Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado

INFORME SOBRE LA ADOPCION DE NIÑOS PROCEDENTES DEL EXTRANJERO

preparado por J.H.A. Van Loon

Oficina Permanente de la Conferencia Scheveningseweg 6, La Haya, Holanda

INDICE DE MATERIAS

			Página					
I.	IN	TRODUCCION (números 1–25)	1					
	Α.	<u>Historia del proyecto</u> (números 1-4)	1					
	в.	Naturaleza y ámbito del proyecto (números 5-9)	4					
	C.							
		ros 10-25)	6					
		1. Organizaciones intergubernamentales (núme-	0					
		ros 11-19)	6					
		a. Organización de Naciones Unidas (núme-	O					
		ros 11-15)	6					
		b. Unidroit (nº 16)	8					
		c. Consejo de Europa (nº 17)	8					
		d. Organización de Estados Americanos: El						
		Instituto Interamericano del Niño (nº						
		18)	9					
		e. Otras Organizaciones (nº 19)	9					
		.2. Organizaciones internacionales no guberna-						
		mentales (números 20-25)	10					
		a. Servicio Social Internacional (SSI) (№						
		20)	10					
		b. Defensa de los Niños - Internacional						
		(DEI)(nº 21)	10					
		c. Consejo Internacional de Acción Social	1.0					
		(CIAS) (nº 22)	10					
		d. Asociación internacional de jueces y magistrados de la juventud y de la fa-						
		milia (ng 23)	11					
		e. Asociación de Derecho internacional	11					
		(ILA) (ng 24)	11					
		f. Asociación internacional de abogados						
		(IBA) (nº 25)	11					
II.	LA	REALIDAD SOCIAL DE LA ADOPCION EN EL MUNDO						
	Α.	Universalidad cultural de la adopción; la excep	_					
	•••	ción islámica (números 26-30)						
		1. Universalidad cultural (números 26-29)	11					
		 La excepción islámica (nº 30) 	15					
	В.	Evolución de la adopción en tanto que institu-						
		<u>ción social - reseña histórica</u> (números 31-33)	17					
	_							
	C.		2.0					
		(números 34-44)	20 20					
			20					
		 Aspectos psicológicos (números 36 y 37). La adopción independiente y la adopción 	21					
		or media de una institución (nº 38)	23					

				E. <u>Los abuso</u>	<u>s en materia de adopción de niños pro-</u>	
		4. Adopciones transculturales e interétnicas		<u>veniente</u> :	s del extranjero: el tráfico de niños	
				a escala	internacional (números 78-85)	51
		(números 39-42)	24	1. El pro	oblema de la investigación de los he-	
		F 431			(nº 78)	51
		5. Alternativas a la adopción (números 43 y 44)	26		terísticas generales del tráfico de	
		a. ¿Colocación en familias alimentantes?			(nº 79)	52
		Protección alternativa del niño (núme-			in	52
		ros 43 y 43A)	26		iños afectados	52
		b. La reproducción asistida (nº 44)	27			
					étodos empleados para obtener niños .	53
	D.	La adopción en sociedades en desarrollo y en			rganización del tráfico	53
		transición (números 45-48)	28		a partida del pais	54
					l precio del niño y los beneficiarios	54
III.	LA	ADOPCION TRANSNACIONAL - EVOLUCION, PRACTICAS,			es sobre el comercio de fetos y de ór-	
		SO Y ALTERNATIVAS (números 49-87)	33	ganos	(nº 8Ø)	55
		The terminating (nameros trory : : : : : :	20	4. La cu	estión del beneficio (nº 81)	55
	Α.	Examen histórico (números 49-56)	77	5. ¿Cómo	obtener la restitución del niño? (nº	
	-	Examen historico (numeros 47-30)	33	82).		56
	D			6. Medid	as legislativas preventivas a escala	
	В.	El abandono como causa principal de la infan-		nacio	nal (nº 83)	57
		<pre>cia sin hoqar (números 57-60)</pre>	37		s y recomendaciones internacionales	
		1. Abandono y miseria (nº 57)	37		ros 84 y 85)	57
		2. La institucionalización (nº 58)	39	(11dille		Ο,
		3. Niños <i>en</i> la calle; niños <i>de</i> la calle (nº		E Otras pos	ibilidades; carácter subsidiario de	
		59)	39			50
		.4. Niños refugiados (nº 60)	40		ión transnacional (números 86 y 87) .	58
					ión y colocación familiar en el pro-	- m
	C.	Adopciones independientes o por intermedia -			ais	58
		<u>rios</u> (números 61~69)	41	2. Progr	amas de apadrinamiento	59
		1. Desde el punto de vista del pais de re -	. –			
		cepción (números 62-64)	41		NTERNA Y TRANSNACIONAL EN DERECHO	
		a. Adopciones independientes (nº 62)	41	COMPARADO (nú	meros 88-149)	59
		b. Adopciones por intermediario (núme ~	71			
		ras 63-64)	42	A. <u>Introducc</u>	<u>ión</u> (nº 88)	59
		2. Desde el punto de vista del país de ori-	42			
			4 ~	B. Derecho p	<u>rivado interno (</u> números 89-114)	60
		gen (números 65-69)	43		aleza jurídica (números 89-94)	60
		a. Adopciones independientes (nº 65)	43		volución hacia la adopción plena y	
		b. Adopciones por intermediario (números			unción de los tribunales (números	
		66-69)	43		9-92)	60
					a adopción como medida de protección	0.60
	D.	Adaptación de los niños adoptados de origen			•	
		<u>extranjero</u> (números 70-77)	45		el niño; periodo probatorio (números	
		1. El desafío particular a que deben enfren -			3-94)	62
		tarse (números 70-71)	45		ciones de adopción: (1) ¿Quien puede	
		2. Resultados positivos de la investigación		,	ar a quien? (números 95-99)	63
		(nº 72)	46		dad (números 95-97)	63
		3. Presencia de un cierto riesgo de inadapta-		b. 0	tras restricciones relativas al niño	
		ción posterior (nº 73)	47		nº 98)	63
		4. La necesidad de información y preparación	• •	c. 0	tras restrícciones relativas a los	
		(n□ 74)	48	a	doptantes (nº 99)	64
		5. Formación de la identidad (nº 75)			ciones de la adopción: (2) consenti-	
		6. El secreto contra la franqueza (números	49		o y consultas (números 100-102)	64
		, , , , , , , , , , , , , , , , , , , ,			os de la adopción (números 103-109) .	65
		76-77)	50		ntroducción (números 103 y 104)	65
			-W		dopción plena (n $ 9 105 $)	66
			Motorie		dopción simple (nº 106)	67
				C. H		0,

	1	
	٠.	-

		ΙV	
	d. Confidencialidad y derechos de visita		V
	(números 107–109)	67	
	5. Revocabilidad (números 110-113)	69	
	a. Introducción (números 110-113)	69	
	6. El creciente ámbito internacional del de-		
	recho interno de la adopción (nº 114)	71	
C.	Derecho internacional privado (números 115-131)	7.	
	1. Creación de un vínculo adoptivo (números	71	
	116-126)	72	
	a. Introducción (nº 116)		
	b. Competencia judicial internacional	72	
	(Dimpros 117-120)		
	(números 117-120)	73	
	c. Ley aplicable (números 121-126)	75	
	- de adopciones extrailleras		
	(números 127-131)	80	
D.	Disposiciones especiales, leyes en materia de		
	inmigración y de nacionalidad (números 132-149)	85	
	1. Normas de aplicación inmediata específicas		
	para la adopción transnacional (números		
	132-141)	85	
	a. Paises de origen (números 133-136)		
	b. Países de recepción (números 137-140)	85	
	c. Un nuevo sistema: las adopciones ges-	88	
	tionadas antes interestinais (a tita		
	tionadas entre intermediarios (nº 141) 2. Leves de inmigración (números 1410~145)	91	
	 Leyes de inmigración (números 141A-145). Derecho de la nacionalidad (números 146-149) 	91	
	140-147)	94	
INS	TRUMENTOS JURIDICOS INTERNACIONALES EXISTENTES		
REL	ATIVOS A LA PROTECCION DE LOS NI≅OS EN LA ADOP-		
CIO	N TRANSNACIONAL (números 150-168)	96	
		, 0	
A.	Convenios de Derecho internacional privado		
	(números 151–163)	96	
	 Convenios que no regulan especificamente 		
	la adopción (números 151-156)	96	
	a. Las primeras convenciones interameri-	, 3	
	canas de Derecho internacional privado		
	(números 151-153)	96	
	b. El convenio nórdico de 1931 (nº 154) .	78 98	
	c. Convenios bilaterales (números 155 y	76	
	156)		
	2. Convenios relativos a la adopción de niños	98	
	(Dimpros 157-147)		
	(números 157-163)	99	
	a. El convenio de La Haya de 1965 sobre		-
	adopción (números 157-161)	99	
		7 7	
	b. La convención interamericana (números	77	
	b. La convención interamericana (números	103	
в.	b. La convención interamericana (números 162 y 163)		
в.	b. La convención interamericana (números 162 y 163)	103	a top a company of
в.	b. La convención interamericana (números 162 y 163)	1 0 3	e tal a tal
в.	b. La convención interamericana (números 162 y 163)	103 105 105	· ins · · · · · · · · · · · · · · · · · · ·
в.	b. La convención interamericana (números 162 y 163)	1 0 3	· · · · · · · · · · · · · · · · · · ·
	b. La convención interamericana (números 162 y 163)	103 105 105	e tes es e
в.	b. La convención interamericana (números 162 y 163)	103 105 105	a ver a vere a to the very constitution of the

VI.	RA I	IA UN CONVENIO DE COOPERACION INTERNACIONAL PA- LA PROTECCION DE LOS NIROS EN EL CONTEXTO DE LA PCION INTERNACIONAL (números 169-188)	112
	Α.	Objetivos del nuevo convenio (números 169-172)	112
	В.	Autoridades centrales (números 173-179) 1. El sistema de Autoridades centrales (nº 173) 2. Poderes y obligaciones de las Autoridades	115 115
		centrales (números 174-176)	116 116
		3. La aprobación de los intermediarios (nº 177)	117
		 4. La reducción de las adopciones independientes (nº 178)	118
		una única decisión de adopción en el país de recepción? (nº 179)	118
		¿Cómo reducir los problemas de conflicto de leyes? ¿Mediante el establecimiento de criterios relativos a los padres biológicos, al niño y a los padres adoptivos? (nº 180)	119
	D.	Reconocimiento de las decisiones de adopción y de las decisiones preliminares (nº 181)	120
	E.	Integración jurídica total en la família adoptiva (nº 182)	120
	F.	con pleno respeto a la identidad cultural del niño (nº 183)	120
	6.	¿Es necesario introducir una norma sobre la nacionalidad del niño? (nº 184)	121
	н.	Categorias especiales de niños y adopciones en el extranjero (nº 185)	121
	Ι.	¿Extensión del convenio a otras formas de co- locación en el extranjero? (nº 186)	121
	J.	¿Restitución de niños secuestrados o vendidos en el extranjero? (nº 187)	121
	Κ.	<u>Conclusiones</u> (nº 188)	122

I. INTRODUCCION

A. Historia del proyecto

1. En su 16ª Sesión, celebrada en La Haya entre los días 3 y 20 de octubre de 1988, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado decidió:

"incluir en el orden del día de los trabajos de la 17ª Sesión la elaboración de un convenio sobre la adopción de niños procedentes del extranjero" y encargó al Secretario General "emprender los trabajos preliminares y convocar una Comisión especial a tal efecto".

La 16ª Sesión precisó que estimaba

"indispensable la presencia en el seno de esta Comisión especial de los Estados no miembros de los que proceden muchos de estos menores" y pidió "al Secretario General que hiciera todo lo posible para conseguir su participación en los trabajos como Miembros ad hoc" 1

2. Se estableció así un lazo estrecho entre la decisión de incluir el tema de la adopción de niños procedentes del extranjero en el orden del día de la Conferencia y la de abrir la Conferencia a países no miembros interesados, especialmente a los países de origen de los menores adoptados en el extranjero. El principio de participación en los trabajos de la Conferencia de Estados no miembros había sido aceptado por la Decimocuarta Sesión (1980) 2, pero ésta era la primera vez que era puesto en práctica en relación a una cuestión de derecho de família.

La razón por la cual pareció indispensable abrir a los Estados no miembros las discusiones de la primera reunión de la Comisión especial, así como las negociaciones ulteriores y la elaboración del convenio es que los delegados presentes en la Decimosexta sesión sintieron claramente la necesidad práctica de un instrumento internacional que no fuera, o no fuera solamente, un convenio de tipo tradicional, que unificase las normas de Derecho Internacional privado, sino que definiese algunos principios de fondo y estableciese un cuadro jurídico para la cooperación entre las autoridades de los países de origen de los niños y de los países de adopción, idóneo para asegurar la protección efectiva de dichos niños. Claramente, era preciso para ello invitar a todos los países interesados en participar en los trabajos desde su principio, en pie de igualdad con los Estados miembros.

3. La cuestión había sido planteada, en primer lugar, por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya en una nota presentada a la consideración de la Comisión Especial de enero de 1988 sobre asuntos generales y política de la Conferencia 3 y el Gobierno de Italia hizo formalmente la propuesta a dicha Comisión Especial 4. La propuesta suscitó un gran interés entre los expertos, que estuvieron de acuerdo en que la adopción internacional plantea actualmente problemas muy graves, distintos en naturaleza o en grado de los que existían cuando, en 1964, la Conferencia de La Haya en su Décima Sesión, adoptó el Convenio relativo a la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción, firmado en La Haya el 15 de noviembre de 1965 -y denominado en adelante Convenio de La Haya de 1965 sobre adopción (ver infra especialmente, los números 157-161)-, en particular porque numerosos niños de países en vías de desarrollo económico son hoy colocados, con fines de adopción, en familias de paises industrializados.

La Comisión Especial recomendó dejar la cuestión incluida en el orden del día e invitó al Secretario General a obtener de los países de origen que no eran entonces miembros de la Conferencia la garantía de que estarían dispuestos a cooperar con ésta y a informar a la Decimosexta Sesión . Inmediatamente después de la reunión de la Comisión Especial, el Secretario General y la Oficina Permanente emprendieron una acción en tres planos diferentes y, para ello, establecieron contactos con

- otras organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales para coordinar los trabajos internacionales sobre la adopción de niños provenientes del extranjero:

- altas personalidades oficiales de los países de los que provienen los menores y que no eran en aquel momento miembros de la Conferencia de La Haya, para determinar si su Gobierno estaría eventualmente interesado en cooperar con la Conferencia, y

- organizaciones privadas y personas físicas que ejercen una actividad en el ámbito de la protección de la infancia y de la adopción de menores procedentes del extranjero, así

¹ Conférence de La Haya de droit international privé, Seixieme session, <u>Acte final</u> (La Haye, 20 octobre 1988), en B 1.

² Acte final de la Quatorzième session, D 1, Conférence de La Haye de droit international privé, <u>Actes et documents de la</u> Quatorzième session, tomo I, pp. 1-63.

³ H. van Loon, "Note sur l'opportunité de préparer une nouvelle convention sur une coopération international en matière d'adoption interétatique", Document préliminaire No. 9, diciembre 1987, preparado para la Comisión especial de enero de 1988.

⁴ Document préliminaire No. 13, enero de 1988, preparado por la Comisión Especial de enero de 1988.

[&]quot;Conclusions de la Comission spéciale de janvier 1988 sur les affaires générales et la politique de la Conference", Document préliminaire No. 14, abril 1988, preparado para la Decimosexta Sesión.

como con los investigadores interesados en la cuestión, con el objeto de establecer canales de coordinación, de información y de apoyo informales para los trabajos futuros de la Conferencia en materia de adopción de menores procedentes del extranjero.

La reacción inicial de los representantes de numerosos Estados no miembros fue positiva y confirmó que un número elevado de dichos países aceptaría la invitación formal de la Conferencia de La Haya a participar en la negociación de un nuevo convenio sobre la adopción de niños procedentes del extranjero. Resultó, además, que otras organizaciones internacionales interesadas en el tema, estaban dispuestas a cooperar con la Conferencia de La Haya (ver C infra) *.

