedad*, n.º 12, noviembre-diciembre 1991, pp. 83 y ss.
- VALLADARES RASCON, "Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción", *PJ*, 1988, n.º 9, pp. 29 y ss.
- VARGAS CABRERA: "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas", *ADC*, tom. XLIV, fasc. II, abril-junio 1991, pp. 611 y ss.
- *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994.