La Primera Comisión de la Decimosexta Sesión examinó la cuestión en su sesión del 10 de octubre de 1988. Todas las delegaciones y organizaciones internacionales que habían enviado observadores se manifestaron en favor del proyecto y, tal como resulta del Acta final antes citada, Nº 1, la decisión de incluir el tema en el orden del día de la Conferencia fue adoptada sin ulterior debate el 19 de octubre de 1987 7.

- 4. Las razones que condujeron a incluir la cuestión con prioridad en el orden del día fueron especialmente las expuestas en la nota de la Oficina Permanente y que pueden resumirse como sigue:
 - (i) el aumento espectacular del número de adopciones internacionales realizadas en numerosos países desde el fin de los años sesenta, en tal medida que la adopción transnacional era ya un fenómeno mundial caracterizado por la migración de niños en grandes distancias geográficas y procedentes de una sociedad o cultura particular a otro medio muy diferente;
 - (ii) la existencia de problemas humanos serios y complejos que, por una parte, son ya conocidos aunque estos nuevos fenómenos los hayan agravado y, por otra parte, son nuevos y que presentan complejos y numerosos aspectos jurídicos numerosos y delicados; y
 - (iii) la insuficiencia de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales existentes y la necesidad de una aproximación multilateral.

B. Naturaleza y ámbito del proyecto

5. Al definir el proyecto con los términos "elaboración de un convenio sobre la adopción de niños procedentes del extranjero", la Decimosexta Sesión indicó que quería centrar los trabajos en lo que, según ella, constituían los problemas más agudos de la adopción internacional, a saber, los que son de trascendencia internacional porque conciernen a un niño que vive en un país y uno o ambos futuros padres adoptivos habitan en otro y el traslado del niño a este último país para vivir con sus futuros padres adoptivos. En consecuencia, el presente informe se referirá esencialmente a estas adopciones y dejará aparte -o no las abordará más que de forma excepcional- la cuestión de la adopción de adultos, o las adopciones que, internas en su origen, adquieren después un aspecto internacional o, también, aquellas que no son internacionales mas que en razón de la nacionalidad extranjera del niño o de sus padres adoptivos.

Las adopciones internacionales consideradas en la Decimosexta Sesión no afectan sólo al niño, su familia biológica y los adoptantes, así como a los intermediarios privados, sino también a las autoridades de los países interesados -normalmente el país donde el menor se encuentra inmediatamente antes de la adopción y el país que le recibe- que pueden intervenir e intervienen efectivamente con diversos títulos y en diferentes fases del proceso. Resultan de ello problemas de coordinación, tanto en cada pais considerado individualmente, como entre los diversos países. Estos problemas conducen especialmente a aspectos generalmente considerados incluidos en el Derecho internacional privado -la competencia internacional de los tribunales o de otras autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras-, pero van más allá y comprenden también la necesidad de coordinar las legislaciones y las prácticas relativas a la protección social, a las migraciones y a la nacionalidad.

6. Los delegados reconocieron también que, hasta aquel momento, los intentos unilaterales para afrontar un fenómeno que, por su propia naturaleza, reviste hoy un carácter muy internacional, no alcanzan a menudo sus objetivos o son fáciles de eludir. El Delegado de Italia señaló, por ejemplo, que las modificaciones más recientes de la ley italiana (1983) habian sido criticadas por los países de América latina por no haber tenido suficientemente en cuenta su posición. El Delegado de Australia recordó el problema de parejas que, no estando en condiciones de satisfacer las condiciones impuestas para la adopción en Australia, establecen una "residencia ficticia" en otro país para realizar la adopción. Se ha subrayado igualmente que los tratados bilaterales o multilaterales de derecho internacional privado, como la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, firmada en La Paz el 24 de mayo de 1984 o el Convenio de La Haya de 1965 sobre la adopción, no constituyen instrumentos eficaces al respecto, precisamente porque unicamente se aplican a escala regional y no se refieren

[&]quot;Rapport su Secrétaire géneral sur la question de l'adoption interétatique d'enfants", Document préliminaire No. 17, de septiembre de 1988, preparado para la Decimosexta Sesión.

⁷ Procès-verbal de la Session plénieère, No 2, destinado a publicarse en Actes et documents de la Seizième Session, tomo I.

a la participación de los países de origen y de los países de establecimiento de los menores ^a.

7. La Decimosexta Sesión optó por una aproximación tendente a establecer normas para la protección de los niños así como las vías de cooperación entre las autoridades de los países de origen y de los países de adopción. En este último aspecto, se hizo referencía a los Convenios de La Haya en materia de cooperación judicial y administrativa, a saber, los convenios sobre notificación y sobre obtención de pruebas en el extranjero y el convenio sobre acceso internacional a la justicia 9 y, en lo que se refiere más especialmente a la infancia, al Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, firmado en La Haya el 25 de octubre de 1980 -y denominado en adelante Convenio de La Haya sobre sustracción de menores-. Todos estos convenios han establecido un sistema de cooperación entre Autoridades centrales de los Estados participantes, cooperación que, como muestra la experiencia, tiende a ser cada vez más estrecha con el transcurso de los años. En el caso del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores, las Autoridades centrales tienen un papel particularmente importante a desarrollar para asequrar el retorno rápido de los menores ilegalmente desplazados o retenidos en un Estado contratante y para velar por que los derechos de guarda y visita previstos por la ley de un Estado contratante sean efectivamente respetados en los demás Estados contratantes. Varias "reuniones de control" se han celebrado ya en La Haya para examinar el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre notificación y sobre obtención de pruebas; más recientemente, en octubre de 1989, una reunión similar se ha referido al Convenio relativo a la sustracción de menores 18. Estas reuniones cumplen varios objetivos: permiten los contactos personales y el intercambio de informaciones: refuerzan los objetivos del Convenio y la comunidad de intereses que tratan de proteger; finalmente, pueden contribuir también a resolver problemas actuales de cooperación e, incluso, diferencias.

- 8. Si la puesta a punto de una serie de principios de fondo y la creación de un marco para la cooperación se consideran los objetivos esenciales del nuevo convenio, no se llegó a ninguna conclusión definitiva en materia de inclusión de normas de competencia, de ley aplicable o de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Algunas delegaciones estimaron que el convenio no debía mostrarse demasiado ambicioso y debía limitarse al ámbito de la cooperación judicial y/o administrativa. Otras, entendían que debía extenderse a los otros ámbitos antes mencionados.
- 9. Para terminar, se ha establecido un consensus implicito entre los delegados para que el proyecto no se refiera a los aspectos penales. Tradicionalmente, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado no se ocupa del ámbito penal y la Oficina Permanente no tiene ninguna experiencia en este terreno especializado. Aunque en algún punto concreto puede haber lugar a prever una coordinación con las políticas represivas -por ejemplo, no cabe duda de que la sustracción de un menor para su adopción en el extranjero constituye un delito en la legislación de la mayoría de los países ¹¹— los trabajos de la Conferencia deben referirse, sobre todo, a los aspectos civiles de la adopción internacional, como ocurrió en la preparación del Convenio de La Haya sobre secuestro de menores.
- C. Actividades paralelas de otras organizaciones internacionales y cooperación con ellas.
- 10. Desde que la adopción internacional dejó de ser, hace aproximadamente dos décadas, un fenómeno regional para convertirse en un fenómeno mundial, varias organizaciones internacionales, intergubernamentales o no gubernamentales, han desarrollado o renovado su interés en esta cuestión.
- 1. Organizaciones intergubernamentales
- a. Organización de Naciones Unidas
- 11. En 1972 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una Resolución (3028 (XXVII), de 18 de diciembre de 1972) titulada "Conferencia de las Naciones Unidas para un Convenio internacional sobre el derecho de adopción", que invitaba al Secretario General de la O.N.U. a proceder a una encuesta entre los gobiernos de los Estados miembros para reunir informaciones sobre las políticas, los programas y las legislaciones en materia de protección de menores que debían ser adoptados o situados en acogimiento familiar y los puntos de vista de los gobiernos sobre una conferencia internacional sobre el derecho de adopción. La Secretaria General dirigió un cuestionario a los Estados miembros

⁶ Procès-verbal No. 1 de la Commission I, destinado a publicarse en <u>Actes et documents de la Seizième Session</u>, tomo I.

Convenio relativo a la notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, firmado en La Haya el 15 de noviembre de 1965; Convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, firmado en La Haya el 18 de marzo de 1970; y Convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, firmado en La Haya el 18 de marzo de 1970; y Convenio para facilitar el acceso internacional a la justicia, firmado en La Haya el 25 de octubre de 1980.

Ver <u>Conclusions</u> <u>générales</u> <u>de la <u>Commission</u> <u>spéciale</u> <u>d'octobre 1989 sur le fonctionnement de la <u>Convention de La Haya</u> <u>du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants</u>, febrero 1990, publicadas por la <u>Oficina permanente</u>.</u></u>

¹¹ Ver M. Bennet, "Crimes against the family - III", en <u>International Legal Practitioner</u>, diciembre 1988, pp. 106-107.

12. El 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas, después de muchos años de preparación, adoptó el Convenio sobre los derechos del niño -denominado en adelante Convenio de las Naciones Unidas- que, en sus artículos 20, 21 y 35 trata de la protección de los menores sin familia, de la adopción en el plano nacional e internacional y de la venta, tráfico y sustracción de menores (ver infra especialmente los números 166-168 y el Anexo I al presente Informe).

en los planos nacional e internacional -denominada en adelante

la Declaración de las Naciones Unidas (ver infra especialmente

los números 166-168 y el anexo H al presente Informe).

13. La Comisión de derechos humanos del ECOSOC continúa el exámen de este último aspecto -la venta y tráfico con fínes comerciales de niños destinados a la adopción- en particular, desde el punto de vista de las "formas contemporáneas de esclavitud" (ver infra, números 78-85).

14. Otros órganos de las Naciones Unidas han sido llamados a ocuparse alguna vez de cuestiones relativas a la adopción internacional, en particular UNICEF (ver infra los números 57-59) y la Alta Comisión para los Refugiados de las Naciones Unidas (ver infra, nº 60).

15. A fin de coordinar los trabajos de la Conferencia con los de la Organización de Naciones Unidas, el Secretario General de la Conferencia de La Haya se reunió con el Consejero jurídico del Secretario General de la ONU en abril de 1988. El Consejero jurídico confirmó que las Naciones Unidas, después de la adopción por la Asamblea General de la Declaración de diciembre de 1986, no tenían intención de consagrar trabajos particulares a la adopción de niños procedentes del extranjero. La Organización de Naciones Unidas, sin embargo, se felicitaría de las inciativas que pudiera tomar la Conferencia de La Haya en el ámbito del Derecho Internacional privado.

b. UNIDROIT

7

16. En 1986, en el seno del UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del derecho privado con sede en Roma, el Gobierno suizo llamó la atención sobre los problemas a los que daba lugar la adopción en países industrializados de niños provenientes del Tercer Mundo. El Consejo de dirección examinó el problema en las sesiones 652, 662 y 672, celebradas, respectivamente, en 1986, 1987 y 1988 15. En la Decimosexta Sesión de la Conferencia de La Haya, el Secretario general de UNIDROIT, deseoso de evitar duplicidades, ofreció la ayuda de UNIDROIT para todos los trabajos que la Conferencia de La Haya emprenda en este ámbito.

c. Consejo de Europa

17. Mediante su Convención europea en materia de adopción de menores, firmada en Estrasburgo el 24 de abril de 1967 -y denominada en adelante la Convención europea sobre la adopción (ver especialmente infra los números 163 A y el Anexo E)- el Consejo de Europa ha contribuido ampliamente a la uniformización de los derechos internos en Europa. En 1977 se elaboró un estudio relativo a los origenes del traslado de un número creciente de niños procedentes de países del Tercer Mundo, en particular, del Sudeste asiático, a familias de la Europa occidental 16 y el Consejo de Europa ha continuado interesándose en diversos aspectos de esta cuestión. El Comité Europeo de cooperación jurídica estudió el funcionamiento práctico de la Convención europea de 1987 sobre la adopción; el Consejo de Ministros adoptó la Resolución (77) 33 sobre la colaboración de niños y la

¹² E/CN.5/504, de 15 de noviembre de 1974.

¹³ Ver Adoption and Foster Placement of Children, Informe de la reunión de un grupo de expertos sobre adopción y colocación de menores, Ginebra, 11-15 de diciembre de 1979, ST/ESA/99. Se encuentran en este Informe dos importantes memorias de investigación: B. Spring Miller, "The child without a family of his own -a review of currently recorded activities and programmes for children with special needs" y A. Kadushin, "Problema relating to the formulation of principles for adoption and foster placement of children". El Informe de la reunión del grupo de expertos fue sometido al ECOSOC por la Secretaría General de las Naciones Unidas en su Informe titulado Proyecto de declaración sobre los principios sociales y jurídicos en matería de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional, E/CN.5/574, de 22 de enero de 1979.

¹⁴ Ver especialmente el Informe del Secretario General de la Organización de Naciones Unidas A/37/146, de 19 de octubre.

¹³ Ver los Informes correspondientes de las sesiones del Consejo de dirección preparados por el Secretario General.

¹⁴ Ver, Consejo de Europa, <u>Le rôle des organisations</u> gouvernamentales et non gouvernamentales dans le placement en Europe d'enfants du tiers monde, Estrasburgo, 1980.

- d. Organización de Estados Americanos: El Instituto
- 18. Bien preparada por una reunión de expertos organizada por el Instituto Interamericano del niño 17, la Tercera Conferencia Interamericana de Derecho internacional privado, reunida en La Paz el 24 de mayo de 1984, aprobó la *Convención Interamericana* sobre los conflictos de leyes relativas a la adopción de menores -denominada en adelante la Convención interamericana sobre la adopción (ver *infra* Números 162-163 y Anexo D). El Secretario General de la Conferencia de La Haya consultó al Secretario adjunto de asuntos jurídicos de la Organización de Estados Americanos, que estimó que los trabajos de la Conferencia completarían los ya realizados por la Organización de Estados Americanos, sin que se opusieran. La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya ha continuado en relación estrecha con el Instituto Interamericano del Niño. La Cuarta Conferencia Interamericana especializada en el Derecho internacional privado (CIDIP-IV), que tuvo lugar en Montevideo del 9 al 15 de julio de 1989 -y que adoptó concretamente la Convención Interamericana sobre el retorno internacional de los menores- recomendó que el Instituto Interamericano del Niño cooperara con la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado para elaborar un convenio sobre la adopción de niños originarios de paises extranjeros y que los Estados miembros de la O.E.A. participaran
- e. Otras organizaciones
- 19. En la Decimosexta Sesión otras dos organizaciones intergubernamentales, el Secretariado de la Commonwealth y la Comisión Internacional de Estado civil, aunque no se dedican actualmente a trabajos en materia de adopción de niños provenientes del extranjero, expresaron su apoyo a las tareas que emprendiera en este ámbito la Conferencia de La Haya.

- 2. Organizaciones internacionales no gubernamentales
- a. Servicio Social Internacional (SSI)
- 20. El SSI, que ya ha prestado una valiosa asistencia a la Conferencia de La Haya en la elaboración de varios Convenios sobre protección de la infancia, incluído el Convenio de La Haya de 1965 sobre adopción, se interesa de forma contínua en la adopción de niños procedentes de paises extranjeros y coordina activamente el trabajo social internacional en este ámbito 180. El SSI estudia la creación de un centro internacional encargado del seguimiento y de los recursos en materia de adopción para aconsejar y asistir a los adoptantes, las instituciones, los Gobiernos, etc. En la Decimosexta Sesión, el representante del SSI insistió en la necesidad de reforzar la cooperación entre los países de origen y los países de destino. Se subrayó al mismo tiempo que los sistemas actuales de protección de la infancia deberían ser reforzados y desarrollados en los países del Tercer Mundo donde son, en gran medida, inexistentes en el momento actual.
- b. Defensa de los Niños Internacional (DEI)
- 21. Esta Organización también manifestó desde el principio un vivo interés por el proyecto de la Conferencia de La Haya. Proporcionando informaciones y ayudando a organizar un seminario de experto ad hoc, DEI, como el SSI, ha facilitado los trabajos preparatorios de la Oficina Permanente. Su Tribune Internationale des Droits de l'Enfant, revista trimestral publicada desde 1983, es una preciosa fuente de informaciones sobre materias tales como la adopción trasnacional, el abandono de niños, los niños de la calle, el tráfico de niños y otras materias. Lo mismo ocurre con sus Informes especiales sobre los Derechos de los niños abandonados (Ginebra, 1989) y sobre la Protección de los Derechos del niño y las Adopciones internacionales (Ginebra, 1989).
- c. Consejo Internacional de Acción Social (CIAS)
- 22. En su "Conferencia regional para el Pacifico occidental", celebrada en Bombay en septiembre de 1981, el Consejo adoptó (un proyecto de) "Guidelines for intercountry adoption" (principios directores reguladores de la adopción de niños provenientes del extranjero), ver Anexo J. Estos Guidelines han recibido una amplia publicidad y constituyen una fuente autorizada para los trabajadores sociales llamados a ocuparse de las adopciones transnacionales.

Ver Instituto Interamericano del Niño, <u>Reunión de Expertos sobre la adopción de menores</u>, 7-11 marzo 1983, Quito (Ecuador), <u>Informe Final</u> (Montevideo, 1983).

Ver G. Parra-Aranguren, "The Fourth Inter-American Specialized Conference on Private International Law CIDIP-IV, Montevideo 9-15 juillet 1989)" en 36 Netherlands International Law Review, 1989, pp. 269-284.

El autor de este Informe es miembro del Consejo Internacional de SSI como lo fue el antiguo Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Sr. M.H. van Hoogstraten.

- d. Asociación internacional de jueces y magistrados de la juventud y de la família
- 23. La Asociación internacional de jueces y magistrados de la juventud y de la família se interésa también de forma continuada en la cuestión que ha incluido en el orden del día de su Conferencia mundial y bianual, que se celebrará en Turín, Italia, del 6 al 21 de septiembre de 1990.
- e. Asociación de Derecho Internacional (ILA)
- 24. La Asociación de Derecho Internacional ya había estudiado la cuestión en los años sesenta 'e'; en 1984 creó un nuevo comité encargado de ocuparse del "reconocimiento internacional de la adopción de niños" cuyo mandato ha sido después ampliado para incluir otros aspectos jurídicos de la adopción de niños procedentes del extranjero. El problema fue examinado en la Conferencia de Varsovia (1988) y volverá a ser tratado en la próxima Conferencia, a celebrar en Brisbane. Australia (agosto de 1990) 100.
- f. Asociación Internacional de Abogados (IBA)
- 25. El Comité de derecho de familia de la sección de práctica general de la Asociación ha constituido recientemente un grupo de trabajo que estudia los problemas con que se encuentran los futuros padres adoptivos cuando realizan gestiones para adoptar niños en el extranjero ²⁶.
- II. LA REALIDAD SOCIAL DE LA ADOPCION EN EL MUNDO
- A. Universalidad cultural de la adopción; la excepción islámica.
- 1. Universalidad cultural
- 26. En sentido amplio y no jurídico la adopción puede definirse como la práctica social institucionalizada en virtud de la cual una persona, perteneciente por su nacimiento a una familia o a un grupo familiar, adquiere nuevos lazos familiares definidos por la sociedad como equivalentes a los lazos biológicos y que sustituyen en todo o en parte los lazos anteriores ²¹.

"Aunque las prácticas en materia de adopción varían mucho en el mundo y según las épocas, de una forma u otra parecen acercarse a la universalidad cultural" 22 . Una excepción importante está constituida por la ausencia de adopción en la mayoría de sociedades islámicas (Ver el Nº 30 infra).

27. Antiquos relatos explican la historia de niños encontrados y educados por pastores, princesas o reyes como sus propios hijos. Moisés 23 y quizá José 24 son ejemplos antiquos de niños adoptados en el seno de una cultura extranjera. Es interesante poner de relieve que mientras José se integró perfectamente en esa cultura. Moisés rompió con ella y condujo a su pueblo a la tierra prometida 25. Según una de las versiones del mito griego de Edipo, su padre Laio, habiendo sabido por el Oráculo de Delfos que Edipo sería el asesino de su padre. lo cerró en un cofre que un barco lanzó al mar. El cofre llegó a las tierras del rey Polibio que, no teniendo hijos, fue feliz criando a Edipo como a su propio hijo. Un día "tentado por un joven de Corintio porque no se parecía en nada a sus supuestos padres". Edipo fue a consultar el Oráculo de Delfos sobre su futuro, con las consecuencias trágicas que fueron descritas por Sófocles 26. La búsqueda de la identidad, tan característica del niño adoptado al menos en ciertas etapas de su existencia, se manifiesta aquí en su más dramático contexto 27 28.

^{&#}x27;' Ver Informes de la 50ª (Bruselas, 1962) y 51ª Conferencia (Tokio, 1964).

El autor de este informe es igualmente relatior de este Comité de la ILA.

²⁸ Ver también <u>Internacional Legal Practitioner</u>, diciembre de 1989, p.115.

Ver E.A. Weinstein, "adoption", en <u>Internacional</u> Encyclopedia of the Social Sciences, (New York, 1968), p.97.

¹bid.

²³ Exodo, 2,10; "Cuando el niño hubo crecido, lo entregó a la hija del Faraón, que lo adoptó por hijo y púsole por nombre Moisés, como quien dice "del agua le saqué" (traducción de la Biblia de Jerusalén).

Génesis, 41: 40-45; "Añadió Faraón a José: Mira que te hago virrey de toda la tierra de Egipto". Le dio un nuevo nombre, pero, contrariamente a lo ocurrido con Moisés, no se indica expresamente que José se convirtiera en hijo del Faraón.

El ejemplo, "ambivalente, como a menudo" es dado por J.Foyer en J. Foyer y C. Labrusse-Riou (ed.) <u>L'adoption d'enfants</u> <u>étrangers</u>, Paris, 1986, p. 94.

R. Graves, <u>The Greek Myths</u>, vol.2 (Londres etc.1960),p.9.

Ver R. Hoksbergen y L. Bunjes, <u>Een buitenlands kind</u> <u>adopteren</u> (Amersfoort, etc. 1989), p.82.

La adopción (<u>de facto</u>) es un tema literario frecuente. Basta recordar clásicos como <u>History of Tom Jones a Foundling</u>, de Henry Fielding, <u>Huckleberri Finn</u>, de Mark Twain, o <u>Sans famille</u> de Hector Malor y, en la literatura del siglo XX, <u>Light in Auqust</u>, de William Faulkner. <u>Abschield von Sidonie</u> (Zurich, 1989), de Erich Hackle, aparecido recientemente en la conmovedora historia de la forma en que los nazis terminaron brutalmente con la adopción <u>de facto</u> de un niño gitano por padres austriacos. La materia de la adopción de niños en países extranjeros en nuestra

28. Los antropólogos han constatado que se encuentran prácticas adoptivas en culturas tan diversas como las de los Inuits del Artico norteamericano ²⁹, de los Kikuyus de Kenia ³⁰, de los moluqueños de Indonesia ³¹, así como en el Atolón de Minihi en el Pacífico Sur, al este de Tahiti 32. La adopción cumple una amplia gama de funciones sociales en las sociedades primitivas y se da. por consiquiente, una gran diversidad de condiciones, de procedimientos y de efectos. Pero se encuentran también un cierto número de rasgos comunes. La adopción está frecuentemente motivada por el deseo de continuar la linea de descendencia principal en una familia (ampliada), a fin de que los bienes, y en particular las tierras, permanezcan en esta familia. En tales casos son, evidentemente, los intereses familiares los preponderantes. En todo caso, la preocupación por el bienestar del niño también está presente y la adopción de huérfanos, por ejemplo, está muy extendida. Las prácticas adoptivas son muy comunes entre familiares o amigos, con fines diversos, tales como el deseo de aliviar a los padres naturales demasiado cargados de hijos, asegurar al niño una educación o unos cuidados particulares o ayudar a los adoptantes que no tienen hijos y que tienen necesidad de una hija para ayudar en la casa o de un hijo para ocuparse del ganado. En particular, cuando sirve para asegurar la transmisión de la propiedad, la adopción puede afectar a la comunidad, en cuanto tal, y necesitar de una declaración pública de los adoptantes, de ciertas ceremonias o de ciertos "rites de passage". Las adopciones secretas son raras en las sociedades de tradición oral 33.

época ha sido tratada en obras de ficción, por ej. <u>Mooie Horizon</u> de Hannes Meinkema (Amsterdam. 1989)

29. De una forma general (puede haber excepciones: en diversas culturas se conoce la adopción entre extranjeros; la adopción puede aplicar a veces una ruptura completa con la familia natural), parece verdad que

"en numerosas sociedades reducidas, la adopción se hace entre pariente; no es siempre permanente, aunque tal pueda ser la intención en el momento de la adopción; no implica la ruptura de los vínculos con los progenitores; y los derechos hereditarios o de sucesión pueden perdurar o incluso yuxtaponerse" ³⁴.

Esto explica también porqué "es extremadamente difícil trazar una línea de demarcación precisa entre lo que constituye o no constituye una adopción" 35 y porqué se puede a veces dudar en colocar una práctica consuetudinaria bajo la etiqueta de "acogimiento familiar", "tutela" o "adopción".

Puesto que la adopción se impregna fuertemente del tejido social, no es sorprendente que, allí donde se han introducido leyes de tipo occidental, las prácticas consuetudinarias en la materia no se hayan dejado imponer el collar de los modelos occidentales y frecuentemente hayan sobrevivido a pesar de la imposición de legislaciones ³⁶.

Parecería que la transición sería más fácil en colectividades como las de las antiguas colonias francesas y, de una forma general, en America Latina, donde se han introducido modalidades de adopción que no sustituyen enteramente los lazos familiares originales (adopción simple). Las prácticas consuetudinarias de Mali, de Senegal, de Gabón, de Guinea, de Burundi y de Costa de Marfil pueden, con una relativa facilidad, ser incluidas o caracterizadas como constitutivas de la adopción simple del Código Napoleón ³⁷. De la misma forma, en America latina, las existencia de modalidades de adopción simple (o adoçao simples) que no entrañan una disolución completa de los vínculos con la

j.B. Silk, Adoption among the Inuit, en Ethos (1987), vol. 15(3), p.320

A.J.F. Simmance, "Adoption of Children among the Kikuyu of the Kiambu District", en E. Contran y N.N. Rubin (eds.), Readings in African Law, col. III (Londres, 1970), p.218.

F. Strijbosch, "Molukse Adopties in Nederland", en Nederlands Juristenblad (1988), vol. 63 (38), p. 218.

M. O'Collins, "The influence of western adoption laws on customary adoptions in the Third World", en Ph. Bean (eds.), Adoptions, Essays in Social Policy, Law, and Sociology (Londres), etc., 1984), p.288.

Con excepción de la adopción en el Atolón de Mamoluk, donde "una conspiración de silencio rodea la adopción y donde se considera como muy perjudicial decir a un niño que es adoptivo". Ver M. Marshall, "Solidarity or Sterility? Adoption and fosterage on Mamolul Atoll", en I. Brandy (ed.) Transactions and Kinship (Honolulu, 1976), p. 78, citado en M. O'Collins, loc. cit (nota 32), p. 294.

³⁴ M. O'Collins, loc.cit. (nota 32 *supra*), p. 289.

Weinstein, <u>loc. cit.</u> (nota 32 *supra*), p. 289.

Es lo que ha mostrado, por ejemplo, la primera Conferencia australiana sobre la adopción celebrada en 1976. Para los representantes de Padua-Nueva Guinea, de Oceanía y de grupos aborígenes de Nueva Zelanda y de Australía, "la idea según la cual la adopción significaría que un niño ha sido perdido para siempre sería considerada intolerable, no solo para la familia próxima, sino también para el clan familiar más ámplio, por el hecho de que la adopción de un niño amputa el grupo familiar y Constituye una pérdida para la sociedad entera". M. O'Collins, loc. cit. (Nota 32 supra), p. 299.

Ver D. Nding, "L'adoption", en <u>Encyclopédie juridique</u> <u>de l'Afrique</u>, tomo 6, <u>Droit des Personnes et de la Famille</u> (Abidjan etc., 1982), pp. 415-426.

familia natural, se corresponden mejor con los arreglos informales utilizados especialmente en las zonas rurales, según los cuales un niño es tomado a su cargo por otra familia sin perder sus vinculos con la familia natural (ver igualmente el nº 48 infra). La "relatividad" generál de la adopción en el Tercer Mundo puede plantear problemas especiales de naturaleza transcultural en el contexto de las adopciones de un pais a otro (ver números 121-126 infra)

2. La excepción islámica

30. La ausencia de la adopción en la mayoría de sociedades islámicas plantea otro problema intercultural. interpretación que prevalece, de forma general, en estas sociedades, el Corán estableció la interdicción de la creación artificial de lazos familiares (nasab) por la vía del tabanni, práctica extendida en la época preislámica y que conducía a la integración completa del niño en la nueva familia, extrañando las mismas prohibiciones en materia de matrimonio que para los consanguineos 38. De hecho, es en razón de estas prohibiciones que el profeta en principio rechazó la oferta de Zaid, su hijo adoptivo, que había repudiado a su esposa para que el profeta pudiera casarse con ella 39. Cuando al final el profeta se casó con ella, ya no era posible manterner la práctica del tabanni. En consecuencia, el Corán especifica que los hijos adoptivos no serán considerados como hijos naturales y no recibirán el nombre de sus padres adoptivos 48. Los juristas islámicos concluyeron que la adopción no podía tampoco producir otros efectos, tales como las prohibiciones en materia de matrimonio y de sucesión. y que, de hecho, no puede conferir el status de hijo legítimo en otros términos, no puede existír en derecho islámico. La actitud actual de diversos países islámicos se ilustra por las observaciones siquientes, de uno de estos paises, Kuwait, sobre un primer proyecto de la Declaración de las Naciones Unidas (Nº 11 supra):

"4. En cuanto al párrafo relativo a la adopción, esta práctica está, como se sabe, prohibida en los países islámicos, en razón de la confusión de linajes que provoca... Estos párrafos no son, pues, aceptables. Si se encuentran en nuestras leyes ciertas características de la adopción es en el sistéma de acogimiento familiar, que cumple su papel para la protección psicológica, sanitaria, social y educativa del niño, en el deseo de asegurarle un porvenir mejor y de darle la nacionalidad como condición previa y fundamental. En lo que se refiere a los nombres el niño no está inscrito con el nombre de su tutor, sino bajo otro nombre, conforme a la frase del Corán "llamadlos con el nombre de sus verdaderos padres", quedando confiado a los cuidados de la familia de acogida o del Estado" 41.

Como se deduce de este párrafo, el punto crucial es que la creación de lazos de filiación artificiales no está permitida, lo que no significa que el niño criado por una familia distinta de su familia biológica quede sin protección juridica. De hecho, debe hacerse notar que la declaración antes citada parte de la idea de que la concesión de la nacionalidad a un niño (extranjero) constituye una "condición previa y fundamental" de un sistema eficaz de acogimiento familiar. La legislación de diversos países islámicos contiene reglas detalladas relativas a modalidades de colocación en la vida familiar, tales como la Kafalah o El Dham (Irak).

No todos los países islámicos excluyen completamente la adopción. En primer lugar, en países como Egipto y Siria, en que se aplica el sistema de la ley religiosa personal, los cristianos pueden adoptar un niño según sus leyes. En segundo lugar, algunos países islámicos han introducído la adopción en sus legislaciones. Entre ellos se puede citar a Tunez (desde 1958) y a Indonesia (ver a este respecto el Anexo C).

Conviene subrayar, para terminar, que la ley islámica admite el reconocimiento de paternidad o de filiación (al- igrar bil-bununwah), que puede también ser utilizado para níños encontrados de ascendencia desconocida. No se considera, sin embargo, un caso de adopción, sino de afirmación de parentesco 42 .

Ver L. Milliot, <u>Introduction à l'étude du Droit musulman</u>, (Paris, 1953), pp 395-396. Ver también su nota "L'adoption en droit musulman", en M. Ancel, <u>L'adoption dans les</u> législations modernes (Paris, 1958), pp. 319-325.

Sura, 33:35: "Pero cuando Zaid tomó su decisión y resolvió repudiar a su mujer, nosotros te la dimos en matrimonio, a fin de que no sea un crimen para los creyentes casarse con las mujeres de sus hijos adoptivos después de su repudio. Debe cumplirse el mandato divino". (De la traducción francsa de M. Kasimirski, Paris, 1984, en el Corán, eds. Crémille et Famot (Ginebra, 1981).

Sura, 33:4/5: "Dios no ha dado dos corazones al hombre; no se ha concedido a vuestras mujeres los mismos derechos que a vuestras madres, ni a vuestros hijos adoptivos los mismos derechos que a vuestros hijos por naturaleza. Si no conoceis a sus padres, que sean vuestros hermanos en religión y vuestros compañeros; no sois culpables si no lo sabeis, pero es un pecado hacerlo deliberadamente " (de la misma traducción de la nota precedente).

Ver el Documento A/38/389 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 6 de octubre de 1943, p. 23.

 $^{^{42}\,}$ Ver, por ejemplo, los arts. 361-364 del Código egipcio de 1875 sobre el estatuto personal y la herencia según los ritos hamefitas.

- B. Evolución de la adopción en tanto que institución socialreseña histórica.
- 31. Una de las más antiguas leyes escritas, el Código de Hammurabi (siglo XVIII a.C.) contiene ya disposiciones sobre la adopción de niños, en particular de niños encontrados. Debe resaltarse que el principio según el cual "el interés prioritario del niño es el de ser criado por sus padres naturales" (art.3 de la Declaración de Naciones Unidas) ya se encontraba en este Código: el párrafo 106 dispone que, antes de que un hombre pueda adoptar a un niño encontrado, debe buscar a los padres del niño y si los encuentra, devolverselo.

En la Roma antiqua, el propósito principal de la adopción era procurar un heredero a un hombre sin hijos para evitar la extinción del linaje familiar. Varios emperadores romanos (por ejemplo. Tiberio y Nerón) fueron adoptados a este fin 43. La adopción de niños impúberes fue prohibida en una cierta época y posteriormente sólo fue autorizada bajo condiciones estrictas. La persona adoptada era siempre colocada bajo la patria potestas (patria potestad) del adoptante y se encontraba en la misma situación que un hijo o un nieto habido de un matrimonio legitimo {adoptio plena, es decir, adopción completa o plena). Justiníano introdujo un cambio fundamental y limitó la adoptio plena a la adopción por un ascendiente natural, como el abuelo. Para los demás casos creó la adoptio minus plena (es decir, la adopción incompleta o simple) que no alteraba los derechos de la familia natural (es decir, el padre). El adoptado podía heredar ab intestato al adoptante, pero permanecía bajo la la patria potestas de su padre natural y conservaba sus derechos sucesorios en la família natural 44. Durante mucho tiempo, tanto en las culturas jurídicas influenciadas por el derecho romano como en Escandinavia y en Rusia 45, el fin principal de la adopción fue proporcionar descendientes a fin de permitir la transmisión de bienes y, en su caso, del apellido o del título. No existía, sin embargo, en el common law ni tampoco en ninguno de los sistemas del derecho civil 46.

En la tradición hindú, el fin principal de la adopción era proporcionar ventajas espirituales al adoptante y a sus ascendientes. La presencia de un hijo (de género masculino) era indispensable para el cumplimiento de los ritos funerarios de los padres adoptivos. Según la antigua ley hindú, la adopción requería numerosas condiciones y, aunque la ley hindú moderna es más flexible, actualmente está en la India únicamente permitida para los hindús (ver *infra* nº 47) 47 . El carácter tradicionalmente religioso de la adopción se manifiesta también en Nepal, donde una de las condiciones de la adopción por extranjero es que el niño no cambie de religión y que su nombre no se altere 48 .

32. El Código Napoleón de 1804 marca el principio de la modernidad legislativa en materia de adopción ⁴⁹. Contrariamente a los deseos del emperador, el Codigo partía de una concepción muy estricta de la adopción de adultos que, en su juventud, hubieran sido criados por los adoptantes durante seis años. El adoptante debía tener 50 años y no tener descendencia. La adopción era un contrato, pero debía ser avalado por el tribunal, que controlaba las condiciones sustantivas y la reputación del adoptante. El adoptado conservaba todos los derechos en su familia natural y sólo adquiría derechos en la sucesión y el nombre del adoptante. Esta situación era desfavorable para los niños sin hogar y en particular para los niños abandonados, y fue únicamente después de la primera guerra mundial, el 1923, cuando la adopción de los menores se convirtió en legalmente posible.

El Código Napoleón inspiró al legislador español que, en 1889, introdujo la adoptio minus plena en el Código civil español, pero abriéndola a los menores. El Código Napoleón y el Código civil español sirvieron de ejemplo a los Estados de América Latina, por ejemplo Colombia, donde la adopción se introdujo en 1873.

33. La adopción plena conducente a una integración total o casi total en la nueva familia apareció en los Estados Unidos, primero

La práctica se convirtió después en un símple acto político. Ver M. Ancel, op. cít. (nota 38 supra), p. 4.

Ver, por ejemplo, R.W. Lee, <u>The elements of Roman Law</u> (Londres, 1956), pp. 70-76).

El <u>Svod Zakónov</u> de 1832 contenía normas detalladas para la transmisión de títulos según diferentes tipos de adopción para los nobles. los comerciantes, los campesinos, etc. – lo cual constituye una elocuente ilustración de la práctica del siglo XIX consistente en utilizar la adopción más para reforzar las distinciones existentes entre las clases que para reducirlas. Ver M. Ancel, <u>op. cit.</u> (nota 38 <u>supra</u>), p. 5.

Ver H.D. Krause, "Creation of Relations of Kinship", en International Encyclopedia of Comparative Law, vol. IV, capitulo 6 (La Haya, etc. 1976), no 21.

Ver, por ejemplo, P. Diwan, <u>Private International Law</u> (Nueva Delhi, 1988), capítulo 11, <u>Adoption</u>, p. 350.

⁴⁸ Ver, por ejemplo, la carta de autorización de adopción que figura en el número 12 A , en el Capítulo relativo a la adopción de la Ley del Reino (Mulki Ain).

Napoleón tenía reputación de haber defendido la causa de los hijos ilegítimos; de forma más general, consideraba que "los hombres tienen los sentimientos que se les inculcan. Por tanto, si à edad temprana se les educa como hijos adoptivos, preferirán su padre adoptivo a su padre natural", Ver F. Boulanger, Droit Civil de la famille, tomo I, Paris, 1990, p. 80.

en el Estado de Massachusetts ⁵⁰. El Estado de Nueva York, California y otros estados le siguieron.

Sin embargo, de forma general y aunque la adopción existiese de facto en numerosas sociedades, "es sólo después de la primera guerra mundial cuando, bajo la presión de la opinión pública y para regular numerosas situaciones de facto (en particular, las adopciones de facto de huérfanos de guerra), varios países promulgaron sus primeras leyes de adopción o revisaron las leyes existentes" ⁵¹. Las leyes aprobadas en la materia por varios dominions (por ejemplo, la Colombia británica (1920), Trasmania (1920), Quebec (1924) ejercieron su influencia sobre la English Adoption of Children Act 1926 que entrañó, a su vez, la promulgación de las leyes sobre la adopción en otras partes del imperio británico. En su origen, el acta de 1926 no concedió al adoptado ningún derecho en la sucesión del adoptante; después, diversas modificaciones condujeron a la asimilación de la situación del adoptado con la del hijo legítimo.

En Francia fue preciso esperar a 1936 para que se introdujera la adopción plena y completa: fue la légitimation adoptive, especialmente concebida para integrar a niños pequeños abandonados o huérfanos en la familia adoptiva. Otros Estados europeos siguieron el ejemplo y, en 1945, Uruguay fue el primer Estado de América Latina que introdujo la adopción plena en sus leyes.

C. La adopción en las sociedades industrializadas

1. Aspectos sociales

34. La segunda guerra mundial y sus consecuencias agravaron mucho el problema de los niños sin familia, lo que no hizo sino reforzar la nueva concepción de la adopción como "medio único para permitir beneficiarse de relaciones familares a los niños privados de sus padres naturales" 52. Sin embargo, fue preciso el transcurso de cierto tiempo hasta que esta nueva idea fue ámpliamente aceptada. Al principio de los años sesenta, cuando la Conferencia de La Haya empezó a preparar su Convenio sobre la adopción, los Paises Bajos acababan de introducir la adopción en su legislación (1956), y esta institución no existía en Portugal (donde no se introdujo hasta 1966). En los primeros años que siguieron a la segunda guerra mundíal, el debate público se refería en mayor medida a la razón de ser de la institución, siempre considerada como una imitación jurídica del nacimiento natural (con el resultado de que en el momento de la adopción el certificado de nacimiento original era destruído o reemplazado, con efecto retroactivo, por un nuevo documento), que a los efectos sociales y psicológícos de la adopción. La adopción se rodea de secretos y tabues. La adopción de un niño por un pariente biológico y, en general, por miembros de la familia, en cuyo caso el pariente biológico no podía ser ocultado, no concordaba con este esquema. La preparación de los niños, de sus familias biológicas y de los adoptantes potenciales era rudimentaria. La investigación social y psicológica sobre la adopción era limitada y se sabía poco sobre la forma en que la adopción actuaba sobre los espíritus y los corazones de los interesados así como sobre la forma en que afectaba a la sociedad en general 33.

35. Hacia 1960, cuando el Estado del bienestar se habia impuesto solidamente en muchos de los países industrializados, la adopción empezó a ser considerada en el marco de la familia y de la protección y del bienestar del niño. El ciclo de estudios de Leysin, celebrado en 1960 bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas, puede ser considerado retrospectivamente como un acontecimiento crucial que reforzó esta concepción naciente de la adopción, centrada en la protección del niño. Dicha concepción inspiró los trabajos legislativos tanto internacionales (Consejo de Europa y conferencia de la Haya) como nacionales. La casi totalidad de los países industrializados empezó a revisar su legislación en materia de adopción, colocando progresivamente el acento en el interés del menor continuando esta evolución en nuestros días. De una parte, ha resultado una mayor admisibilidad, tanto en relación a los tipos de adopción

[&]quot;La Ley de Massachusetts de 1851 se considera generalmente como el primer texto en materia de adopción que tomó expresamente en cuenta el interés del niño e impuso la aprobación por un juez del convenio de adopción. La ley de Massachusetts exigia el consentimiento escrito de los padres casados. de la madre soltera o del tutor legal del niño, el consentimiento del niño a partir de los 14 años, la firma del cónyuge del adoptante si éste o ésta estaban casados, de la petición de adopción y la constatación por el juez competente de que los peticionarios eran "suficientemente capaces de educar al niño ... y que era justo y conveniente que la adopción se realizara". El efecto de la orden de adopción era hacer del adoptado el hijo legal de los adoptantes "a todos los efectos útiles" y privar a los padres biológicos de todos los derechos y obligaciones jurídicas respecto a su hijo. Asi pues, los padres adoptivos eran los únicos responsables de proveer a las necesidades y a la educación del niño y adquirían simultaneamente el derecho a la quarda y a los servicios del niño", "Introduction to Adoption Law and Practice", en J.H. Hollinger, Adoption Law and Practice (New York, etc., 1989), pp. 1-22, 1-23. Se observará, sin embargo, que la ley de Massachusetts y otras antiguas leyes estatales eran ambiguas en lo referente a los derechos sucesorios del adoptado.

Ver Adoption and Foster Placement of CHildren, op. cit. (nota 13 supra, p. 2.

⁵² Ibid.

Ver, a título general, <u>Cycle d'étude européen sur l'adoption entre pays</u>, Leysin, Suiza, 22-31 mayo 1960, reunión organizada bajo los auspicios de Naciones Unidas, UN/TAO/SEM/1960/Rep. 2.

(plena) (adopción por miembros de la familia, por los suegros, por un padre o una madre solteros), como en relación a las condiciones de fondo relativas, por ejemplo, a las edades límite o a la diferencia de edad prescritas por la ley ⁵⁴ o, incluso, la exigencia legal de ausencia de hijos biológicos de los adoptantes: primero esta flexibilidad se extendió también a las condiciones de revocación de la adopción, pero más recientemente la tendencia es excluir totalmente la revocación. Por otra parte, la instauración del Estado del bienestar se ha traducido en un control reforzado de los procedimientos de adopción por las autoridades gubernamentales, este control se ha extendido también a otros medios alternativos de procurar una familia a los niños privados de sus propios padres y, en particular, al acogimiento familiar ⁵⁵.

2. Aspectos psicológicos

36. Bajo la influencia de la psicología y de otras ciencias sociales, se conocen hoy mejor los problemas psicológicos específicos a que dan lugar las soluciones de reemplazamiento de la vida familiar y, más especíalmente, la adopción. En todo caso, existe un amplio acuerdo entre los expertos en reconocer que para que la adopción tenga éxito a largo plazo, deben cumplirse condiciones particulares y se impone una preparación y un apoyo profesional no sólo de la adopción, sino también después de la colocación del menor.

Esto es verdad especialmente en los casos en que es adoptado un niño de cierta edad o cuando presenta minusvalías emocionales, mentales o físicas. En diversos países las parejas, con o sin hijos, y las personas solteras se muestran cada vez más dispuestas (a veces gracias a la incitación de ventajas fiscales o de prestaciones gubernamentales de asistencia a la adopción) a acoger niños mayores o eventualmente disminuidos ⁵⁶.

37. La adopción necesita por parte del niño un "esfuerzo de reconstrucción" prolongado -en particular, si se trata de un niño

de una cierta edad que tiene una historia social y psicológica y no solo una historia genética —para superar la pérdida de sus padres naturales, crear nuevos lazos con sus padres adoptivos y contruirse una nueva identidad. Cada vez es más patente que el factor tiempo juega un gran papel en la materia y que a medida que el niño se desarrolla, la formación de su identidad atraviesa diversas etapas en el curso de las cuales pasa de estar muy interesado en su origen a desinteresarse totalmente, aceptando a veces sus diferentes raices y a veces rechazándolas. Los padres adoptivos deben a la vez adaptarse a este proceso y construir su propia identidad en cuanto padres adoptivos. Finalmente, los padres biológicos atraviesan un proceso de pérdida del hijo que puede revestir formas muy diversas: a veces el abandono de un hijo puede dar nacimiento a un sentimiento de privación después de muchos años ³⁷.

Las enseñanzas de la investigación ⁵⁸ y de la experiencia concreta incitan cada vez más a informar al niño no sólo del hecho de su adopción, sino también de sus antecedentes familiares, contrariamente a la práctica anterior del "secreto de los expedientes" ⁵⁷. Se ha iniciado el establecimiento de una cierta comunicación (incluidos derechos de visita) con los parientes biológicos — habitualmente la madre — para permitir, en una palabra, adopciones más "abiertas" en oposición a las "exclusivas". Esta práctica nueva reviste, naturalmente, una inportancia particular en el caso de niños mayores a los que puede atormentar la siguiente cuestión: ¿por qué mi madre o mi padre se desembarazaron de mí?

Otra nueva tendencia de la psicología (aplicada) es prestar mayor atención a la capacidad de crecimiento inherente de los

Trabajos de investigación confirman que la edad de los padres adoptivos "no tenía relación significativa con el grado de adaptación del niño ni con las evaluaciones de la calidad del cuidado paterno". Ver Weinstein, <u>loc. cit.</u> (nota 21 <u>supra</u>), p. 66.

Ver, de forma general, L. Salgo, <u>Pflegekindschaft und Staatsintervention</u> (Darmstadt, 1987).

Ver, por ejemplo, G. O'Hara, <u>Placing Children with Special Needs for Adoption - recruitment</u>, <u>selection and support</u>, resumen de un trabajo presentado a la Conferencia internacional sobre la Adopción hoy, Atenas, 6-9 de julio de 1987. Ver también C. Godde, <u>Hard to place</u>, resumen del discurso pronunciado en la Conferencia de expertos de organizaciones no gubernamentales sobre la puesta en práctica de la Declaración de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, Viena, 10-11 junio 1987.

Investigaciones fundamentales en este ambito fueron realizadas por H.D. Kirk, entre otros, que formuló la hipótesis del reconocimiento, en oposición al rechazo, de las diferencias. Según Kirk, los padres adoptivos sufren un "inconveniente inherente a su papel", que deriva de una idealización de la paternidad natural y de la idea de que la adopción constituye un sustitutivo inferior. Reconocer las diferencias que caracterizan la situación de padres adoptivos conducirá a una relación adoptiva más satisfactoria que si se rechazan estas diferencias. Ver H.D. Kirk, Shared Fate: A Theory of Adoption and Mental Health (Nueva York, 1964).

Ver, además de Kirk (en la nota precedente), por ejemplo, A. Sorosky, A. Baran y R. Pannor, <u>The Adoption Triangle</u>, (Nueva York, 1979).

El cambio se produjo más lentamente en unos países que en otros. En Inglaterra y en el País de Gales, por ejemplo, el secreto se levantó en 1975 (En Escocia en 1925), mientras que en Estados Unidos la mayoría de estados sólo autorizan la consulta de los expedientes cuando un tribunal encuentra una "razón suficiente" ("good cause"), aunque existe una tendencia hacia una mayor apertura. Ver el nº 108 infra.

participes en el proceso de adopción. En el pasado, la atención se fijaba sólo en la dependencia psicológica del niño, su necesidad de protección y las angustías de los padres adoptivos. Más recientemente, la intensidad de las reacciones del niño y la aptitud de los padres adoptivos para reaccionar frente a situaciones conflictivas empiezan a ser reconocidas como constitutivas de componentes preciosos que intervienen poderosamente en el proceso de adaptación ⁶⁸.

- 3. La adopción independiente y la adopción por medio de una institución.
- 38. En numerosos países se tiende progresivamente a desalentar las adopciones independientes (calificadas también como "directas", "privadas" o adopciones "provocadas por los padres") y a recomentar la intervención de organismos especializados ⁶¹. La tendencia es también a la reglamentación pública de estas instituciones. En numerosos países europeos y en varios estados de Estados Unidos, por ejemplo, las personas privadas no están autorizadas a actuar como intermediarias. Las reglas impuestas por la ley representan normas mínimas y numerosas instituciones se han fijado reglas de conducta más rigurosas.

Uno de los factores que explica el papel creciente de las instituciones es que se ha adoptado una concepción más exigente de la adopción ⁶², que supone una determinación más cuidadosa de las necesidades del niño (por estudios profundos), así como encuestas más minuciosas sobre los hogares de los futuros adoptantes, el control posterior a la colocación en la familia adoptiva, los servicios prestados a los padres biológicos y diversas prestaciones posteriores a la adopción. El papel creciente de control del Estado procede, de una parte, del deseo

de luchar contra las prácticas irregulares - en particular, la búsqueda de beneficio - y, de otra, de la filosofía de la acción social que tiende a atribuir responsabilidades de supervisión al Estado.

- 4. Adopciones transculturales e interétnicas
- 39. La adopción de niños pertenecientes a minorías étnicas negros, hispánicos o indo-americanos en los Estados Unidos, indoamericanos en el Canadá y aborígenes en Australia- puede considerarse como indicativa de una transición entre la adopción monocultural y monoétnica en el interior de un mismo país y la adopción transfronteriza actual que, frecuentemente, comporta también un elemento transcultural o interétnico.
- 40. En los Estados Unidos, en un clima general de simpatía por las aspiraciones afro-americanas, varios miles de niños negros fueron colocados en familias blancas a lo largo de los años sesenta. Sin embargo,

"a pesar de la valoración positiva realizada por la mayoría de los investigadores sobre la adopción transracial, la adopción de niños negros por familías blancas ha descendido espectacularmente a lo largo de los diez últimos años. Una vigorosa toma de posición de la National Association el Black Social Workers, realizada en 1972, describiendo la adopción transracial como un forma de genocidio, contribuyó a desarrollar una reconsideración de las colocaciones transraciales... Los problemas encontrados en el ámbito de la colocación transracial revelan modificaciones más profundas en las actitudes de negros y blancos respecto al carácter que deberían tener las relaciones interraciales en América y las políticas adecuadas para producir estos cambios. Todos los que se ocupan de la colocación de niños afro-americanos permanecen, sin embargo, de acuerdo sobre un punto, a saber, que el esfuerzo principal para la colocación de estos niños debe situarse en el cuadro de la comunidad afro-americana, Se han realizado progresos apreciables para aumentar la aptitud de las instituciones para colocar niños negros en hogares negros a lo largo de los diez últimos años" 63 634.

Ver, por ejemplo, G. Hallden, <u>Adoption in a Conflict and Development Perspective</u>, resumen en inglés de una Conferencia, Instituto pedagógico, Universidad de Estocolmo, 1981.

Sin embargo, en los Estados Unidos parece que la tendencia se ha invertido recientemente. Las adopciones independientes se hacen más numerosas y una de las razones principales es "la respuesta relativamente inadecuada de los profesionales de los servicios sociales ... que se podría creer que normalmente se resistirían a la creciente intervención de intermediarios "independientes" en la adopción y a la creación de un "mercado de bebés" en que las necesidades de los padres adoptivos y los aspectos financieros cuentas más que la necesidad de procurar un hogar a los niños", W. Pierce, <u>Independent Adoptions</u> and the "Baby Market", resumen, <u>International Conference Adoption Today: Development and perspectives</u>, Atenas, 6-9 julio 1987, p. 24.

⁶² Como ha dicho un investigador, la adopción "se convierte progresivamente en un vocablo simple que encubre una institución social compleja", P. Hepworth, <u>Foster care and adoption in Canada</u>, Otawa, 1986, p. 177.

A.R. Silverman y D.E. Weitzman, "Nonrelative Adoption in the United States: A Brief Survey", en R.A.C. Hoksbergen y S.D. Gokhale (eds.), Adoption in Worldwide Perspective (Lisse, etc. 1986), p. 6 (suprimidas las notas a pie de página).

La idea según la cual los niños negros no deberían colocarse en hogares blancos ha tenido, igualmente, un gran impacto en el Reino Unido, donde esta idea es compartida por las autoridades locales responsables en materia de adopción y ha influido en decisiones recientes como, por ejemplo, <u>Family Division</u>, 16 de marzo de 1989, <u>Re N (A Minor) (Adoption)</u> (1990) 1 FLR 58 y <u>Court of Appeal 23 agosto 1989</u>, <u>Re P (A Minor) (Adoption)</u> (1990) 1 FLR 96.

En el mismo orden de ideas, la adopción por no indios de niños indígenas nacidos en la comunidades indo-americanas es una cuestión muy controvertida en los Estados Unidos. Tras constatar que la adopción de niños indo-americanos en hogares no indios causaba problemas serios, no solamente a los niños y a sus padres, sino más particularmente a las tribus, el congreso adoptó la *Indian Child Welfare Act (ICWA)* de 1978 que entre otras cuestiones atribuye a las jurisdicciones tribales, una competencia exclusiva en relación a todo procedimento de adopción que afecte a un niño indio "residente o domicilíado" en la reserva de una tribu ".

41. Canadá y Australia no disponen de una legislación comparable a la ICWA, pero se preocupan mucho de la adopción de niños indios y aborígenes. En 1985 el Parlamento de Ontario adoptó el Children and Families Services Act que especifica que en los procedimientos de adopción "la importancia de, considerando el carácter único de la cultura, la herencia y de las tradiciones de las comunidades indias e indígenas, preservar la identidad cultural del niño" be debe ser tomada en consideración para pronunciarse sobre lo que se corresponda mejor con su interés. Esta ley reconoce igualmente la existencia de un método consuetudinario que define como "el cuidado y la guarda de un niño indio o indígena por una persona que no es el padre del niño, según las costumbres del lugar o de la comunidad natal del

niño" ⁶⁶. Una consecuencia obvia e importante de esta postura es que un niño protegido de esta forma no puede ser adoptado por otras personas. Otras provincias canadienses, así como el Gobierno federal, estudian medidas diversas destinadas a proteger mejor a los niños indígenas en materia de adopción y de bienestar de la infancia ⁶⁷.

42. En Australia, los aborígenes han tomado la iniciativa para que se reconozcan lo abusos de que son víctimas sus comunidades y las necesidades especiales de sus níños. En 1975 el Tribunal Supremo del Territorio del Norte respondió a estas preocupaciones es y varios estados y territorios, así como el Gobierno federal, han elaborado o están elaborando leyes destinadas a proteger mejor a lo niños aborígenes y a respetar los valores aborígenes, por ejemplo, dejando de ignorar los matrimonios de facto tradicionales y dando preferencia para la colocación de niños aborígenes a un progenitor, a miembros de la familia en sentido amplio del niño o a otros miembros de la comunidad aborígen es.

5. Alternativas a la adopción

- a. ¿Colocación en familias alimentantes? Protección alternativa del niño.
- 43. Cada vez se admite más en el mundo entero que una buena protección de la infancia "empieza en la familia, para pasar después por la prevención y un trabajo serio de restauración de la personalidad de los niños que se beneficien de ayuda pública antes de que, eventualmente, se considere una solución "permanente" fuera de la familia natural" 70. De ello se deriva que desplazar de forma permanente a un niño fuera de su familia a través de la adopción, el acogímiento familiar o la colocación institucional no debería ser más que el último recurso, una vez agotadas todas las etapas previas; no es legítimo más que si la familia de origen se ha beneficiado en su momento de una asistencia adecuada y eficaz. En cuanto a la elección entre

En una sentencia reciente, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió (por 6 votos contra 3) que un tribunal del estado de Mississipi no era competente para pronunciarse sobre la adopción de gemelos indios por una pareja no india, aunque los niños hubieran nacido fuera de la reserva y no hubieran residido nunca en ella; concluyó que los gemelos estaban "domiciliados" en ella en el sentido de la disposición de la ICWA, que establece una competencia tribal exclusiva, que debe determinarse conforme a una norma federal uniforme y no según criterios estatales variables, teniendo en cuenta que los padres estaban domiciliados en la reserva y que este domicilio determina tradicionalmente el de los hijos. Una circunstancia dramática de este caso era que los padres biológicos de los bebés gemelos habían consentido previamente por escrito a la adopción y, una vez impugnada la adopción por la tribu, habían reafirmado su deseo de ver a los dos niños adoptados por la pareja que deseaba tomarlos a su cargo. La madre biológica, incluso, se las había arreglado para que los gemelos anciesen fuera de la reserva. Según la minoría en el Tribunal Supremo, la tribu debía respetar el deseo expreso de los padres biológicos de que se les aplicaran los procedimientos de adopción del tribunal del estado. Mississipi BAnd of Choctaw Indians appelant c. Orrey Curtiss Holyfield, et ux. J.B., madre natural, y W.J., padre natural, 109 S.Ct. 1597 (3 abril 1989).

⁴⁵ S. 37 (4), 130 (3).

^{5. 191.}

⁶⁷ Ver el resumen comparativo en <u>Law Reform Commission</u> (Australiana), <u>The Recognition of Aboriginal Customary Law</u>, Rapport 31, vol. 1, Camberra, 1986.

[&]quot;In the Matter of Freddie", Tribunal Supremo del Territorio del Norte, Nº AC48, recogido en <u>Australian Child and Family Welfare</u>, vol. 2, nº 6, pp. 19-23, citado en C. Picton, "<u>Adoption in Australia"</u>, en R.A.C. Hoksbergen y S.D. Gokhale, pp. cit. (nota 63 supra), pp. 151-167.

Ver las proposiciones que figuran en el Informe de la <u>Law Reform Commission</u> (nota 67 <u>supra</u>).

J. Triseliotis, "Some Moral and Practical Issues in Adoption Work", en 13 Adoption and Fostering (1989), pp. 21-27, especialmente en p. 24.

adopción y acogimiento familiar, de una parte, y la colocación en una institución, de otra parte, existe también un acuerdo generalizado de que "la colocación de niños en acogimiento familiar o familias adoptivas es preferible a una colocación institucional, a menos que las nacesidades particulares de un niño exijan cuidado que puedan dispensar mejor los establecimientos especializados" 71

Estas concepciones se reflejan actualmente en la Declaración de las Naciones Unidas y, en particular, en sus artículos 3 y 4 (ver anexo). Los países occidentales han llegado, en general, a poner en práctica estos principios, al menos en cierta medida; los países en desarrollo encuentran mayores dificultades en razón de los problemas económicos, sociales y culturales a los que se deben enfrentar (ver D infra, así como el Capítulo III. B).

43.A. En muchos países occidentales se tendía a considerar la adopción y el acogimiento familiar como mutuamente excluyentes. en particular en la época en que se insistía en el carácter confidencial de la adopción. A medida que se ha ido adoptando una actitud más abierta respecto a ésta, se ha considerado legítimo e incluso preferible que después de un cierto tiempo los que hayan acogido el niño soliciten su adopción de tal forma que el acogimiento familiar ha empezado a ser considerado un puente no solo respecto a la familia biológica sino también hacia la adopción. En la evolución más reciente, la adopción y el acogimiento familiar tienden a converger, como lo muestran, por ejemplo, la mayor toma de conciencia de la importancia de identidad para los níños adoptivos y acogidos en familias, las subvenciones públicas para los dos tipos de colocación y la regulación por la ley de acogimiento familiar a largo plazo 72. La Declaración de las Naciones Unidas (Capitulo B) y la Recomendación № R(87) del Comité Ministerial del Consejo de Europa de fecha 20 de marzo de 1987, relativa a las familias de acogimiento, son ilustrativas de esta tendencia.

b. La reproducción asistida

44. El progreso de la ciencia médica ha permitido conseguir toda una serie de técnicas de reproducción que abre a numerosas parejas estériles la posiblidad de convertirse en padres sin tener que acudir a acoger o a adoptar a un niño. Algunas de estas técnicas como la fertilización in vitro posibilitan la concepción de un niño genéticamente relacionado con ambos miembros de la pareja. En tal caso, es indudable que los miembros de la pareja son los padres legales del niño así engendrado. En otras formas de reproducción asistida, un tercero (e incluso un cuarto) padre biológico debe intervenir en el proceso. Tal será el caso en la inseminación artificial por un donante, la donación de óvulos,

la donación de embriones y las maternidades de sustitución, durante el periodo de gestación o de otra forma. Existe controversia sobre la aplicablidad del esquema de la adopción en relación, a estas cuestiones y a otros aspectos como por ejemplo, al acceso a la información relativa al padre biológico que no cría al niño ⁷³. Todo este ámbito es de una gran novedad y se presta a numerosas controversias ⁷⁴.

n. La adopción en sociedades en desarrollo y en transición

45. Como veremos más detalladamente en el Capítulo IV, A, aunque la mayoría de los países en desarrollo disponen de una legislación en materia de adopción comparable a la de los países que conocen una protección social avanzada. la realidad social que rodea la adopción es generalmente muy diferente. En varios países en desarrollo la adopción de niños pertenecientes a una etnia, a una casta o a un clan diferente y, a veces, la de las niñas. produce una fuerte resistencia. Esta oposición cultural se ha puesto de manifiesto a partir del momento en que, en muchos países en vias de desarrollo, la red tradicional de familia amplia que, en el pasado, tomaba a su cargo los niños sin hogar por la vía de la adopción o de cualquier otra forma, ha empezado a desaparecer (ver infra los números 57-59). A ello hay que añadir que la desaparición de la estructura de la familia amplia no ha sido compensada, o no lo ha sido completamente, por la puesta en práctica de un sistema eficaz de protección social debida a la iniciativa privada o a la acción gubernamental. En otros términos. los servicios disponibles hoy generalmente y considerados como esenciales en los Estados industrializados para que una adopción tenga posibilidades de éxito - como el apoyo a las familias en la forma de asesoramiento, estudio de los niños y de los hogares, con mayor razón las prestaciones dispensadas después de la colocación o de la adopción - son en gran medida inexistentes en los países en vías de desarrollo.

46. En numerosos países y, en particular, en los que han conocido un crecimiento económico rápido en estos últimos años, se percibe, sin embargo, una tendencia a favorecer la adopción en el propio país, incluso a pesar de las resistencias culturales y a las dificultades socio-económicas que no han sido aún totalmente superadas. La República de Corea, que es una de las principales naciones industrializadas del Sudeste asiático, constituye un buen ejemplo. Aunque la práctica de la adopción empezó muy pronto en Corea, la adopción de niños ajenos a la familia se enfrenta a una resistencia profundamente enraizada en razón de la importancia extrema concedida a la sangre y a la

Ver <u>Adoption</u> and <u>Foster Placement of Children</u>, <u>op. cit</u> (<u>supra</u>, nota 13), p. 6.

Ver L. Salgo, <u>op. cit.</u> (<u>supra</u>, nota 55) pp. 367-388). Ver también A.K. Kadushin, op. cit. (supra, nota 13), p. 46.

Ver L.B. Andrews, "Alternative Reproduction and the Law of Adoption", en J.H. Hollinger, op. cit. (supra, nota 50), Capítulo 14.

⁷⁴ Ver, a título general, B.M.Knoppers, <u>Rapport général</u>, presentado en la Comisión de derecho internacional y humanitario, Asociación de Derecho internacional, Conferencia de Varsovia, 1988.

línea. Un tal clima cultural no era favorable a la generalización de la adopción. La guerra de Corea, que se tradujo en el debilitamiento total de los lazos familiares en toda la península y en el nacimiento de niños de sangre mezclada que, como sus madres solteras, eran víctimas de actitudes nagativas, privo de padres a millares de niños. Para empezar, el gobierno "creó en 1954 la Asociación de protección social, organismo de finalidad no lucrativa que tenía como misión encontrar hogares en el extranjero para esto niños y, en particular, para los de sangre mezclada" ⁷³. Después, la industrialización rápida vino a multiplicar el número de niños huérfanos o abandonados. "A partir de mitad de los años setenta, el gobierno empezó, igualmente, a promocionar la adopción y el acogimiento familiar en el propio país. Ello se tradujo en una expansión digna de ser subrayada: de 242 adopciones locales en 1973, se pasó a 3.079 en 1977. Desde entonces el crecimiento se ha ralentizado. En 1980, el número de adopciones locales fue de 3.657 y en 1987 de 4.235" 76.

Recientemente, la tendencia a la adopción en el lugar parece acentuarse, por una parte, como consecuencia de la amplia publicidad dada antes y durante los Juegos Olímpicos de Seúl en 1988 por los medios de comunicación, criticando la política gubernamental en materia de adopciones transnacionales. La política del gobierno actual se resume de la forma siguiente:

"...Corea es, en este momento un país, que como el Japón o los Estados Unidos es plenamente capaz de enfrentarse a sus propios problemas y, por ello, no queremos enviar a nuestros niños a países extranjeros... El Gobierno coreano tiene la intención de tratar de reducir las adopciones extranjeras a una cifra próxima a cero. Sin embargo, ello se producirá progresivamente a medida que la sociedad coreana se habitúe a la idea de adoptar niños sin ningún lazo de parentesco."

Esta declaración muestra claramente que según el gobierno no se debe esperar que las actitudes y prejuicios conservadores respecto a la adopción local desaparezcan de un día para otro. Resulta también, implicitamente, que la institucionalización a ultranza no constituye una solución. De hecho, la República de

Corea, que había lanzado una política de muy amplia institucionalización en los años cincuenta y sesenta, debió reconsiderarla en 1965, a causa de los "problemas causados por el cuidado institucional" ⁷⁸. En consecuencia y debido a que el sector social ha recibido menor ayuda porque los gastos importantes se consagraban a la defensa nacional y a la revitalización de la economía, no será fácil realizar el objetivo de poner fin a las adopciones transnacionales en un futuro próximo.

47. La República de Corea no es la única en afrontar este dilema. El problema es general para numerosos países de Asia, de Africa y de America latina, muchos de los cuales se encuentran en una situación económica más difícil que la de la República de Corea. En su innovadora sentencia Laxmi Kant Pandey c. Union of India, el Tribunal Supremo de la India indicó claramente que la adopción de niños indios en el mismo país, debía tener prioridad sobre la adopción el estranjero:

"... antes de... considerar ninguna petición de un extranjero, las instituciones reconocidas de protección social o infantil no deben escatimar ningún esfuero para que el niño sea confiado (a una familia hindú) en adopción. Cada vez que una familia hindú se pone e relación con una institución reconocida de protección social o infantil para adoptar a un niño, deben dársele todas las facilidades por esta ... institución para permitirle examinar los niños disponibles para adopción y si la familia hindú desea examinar el expediente de un niño en particular, este ...expediente debe también serle facilitado ... para permitirle decidir si desea adoptar al niño. Solamente en el caso de que ninguna familia hindú se presente para adoptar a un niño en un plazo máximo de dos meses, puede considerarse al niño como disponible para la adopción en el extranjero, con la sola excepción de si el niño es disminuido o si su estado de salud necesita un tratamiento médico urgente que la institución de protección social o infantil que se ocupa del niño no está en condiciones de proporcionar, en cuyo caso ... la institución no tiene que esperar los dos meses y puede y debe tomar medidas inmediatas para que el niño pueda ser adoptado en el extraniero" 79.

Como se deduce de esta decisión, sin embargo, la adopción de niños con problemas especiales, en particular cuando crecen, plantea un problema delicado en la Indía ⁸⁸. Además, en numerosas

Ver B. Hoon Chun, "Difficulties and Prospects in Increasing the Role of In-country Adoptions in Korea", en SSI, rama alemana, Support of Children in Need and Intercountry Adoption, Documentación de la reunión temática del Servicio Social Internacional, Berlín, 3 de agosto de 1988 (Frankfort, 1988), pp. 30-34 (p. 30).

^{76 &}lt;u>Ibid.</u>, p. 31.

Declaración realizada por el Cónsul de la República de Corea en Washington D.C., Sr. Baek-Sang Cho, en una entrevista citada en un artículo del <u>New York Times</u> (12 de febrero de 1990, A 15), titulado "South Korea Slows Export of Babies for Adoption".

B. Hoon Chun, loc. cit. (supra, nota 75), p. 30.

Sentencia de 6 de febrero de 1984, párrafo 16, <u>Supreme</u> <u>Court Almanac</u> 1984 (1) Scale 159.

Ver también N. Chandry, "Perspectives on Child Care in India", SSI, rama alemana, <u>op. cit</u> (<u>supra</u>, nota 75), pp. 19-26 (p, 22).

regiones de la India los niños son preferidos a las niñas, por lo que estas últimas son dificilmente adoptadas. En general, como lo reconoció francamente el director de un hogar hindú de niños: "la adopción en la India está todavía en sus primeros pasos ... un cambio exigiría, sin ninguna duda, tiempo y un esfuerzo de educación.." ". De hecho, como se ha visto que a menudo era difícil encontrar hogares adoptivos en la India y que la exigencia de un plazo de dos meses para las adopciones en el extranjero tenía a menudo un efecto meramente dilatorio en la práctica, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de septiembre de 1985, matizó la antes citada decisión "."

Un sistema paralelo de adopción de facto existe ciertamente en la India, pero un obstáculo importante para el desarrollo de la adopción en el país es la ausencia de una legislación detallada en la materia. Entre las diversas comunidades religiosas de la India, solamente los hindúes disponen del Hindu Adoption and Maintenance Act de 1956, que se ocupa más de los padres que del bienestar del niño ⁶³. Las otras comunidades existentes en la India deben apoyarse en un Guardianship and Wards Act de 1890, hoy desfasada, que no permite conceder al niño la condición de un hijo o de una hija, legítima o natural. En diciembre de 1980 se presentó al Parlamento hindú un proyecto de ley tratando de introducir con carácter general la adopción, pero este proyecto se ha enfrentado a la oposición de ciertos medios —islámicos en particular— y todavía no ha sido votado ⁶⁴.

48. En América latina los especialistas de acción social están de acuerdo, generalmente, en que las adopciones locales deben ser preferidas, a la vez, a las adopciones en el extranjero y a otras modalidades de asistencia de las que se benefician los menores en el propio país. Según la conclusión de la reunión de expertos que preparó en 1984 la Convención interamericana sobre la adopción,

"las adopciones locales ... deben ser estimuladas y facilitadas por los gobiernos y unicamente cuando se ha agotado esta posiblidad debe pensarse en las adopciones en el extranjero ... La adopción debe ser considerada como la mejor solución para reemplazar a la familia ausente ... y sólo cuando las familias adoptivas no esten inmediatamente disponibles o no lo están mas que después de largos periodos de espera, debe aconsejarse como etapa siguiente el recurso a otras formas de asistencia, por ejemplo, la colocación en acogimento familiar o en instituciones convenientemente cualificadas y orientadas" ⁶⁵.

Han sido tradicionalmente populares en América latina los arreglos *de facto* del tipo del acogímiento familiar o la adopción simple ⁸⁶. En ciertas regiones de América latina, como en otras

En algunas regiones, las familias que viven en el campo envían a sus hijos a casa de amigos que viven en la ciudad para permitirles ir a la escuela. La familia de acogida espera que el niño realizará ciertas tareas y asumirá mayores o menores responsabilidades conforme crece.

En ambas situaciones, el niño permanece en un entorno cultural y geográfico idéntico al de su familia, con la cual mantiene contactos. Las relaciones existentes entre la familia de acogida y la familia natural se basan en la confianza recíproca y no en una norma jurídica o en medidas administrativas de protección a

¹bid., p. 23.

[&]quot;Si la solicitud de una decisión de autorización es en un procedimiento ante el Tribunal de menores o ante el Social Welfare Department o el Collector (...), el niño puede ser ofrecido simultaneamente a padres indios y a padres extranjeros, a reserva de que el tribunal de menores o el Social Welfare Departmen, el tribunal de menores o el Collector den la autorización para proponer al niño en adopción porque, en otro caso e incluso teniendo en cuenta el plazo reducido que ahora hemos establecido, serían precisas al menos seis semanas antes de que el niño pudiera ser propuesto en adopción", Laxmi Kant Pandey c. Union of India on Civil Petition (Criminal), nº 1171 de 1982, (1986) 1 Supreme Court Weekly Reporter 52, párrafo 18.

Por ejemplo, un hindú puede adoptar un hijo cuando no tiene hijos, nietos o biznietos. Igualmente, un hindú puede adoptar una hija unicamente cuando no tiene hija ni hija de su hijo. Si un hindú tiene un hijo o una hija, sólo puede adoptar un hijo o una hija en virtud de la Guardian and Wards Act 1890, ver D.P. Chowdhry, Intercountry Adoption (Nueva Delhi, 1988), Capitulo 6.

A pesar de este vacío jurídico, se ha observado recientemente que "la petición de niños es cada vez más importante en la India, particularmente en las grandes ciudades. Hasta que el Tribunal Supremo de la India adoptó sus principios, sólo la ciudad de Bombay poseía dos grandes organizaciones que

se ocupaban de la adopción en la India ... En el momento actual se han creado instituciones ... similares en otros Estados". A. Damodaran, <u>Foster Care and Adoption In India - An Overview</u>, memoria presentada en la segunda reunión de expertos sobre la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, Ginebra, 14-15 noviembre 1989.

Instituto interamericano del niño, op. cit. (supra, nota 17), pp. 7-8.

En la cultura latinoamericana, la formación escolar de hijos de familias pobres es a menudo asumida por padrinos o madrinas pertenecientes a una clase más acomodada. Los padrinos y madrinas consideran que tienen la obligación religiosa y moral de encargarse de la educación del niño. Aunque comparten la vida de sus padrinos y madrinas, los niños no se asimilan completamente a sus familias. El niño mantiene un contacto estrecho con su propia familia, con la cual regresará educado y capaz de trabajar.

partes del mundo, existen prejuicios étnicos y los niños crecidos o disminuidos no encuentran facilmente padres adoptivos. Hasta ahora, no parece que las políticas gubernamentales tendentes a promover la adopción en el propio pais conozcan un gran desarrollo ⁶⁷.

En ciertos países, sin embargo, se han tomado iniciativas más modestas para propiciar las adopciones locales. En Brasil, por ejemplo, donde los tribunales de menores disponen de amplios poderes discrecionales en el ámbito de la adopción, varios de entre ellos han enunciado políticas de adopción que preven que se debe, ante todo, tratar de encontrar una solución en el propio país ⁸⁸.

III. LA ADOPCION TRANSNACIONAL - EVOLUCION, PRACTICAS, ABUSO Y ALTERNATIVAS

A. Examen histórico

49. La adopción transnacional empezó a extenderse notablemente al término de la segunda guerra mundial. Primero se produjo la adopción por familias de Estados Unidos de niños originarios de Europa (en particular de Alemania, de Italia y de Grecía) pero también de Japón o de la China. Los soldados americanos entraron en contacto con huérfanos o con familias que no podían alimentar a algunos de sus hijos y habían decidido separarse de ellos para que fueran adoptados en el extranjero; la presencia de tropas extranjeras se tradujo también en un aumento del número de hijos ilegítimos.

A medida que Europa y Japón se recuperaban de los efectos de la segunda guerra mundial y que la presencia amerícana se reducia en estos países, la adopción de niños europeos y japoneses en los Estados Unidos disminuyó, pero la guerra de Corea conllevó un nuevo interés en los Estados Unidos por los niños sin hogar de ese país. Ello se tradujo en un nuevo fenómeno, cual es la intervención de agencias privadas en la adopción transnacional. Organizaciones, como las fundadas por Harry Holt se esforzaron

en encontrar familias americanas deseosas de adoptar a estos niños ⁸⁷.

50. Con la excepción de la migración de niños coreanos hacia los Estados Unidos, hacia 1960, año en que la Novena Sesión de la Conferencia de La Haya decidió elaborar un Convenio sobre los aspectos de la adopción que afectan el derecho internacional privado, las migraciones de niños tenían sobre todo tendencia a concentrarse en Europa. Merece ser subrayado que cuando la Organización de las Naciones Unidas convocó en Leysin, en 1960 %, una Conferencia internacional de expertos para examinar la materia de la adopción internacional, se trató de un ciclo de estudios regional en el que sólo participaron Estados europeos y en el que se prestaba especial atención a las adopciones internacionales entre Estados europeos.

Fue en el ámbito esencialmente europeo que la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado concibió su convenio en 1964 y que el Consejo de Europa redactó su Convención europea sobre la adopción de niños en 1967.

51. A finales de los años sesenta el cuadro, sin embargo, comenzó a transformarse radicalmente. En lugar de reducirse a un problema intraeuropeo, como se creía a principios de los años sesenta, la adopción transnacional comenzó a revestir el carácter de fenónemno mundial. Hacia 1970, en numerosos Estados industrializados comenzó a descender fuertemente el número de niños susceptibles de ser adoptados en razón de los cambios sociales y demográficos. Las tasas de natalidad comenzaron a decrecer, la regulación de la natalidad se convirtió en socialmente admitida y fácilmente accesible, el aborto empezó a ser legalizado, la vergüenza que se aparejaba a los nacimientos ilegítimos se redujo y los padres solteros tuvieron acceso a prestaciones sociales. A medida que la institución de la adopción era cada vez más ampliamente aceptada, el número de niños disponibles por adopción no hacía más que reducirse. Estos cambios demográficos y sociales ocurridos en los paises industrializados tuvieron amplias consecuencias. En tanto que la existencia de niños sin familia presentó un carácter estructural, el problema de la adopción en el extranjero pudo expresarse mediante una fórmula relativamente simple, del género "¿cómo encontrar una familia para este niño?". Las cosas se complicaron

la infancia". Ver Consejo de Europa, <u>op. cít.</u> (<u>supra</u>, nota 16), p. 7.

Esta situación podría cambiar profundamente en el futuro. Ver el nuevo art. 107(1) del Código de menores colombiano, de fecha 27 de noviembre de 1989 (<u>Díario Oficial</u> de 27 de noviembre de 1989), entrado en vigor el 19 de marzo de 1990, que establece la prioridad de las peticiones de adopción realizadas por colombianos sobre las realizadas por extranjeros. Ello traduce una política análoga a la expresada en la Sentencia del Tribunal Supremo de la India de 1984 (<u>supra</u>, n99 47).

Ver, por ejemplo, C.L. Marques, "Adoption of Brazilian Children - Report of the Work of an Interdisciplinary Team in Porto Alegre, Brazil", en SSI, rama alemana, op. cit. (supra, nota 75), pp. 35-38.

Entre 1953 y 1981, más de 38.000 niños coreanos fueron adoptados por familias americanas. Simultaneamente, la sociedad norteamericana conoció cambios importantes. Todo "empezó en un periodo que vío producirse la inversión histórica de las actitudes americanas respecto a las formas de racismo más flagrantes. Las decisiones judiciales que imponían la no segregación y el movimiento de derechos civiles de finales de los años cincuenta y principios de los sesenta sirvieron de telón de fondo a tales adopciones", A.R. Silverman y D.E. Weitzman, loc. cit. (supra, nota 63), p. 2.

[°] Ver el nº 35 y la nota 53 supra.

cuando, con la disminución de la fertilidad, la regulación de los nacimientos y las nuevas actitudes, el deseo y las razones para adoptar niños en el extranjero adquirió también un carácter estructural en los paises industrializados. En este momento, una "oferta" estructural de niños "disponibles" a los fines de adopción en el extranjero en los paises en vías de desarrollo encontró una "demanda" estructural de niños en los paises económicamente avanzados. El vocabulario económico adquirió derecho de ciudadanía y la adopción transnacional se convirtió en un fenómeno social mucho más complejo y en una fuente de controversias.

- 52. Hacia la misma época, la guerra del Vietnam atrajo la atención del mundo entero sobre la suerte de millares de niños sin hogar en el Sudeste Asiático. Por primera vez, la televisión difundía inmediatamente la imágen de estos niños en las casas americanas y europeas. Una vez más, el movimiento se inició en los Estados Unidos ⁹¹.
- Al mismo tiempo, el hecho de que el público se interesara ampliamente en la guerra del Vietnam fue sintomático de una toma de conciencia más general de los países industrializados, que se tradujo en un interés mayor por los países en desarrolllo y por los compromisos adquiridos respecto a ellos. Los niños de Vietnam, de Indonesia, de Tailandia, así como de Corea, comenzarón a ser adoptados por nacionales de la República Federal de Alemania, de Holanda, de Bélgica, de Francia, de Suiza, de Gran Bretaña y de otros países europeos. La adopción de niños provenientes del Sudeste asíático se extendió igualmente a Australia desde principios de los años setenta.
- 53. Aunque no se dispone de estadísticas precisas en relación a todos los países, no cabe duda de que la mayoría de niños de origen estranjero adoptados en Europa, Estados Unidos, Canadá y Australia procede de países de Asia. Durante mucho tiempo la República de Corea tuvo el primer lugar entre los países de origen de los niños adoptivos ⁹². En todo caso, como hemos visto supra nº 46), Corea reconsideró recientemente su política y , como consecuencia de ello, la migración de niños hacia el extranjero para ser adoptados disminuyó considerablemente. La

adopción de niños provenientes del Vietnam se interrumpió bruscamente por el nuevo Gobierno establecido en Saigón en 1975 ⁵³. La adopción proveniente de Bangladesh terminó cuando la Abandoned Children's (Special provisions) Order de 1972 fue derogada por el gobierno en 1980 como consecuencia de rumores relativos a abusos y después de protestas públicas. En Indonesia, la adopción en el extranjero se reguló por primera vez en 1979 y fue luego severamente limitada en 1983. Durante algún tiempo, el Gobierno de Sri Lanka practicamente puso fin a toda adopción en el extranjero, pero recientemente ha cambiado de política bajo los efectos de la guerra civil. Además, India y, en menor medida, Tailandia y Filipinas, entre otros, autorizan que los niños sin hogar dejen su país para ser adoptados en el extranjero bajo ciertas condiciones, que tienden a ser cada vez más estrictas.

- 54. Hasta principios de los años setenta, no se contaba más que con un número limitado de adopciones de niños latinoamericanos en otras regiones del mundo 🤲 Hacia 1975 se produjo un fuerte aumento. Entre 1976 y 1981 más de 5.000 niños sudamericanos fueron adoptados en los Estados Unidos; casi un 80% de estos niños eran originarios de Colombia. Canadá. Europa. Israel y Australia siquieron el movimiento. Un estudio publicado hace varios años deducía de los "escasos datos disponibles" determinados rasgos en los flujos migratorios. México y el Salvador eran importantes "fuentes" de niños para Estados Unidos, pero apenas lo eran para Europa occidental; Colombia, como la República de Corea, eran una notable "fuente" para ambas regiones; "hacia finales de los años setenta, la mayoría de niños chilenos iban a Europa, mientras que despúes de 1980 se ha comprobado un marcado crecimiento del flujo hacia los Estados Unidos". Un elevado número de niños originarios de Ecuador, Perú y Brasil también han sido adoptados, pero la emigración de niños cubanos, argentinos, venezolanos, uruguayos y paraguayos ha sido muy reducida 95.
- 55. El número de adopciones de niños provenientes de Africa y de Oceanía parece haber sido, hasta ahora, comparativamente pequeño. Se ha producido una pequeña migración de niños de las

Entre 1963 y 1976, más de 3.000 niños vietnamitas fueron adoptados en este país. "Contrariamente a lo ocurrido en la adopción de niños nacidos en Corea, la de niños de Vietnam suscitó considerables controversias. Los que se oponían argumentaban que no convenía hacer salir niños vietnamitas del Vietnam. Se decía también que muchos de estos niños estaban separados de sus familias sólo temporalmente. Algunos de estos elementos permiten pensar que el debate tuvo un efecto desfavorable sobre la adaptación de niños adoptados en tales circunstancias". A.R. Silverman y D.E. Weitzman, loc. cit. (supra, nota 63), p. 4.

[&]quot;Desde 1980, parejas americanas adoptaron más de 40.000 bebés coreanos", <u>New York Times</u>, 12 de febrero de 1990, p. A15.

En el caso de Estados Unidos, "reapareció, al menos en una forma limitada, cuando los hijos de soldados americanos y mujeres vietnamitas fueron autorizados a emigrar a Estados Unidos. La mayoría de estos niños debieron sr acogidos en hogares alimentantes o adoptivos en vez de unirse a sus padres americanos", A. R. Silverman y E. Weitzman, <u>loc. cit.</u> (<u>supra</u>, nota 63), p. 4.

[&]quot;Desde 1948 hasta 1962, no hubo más que 15 adopciones de niños nacidos en América del Sur por ciudadanos de Estados Unidos. Entre 1963 y 1975 se han detectado 1.205 adopciones de esta naturaleza". <u>Ibid.</u>, p. 5.

Ver F.J. Pilotti, "Intercountry adoption; a view from Latin America", en R.A.C. Hoksbergen y S.D. Gokhale (ed.) op cit. (nota 63 anterior), pp. 143-149.

antiguas colonias (por ejemplo, Madagascar o Senegal) hacia Europa. Recientemente, como consecuencia de la guerra cívil, Etiopía ha autorizado la adopción de niños en el extranjero. En el interior de Europa se constata la existencia de una migración relativamente pequeña de niños de los países meridionales (por ejemplo, Grecia o Portugal) hacia el Norte (por ejemplo, Suecia) y del Este (por ejemplo, Polonia, Hungría, Rumanía) hacia el Oeste (por ejemplo, Francia).

56. El cuadro de "países de origen" de niños se modifica constantemente. Cuando un país cierra sus fronteras o limita la posibilidad de adopciones en el extranjero, otro país puede adoptar una política más liberal. Algunos países autorizan la salída de niños muy pequeños y de bebés, mientras que otros no permiten partir mas que a niños más crecidos o minusválidos. La tendencia general sería, sin embargo, restringir la adopción transnacional de niños en situación de ser adoptados en el propio país, en particular cuando se trata de niños pequeños con buena salud %. Ver el anexo A, "Road to Foreign Adoptions Gets Rockier".

B. El abandono como causa principal de la infancia sin hogar

1. Abandono y miseria

57. En estos diez últimos años las causas socio-económicas, especialmente la urbanización rápida, el crecimiento de suburbios marginales, favelas, etc., añadiéndose a las guerras y a los desastres naturales, se han convertido en la explicación principal del número de niños sin hogar. En los años 1980 el abandono de niños aumentó aún en diversos paises de América latina, de Asia y, más recientemente, de Africa ⁹⁷. Se reconoce generalmente que, en la mayoría de los casos, la causa profunda del abandono es la pobreza ⁹⁸.

Una regresión de los servicios de salud, incluidos los servicios de planificación familiar y la pérdida de toda posibilidad de educación son otras consecuencias del deterioro económico.

"Como consecuencia de las presiones socio-económicas acompañadas de una tensión creciente, tanto en el interior del hogar como en la comunidad, las familias a menudo se disgregan y se debilita el apoyo de los padres a los hijos. Ocurre a menudo que los matrimonios o las relaciones informales entre adultos llegan a un punto de ruptura y un padre o titular de la guarda abandona a la familia, de donde deriva una carga suplementaria tanto para el padre soltero — a menudo la madre — que permanece a su cargo, como para los niños que pueden verse obligados a trabajar para su sustento. Las relaciones familiares y la situación económica pueden degradarse hasta que el niño abandone a su familia o sea abandonado por ella" ".

La legislación de numerosos países incluye una definición jurídica del abandono de niños. Tales definiciones, que pueden figurar en el Código civil, en el Código penal o en textos especiales, van desde la idea estricta del abandono voluntario del niño hasta concepciones mucho más amplias, como el hecho de desinteresarse de un niño confiado a los cuidados de otra persona o de una institución ¹⁸⁰.

R.A.C. Hoksbergen y otros: Adopted children at home and at School, (Lisse, 1987), p. 3, considera que "una estimación situada entre 15.000 y 20.000 niños por año (provenientes del tercer mundo) no parece excesiva". Esta estimación fue hecha antes de que la República de Corea decidiese reducir la migración de bebés destinados a la adopción.

Yer, a título general, <u>Defence for Children</u>
<u>International, International Investigation into the Rights of Abandoned Children</u>, marzo de 1989.

Estudios realizados por la FISE revelaron que "durante los años ochenta, los ingresos medios cayeron un 10% en la mayoría de países de América latina y más de un 20% en Africa y al Sur del Sahara. ... En numerosas zonas urbanas, el descenso del salario mínimo real ha alcanzado el 50%. Para los más pobres, los que están obligados a consagrar las tres cuartas partes de sus ingresos a alimentación, disminuciones de tal medida sólo pueden entrañar la desnutrición de sus hijos".

UNICEF, The State of the World's Children 1990, p. 8. Ver también, a título general R. Jolly y G.A. Cornia, The Impact of World Recession on Children, estudio preparado por la FISE (Oxford, etc., 1984) y G.A. Cornia y otros, Adjustment with a Human Face, vol. I, Protecting the Vulnerable and Promoting Growth (Oxford, 1987) y vol. II, Country Case Studies (Oxford, 1988).

[&]quot; UNICEF (FISE), Explotation of working Children and Street Children (E/ICEF/1986/CRP.3), p. 7. "Las estadísticas recogidas por el Patronato Nacional de la Infancia en Costa Rica sobre los motivos de abandono de niños registrados por sus servicios en 1985 indican los factores siguientes, por orden de importancia: familias economicamente desfavorecidas; madre no arrepentida después de haber confiado a su hijo a otra persona o a otra institución; madre falllecida; madre alcohólica, drogada o dedicada a la prostitución; padre que padece una enfermedad mental; madre irresponsable. El mismo estudio de la PANI de 1985 llegó a la conclusión de que, en la gran mayoria de casos (más de un 80%), las madres vivían solas. Habían sido abandonadas, eran solteras o eran "el único progenitor conocido" (en caso de violación, por ejemplo). (Defence for Children International, op. cit. (nota nº 97 anterior), p. 16. Según el Informe de Defence for Children International esta situación prevalece en numerosos países e influye fuertemente en el abandono de los recien nacidos, lo cual constituye un problema crítico en épocas de recesión económica.

Defence for Children International, op. cit. (nota 97 anterior), pp. 8-9.

2. La institucionalización

Habitualmente numerosas sociedades y gobiernos han reaccionado al abandono de niños con la institucionalización. Los sistemas pueden variar de un pais a otro, yendo desde el sistema de algunos países africanos "en que el Estado no administra unidades residenciales estatales sino que autoriza la creación de centros privados, hasta el sistema extendido en la mayoría de países de América latina, que consiste en una mezcla de centros administrados o subvencionados por el Estado y obras estrictamente privadas (religiosas o de otra naturaleza) 1811. Aunque, según ciertos informes, la tasa de mortalidad sea a veces elevada respecto a los niños en régimen residencial, el problema fundamental es, parece, no que las instituciones no alcancen a satisfacer las necesidades materiales de los niños, sino "que las 'homes" privadas y públicas no ofrecen al niño un marco que favorezca su desarrollo intelectual y afectivo" 182. Escasean las instituciones concebidas para "reemplazar a la familia" y muchos informes señalan que los niños pierden su identidad y su personalidad en un entorno institucional y sufren de inadaptación cuando lo abandonan. Además, a causa a menudo de "falta de personal y de inercia de los sistemas de prevención y, frecuentemente, de una falta de datos ... la iniciativa de una reunión familiar procede habitualmente de la familia y no de la institución" 193.

En toda América latina, en Asía y en Africa, así como en ciertos países europeos (Polonia, Rumanía), estos establecimientos, a menudo mal dotados de personal, mal administrados y mal controlados, constituyen una "fuente" principal y, quizá, la principal de niños adoptados en el extranjero.

3. Niños en la calle; niños de la calle

59. Se percibe, sin embargo, progresivamente que el enfoque habitual (la institucionalización) tiende quizá a ignorar el hecho de que todos los niños "en la calle" no son necesariamente también niños "de la calle". Como subraya un reciente informe de la FISE ¹⁶⁴, la mayoría de los que se llaman niños de la calle conservan algunos contactos familiares y no pueden, consiguientemente, considerarse pura y simplemente como abandonados. En general, sólo una pequeña minoría de niños ha perdido todo contacto con la familia de origen. El FISE y numerosas organizaciones orientan progresivamente sus esfuerzos

hacia apoyar y sacar a flote familias y comunidades ¹⁶⁵. Las consecuencias para el problema de la adopción transnacional son evidentes: la idea extendida de que "millones de niños de la calle" del tercer mundo no tienen hogar y podrían, por tanto, ser adoptados en sociedades más ricas, debe ser matizada y la cuestión del consentimiento de los padres de origen para la adopción adquiere una gran importancia. Ver el resumen del informe del FISE, Anexo B.

4. Niños refugiados

60. En relación a los niños refugiados de los que se encarga el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, sigue también una política que trata de reunir, en la medida de lo posible, a estos niños con sus familias. En 1980, el Comité ejecutivo del Alto Comisionado adoptó la siguiente postura sobre los menores no acompañados:

"Debe hacerse todo lo posible para encontrar a los padres u otros parientes de los menores no acompañados antes de proceder a la reinstalación de estos últimos. Después de ésta deberían proseguirse los esfuerzos para clarificar con certeza suficiente la situación familiar. Estos esfuerzos tienen una importancia particular ante cualquier decisión relativa a una adopción, que suponga la ruptura de los lazos con la família natural"

De ello deriva que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados no propicia la adopción transnacional mientras que no se haya precisado la situación familiar del niño. "Como regla general, se considera que ha de transcurrir un periodo mínimo de dos años para que se busque a los padres y se

^{181 &}lt;u>Ibid.</u>, p. 25.

¹⁰² Ibid., p. 26.

¹⁸³ Ibid.

Op. cit. (nota 99 <u>supra</u>).

[&]quot;Los mejores métodos tratan de ayudar a los niños a título individual, apoyarlos y restablecer su familia, desarrollando comunidades fuertes y activas, capaces de proteger y sostener más eficazmente a sus hijos. Muchos de estos proyectos ayudan a los niños a satisfacer sus necesidades en materia de ingresos, de educación y de orientación profesional. Le prevención de nuevas separaciones familiares, para los niños que tienen familias, así como la reinserción de niños sin hogar en nuevas familias, constituyen las verdaderas señales de éxito de cualquier iniciativa". UNICEF, op. cit. (nota 99 supra), p. 28. Ver también, a título general, Stichting Mensen in Nood y otros, Street Children in the Third World, Symposium sur la théorie et la pratique, Amsterdam 1989, donde se encuentra toda una gama de contribuciones diversas sobre diversos aspectos del problema.

Ver Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los REfugiados, <u>Handbook for Social Services</u>, capítulo 8, 1, "Unaccompanied Minors", pp. 7-8 y <u>idem, Principes directeurs concernant les enfants réfugiés</u>, Ginebra, 1988.

tome en consideración cualquier reivindicación hecha respecto a un niño" 1864.

Esta actitud es generalmente compartida 187 y constituye el principio que guía la política del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados e inspira igualmente el art. 22 de la Convención sobre los derechos del niño. Ver Anexo I.

C. Adopciones independientes o por intermediarios

- 61. La práctica para el establecimiento de contactos entre un orfelinato u otra institución, una familia natural u otra persona encargada de la guarda de un niño en un país y una pareja o una persona sola deseosa de adoptar un niño en otro país es muy variada. La distinción entre las adopciones "independientes" y "por intermediario" (nº 38 supra) puede hacerse igualmente a escala internacional. Existen, sin embargo, dos perspectivas: la de los candidatos a la adopción en el país de recepción y la de los padres biológicos u otras personas encargadas de la guarda en el país de origen.
- 1. Desde el punto de vista del país de recepción
- a. Adopciones independientes
- 62. Cuando se trata de adopciones independientes, los futuros padres se dirigen directamente a particulares o a instituciones del país de origen. Pueden, eventualmente, disponer de contactos en este país porque ellos hayan permanecido temporalmente o hayan residido allí en algún momento. Pueden igualmente establecer expresamente tales contactos para adoptar a un niño. Las explicaciones sobre este comportamiento varian. Puede ocurrir que ningún programa de adopción del país de acogida actúe en el país en el que vive el niño, o que el niño no esté implicado en tal programa de adopción transnacional. Sin embargo, lo más frecuente es que los futuros adoptantes quieran evitar lo que consideran como inconvenientes de una adopción por intermediario: el coste, el plazo de espera en una lista por un periodo indefinido y las restricciones inherentes a un programa de adopción, como las relativas a la edad de los niños o la ausencia

del derecho de exámen personal "".

En cierto número de paises de recepción se tiende desde hace algunos años a evitar las adopciones independientes y a favorecer las adopciones por intermediarió. Por una parte, numerosos futuros padres se han dado cuenta de que, después de todo, la adopción de un niño supone numerosos riesgos e incertidumbres, debidos, por ejemplo, al hecho de que no conocen la cultura jurídica del país del niño. Por otra parte, numerosos países de recepción han adoptado medidas tendentes a desalentar las adopciones independientes, por ejemplo, Suecia. Por consiguiente, mientras que en Suiza, por ejemplo, el 90% de las adopciones de niños provenientes del extranjero son independientes, esta proporción es sólo del 10% en Escandinavía ¹⁶⁹. Ver también los números 137-141 infra.

b. Adopciones por intermediario

- 63. En este caso, un organismo establecido en un pais de recepción está vinculado por un contrato o de otra forma a una institución o a una persona residente en el extranjero y tiene, de esta forma, acceso a los niños "disponibles". Tal organismo puede ofrecer toda una gama de servicios, incluidos los preparativos jurídicos, una encuesta sobre los futuros padres, la selección y la presentación del niño y el control después de la colocación "".
- 64. En numerosos países de recepción los organismos que se ocupan de la adopción de niños originarios de países en vías de desarrollo proporcionan también una ayuda a los países de origen. Pueden financiar un centro social, tomar a su cargo el salario de un trabajador social, hacer apadrinar a los niños, ayudar a la industria rural, proporcionar asistencia médica, etc.

Obviamente, es bastante delicado combinar los servicios de adopción internacional con el hecho de proporcionar una asistencia, ya que gracias a esta última actividad el organismo que la presta puede tener mayor acceso a niños "disponibles". Para resolver el problema deontológico, las instituciones de algunos paises separan rigurosamente, en sus organigramas, las actividades tendentes a facilitar la adopción de los programas sociales que ejecuten en los países de origen.

Ver Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, <u>Note on Refugee Children</u> EC/SCP/46, de 9 de julio de 1987, nº 32.

Ver, por ejemplo, SSI, <u>Unaccompanied Children in Emergencies</u>, A <u>Field Guide for Their Care and Protection</u> (Ginebra, 1987). Un importante estudio sobre el conjunto del problema es el de E.M. Ressler y otros, <u>Unaccompanied Children. Care and Protection in Wars</u>, <u>Natural Disasters and Refugee Movements</u> (Nueva York, etc. 1988).

Ver, por ejemplo, James A. Pahz, <u>Adopting from Latin America: An AGency Perspective</u> Springfield, Illinois, 1988), p. 43.

Ver H. Rauline, <u>Le trafic d'enfants lié à l'adoption internationale: Etude et propositions</u>, Estudio realizado por *Terre des Hommes*, Lausanne, 1988.

Ver, a título general, Consejo de Europa, <u>op. cit.</u> (nota 16 <u>supra</u>).

- 2. Desde el punto de vista del país de origen
- a. Adopciones independientes
- 65. Los servicios de protección social e infantil escasean en gran medida en numerosos países en desarrollo o. si existen, tienen pocos recursos, por lo que son poco numerosos los organismos especializados en asistir a los padres biológicos u otras personas encargadas de la guarda del niño en la decisión de dar a sus hijos en adopción en el extranjero. De una forma ideal, como dijo el Tribunal Supremo de la India en el asunto Laxmi Kant Pandey v. Union of India:

"Antes de que los padres biológicos tomen la decisión de consentir en la adopción de su hijo, debería ayudarseles a comprender todas las implicaciones de la adopción, incluida la posibilidad de adopción por un extranjero y se les debería decir expresamente que si el niño es adoptado ya no existirá ninguna posibilidad de contacto. Los padres biológicos no deben ser sometidos a ninguna presión para que tomen la decisión e, incluso cuando ya hayan resuelto consentir a la adopción, debería concedérseles un nuevo periodo de aproximadamente tres meses para reconsiderar su decisión" "".

Si bien la India y algunos otros países (ver los números 66-69 infra) han hecho apreciables progresos en lo que se refiere a proporcionar asistencia a los padres biológicos, en numerosos países en desarrollo no existe ningún servicio de esta naturaleza y la decisión de abandonar al niño la toman a menudo los padres biológicos (generalmente la madre) por su cuenta.

- b. Adopciones por intermediario
- 66. Un número creciente de países de origen ha tratado de restringir las adopciones directas y de canalizar las adopciones internacionales a través de determinados organismos.

En la República de Corea las adopciones transnacionales se autorizan unicamente por intermediación de cuatro organismos. En 1954 el Gobierno creó la Social Welfare Society (ver el nº 46 supra). Los tres restantes organismos – World Children's Services. Eastern Child Welfare Society y Korean Social Services – son originarias de los Estados Unidos. La ley exige que el personal de estas instituciones esté, en alguna medida cualificado. "Gracias a estas exigencias, las familias adoptivas de Europa han constatado que los niños coreanos estaban particularmente bien preparados para su trasplante a otra sociedad y, por tanto, tenían mayores aptitudes para adaptarse. Las garantías tomadas para la colocación de un elevado número de niños coreanos en el extranjero han permitido, por tanto, evitar muchas de las graves dificultades que puede entrañar esta forma

de colocación" 112.

- 67. En Tailandia, en virtud de la ley sobre la adopción de niños (1979), los particulares no están autorizados a ocuparse de la adopción de un niño y las organizaciones de protección infantil deben actuar en virtud de un permiso del Director General del Departamento de Bienestar Público, en cuyo seno se creó un consejo para la adopción de niños con la finalidad de controlar la actividad de los intermediarios así como el procedimiento de adopción en general.
- 68. En la India, en el asunto Laxmi Kant Pandey v. Union of India (sentencia de 6 de febrero de 1984, antes citada), el Tribunal Supremo de la India dio directrices para poner fin a las adopciones independientes o privadas efectuadas por personas u organismos no autorizados. Las peticiones de adopción "no deberían ser tratadas mas que por una institución de protección social o infantil autorizada o reconocida por el Gobierno del Estado en que funcionan" 113.

En una sentencia posterior, de 27 de septiembre de 1985, el Tribunal Supremo distinguió netamente entre los "organismos de encuesta" y los "organismos de colocación" 114.

- El Alto Tribunal sugirió, iqualmente, que " ... antes de decidir el reconocimiento de una institución particular de protección social o infantil a los fines de adopción en el extranjero, el Gobierno de la India o el Gobierno de un Estado actuaría correctamente examiando si la institución en cuestión dispone del personal necesario, con experiencia profesional de trabajo social ... Convendría, también, no reconocer a una organización o a una institución que no hubiera sido creada para colocar a los niños en un régimen de adopción: unicamente una organización o una institución dedicadas a trabajos de protección intantil y de acción social debería poder ser reconocida, ya que la adopción en el extranjero debe ser considerada no como una actividad independiente y autosuficiente, sino como una parte integrante de un programa de proteccipon de la infancia, de tal forma que no haya posibilidades de que degenere en comercio" (párrafo 15).
- "El organismo de investigación, nombrado por el Tribunal para ayudar a llegar a una conclusión sobre el punto de si es de interés para el menor ser confiado a padres extranjeros para ser adoptado por ellos, no debe estar mezclado de ninguna forma en la colocación de niños a los fines de adopción. Debe ser un organismo especializado con experiencia en el ámbito de la protección a la infancia y que no tenga nada que ver con la colocación de niños a los fines de adopción, a falta de lo cual existe el riesgo de que sea imposible una evaluación objetiva e imparcial" (párrafo 3, ver nota 82 supra). El Tribunal Supremo reconoció al <u>Indian Counsel for Child Welfare</u> y al <u>Indial Counsel of Social Welfare</u> como organismos de investigación y ordenó a los

Consejo de Europa, op. cit, (nota 16 supra), p. 27.

Párrafo 18, ver <u>supra</u>, nº 47 y nota 79.

Esta legislación judicial tuvo gran influencia sobre la práctica de la adopción transnacional en la India y parece que efectivamente se ha puesto fin a las adopciones directas. 69. Ninguna interdicción general pesa sobre las adopciones privadas en los países de América latina, donde escasean las instituciones de protección de la infancia. En Paraguay y en Perú, por ejemplo, actúan algunas obras privadas, pero dependen completamente del trabajo voluntario y de la financiación privada 115. Existen instituciones oficiales de protección de la infancia, por ejemplo, en Brasil (*Fundação do Bem Ester do Minor*, FEBEM) y en Guatemala (Consejo de Bienestar Social de Guatemala). Ambas aconsejan a las madres solteras, proporcionan información sobre las consecuencias jurídicas de las adopciones, incluidas las adopciones internacionales y asisten a los tribunales. Existen procedimientos complejos de adopción con destino al extranjero en Costa Rica y en Colombia. En Costa Rica. la mayoría de las adopciones, incluidas las adopciones transnacionales, se realizan por mediación del Patronato Nacional de la Infancia (PANI), que, en virtud de la Constitución de Costa Rica, está encargado de forma general de la protección de las madres y de los niños. La estructura más elaborada se encuentra probablemente en Colombia, donde el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)ha creado una red regional amplia que aporta ayuda y asesoramiento a las madres solteras, incluida la información sobre las consecuencias de una adopción en el extranjero. La mayoría de las adopciones con destino al extraniero se efectúan a través del ICBF.

En Ecuador, después de toda una serie de escándalos relacionados con secuestros de menores, con transacciones con falsas madres y con el tráfico de niños en el extranjero, se creó en 1989 una "unidad técnica de adopción", financiada por el Instituto nacional de protección de menores y que forma parte del Ministerio de Protección Social. La unidad técnica ha lanzado un "programa nacional de adopción" que trata de conectar las peticiones locales e internacionales de adopción.

D. Adaptación de los niños adoptados de origen extranjero

1. El desafío particular a que deben enfrentarse

70. En el momento en que un niño originario de Asia, de América latina, de Africa o de Oceanía se encuentra colocado en una familia adoptiva de un país industrializado, ¿cómo se adapta a su nuevo entorno? Los conocimientos que se han adquirido

recientemente sobre los aspectos sociales y psicológicos de la adopción (ver los números 34-37 supra) adquieren una importancia particular en casos de adopción transnacional, en razón de las notables diferencias - sociales, culturales y étnicas existentes. No se fue consciente de este fenómeno en el primer desarrollo de la adopción de niños extranjeros después de la segunda guerra mundial. Se trató al principio de un fenómeno nuevo, que imponía una cierta prudencia. La tendencia fue entonces minimizar las diferencias entre las familias naturales y las familias adoptivas. Ahora, que es un fenómeno normal en numerosos países, se ha advertido que los problemas que se les plantean a las familias adoptivas aumentan frecuentemente en caso de que se trate de una adopción transnacional, en razón de las considerables disparidades que pueden existir entre los antecedentes y las expectativas del niño y de los padres adoptivos.

71. Investigaciones transculturales recientes mostraron que los factores de orden genético o relativos al entorno pueden entrañar diferencias cualitativas en lo que se refiere a ritmos, reacciones y actividad motriz en las primeras etapas de desarrollo de un niño "". Parece que, a su vez, estas diferencias influyen sobre las reacciones de los padres y a la inversa "" os padres

las reacciones de los padres y a la inversa. "Los padres adoptivos deben estar dispuestos a atenerse a estas diferencias y a comprenderlas. Si no lo hacen, interpretarán las dificultades reciprocas de adaptación como un signo de su propia incapacidad para establecer una relación con el nuevo bebé" 117.

2. Resultados positivos de la investigación

72. Diversas investigaciones realizadas en los Estados Unidos en los años setenta - y relativas, en particular, a niños coreanos - permitieron llegar a la conclusión de que los niños

tribunales contínuar dirigiéndose a ellos para las verificaciones necesarias. Pueden utilizarse otros organismos de investigación, a condición de que se trate de instituciones de protección de la infancia que no se ocupen de la adopción de niños.

Home Countries", en SSI, sección alemana, op. cit. (nota 75 supra), pp. 12-15.

Por ejemplo, mientras en aunas culturas los recien nacidos parecen inclinados a una fuerte actividad-motriz, en otras dan prueba de mucha más dulzura y tranquilidad. Ver T.B. Brazelton, <u>Families: crisis and carinq</u> (Reading, Mass., 1989), pp. 214-218.

^{117 &}lt;u>Ibid.</u>, p. 217. Puede ocurrir también que los padres atribuyan las dificultades de inadaptación al propio bebé. Incluso cuando la personalidad del niño ha ido absorviendo progresivamente aspectos de la personalidad de los adoptantes "en caso de crísis, por ejemplo como consecuencia de una experiencia traumática o de una nueva adaptación como la entrada en el colegio, ... el comportamiento temperamental innato del niño tiene positiblidades de salir a la superficie y el niño tendrá, de nuevo, necesidad de la comprensión y el respeto de sus padres adoptivos", <u>Ibid.</u>, p. 218.

adoptados provenientes de otros países se adaptaban bien "". Esta impresión positiva ha sido confirmada por un reciente gran estudio danés, realizado a escala nacional, relativo a la situación de los adoptados de origen extranjero con edades comprendidas entre los 18 y los 25 años 119. Iqual que en los estudios americanos, la mayoría de jóvenes afectados (aproximadamente el 60%) habían nacido en Corea 120. El estudio llegaba a la conclusión de que estos niños se habían adaptado bien a su entorno danés. Se prestaba una atención particular al problema de la eventual discriminación racial. Aunque la mayoría de los adoptados indicaron que no habían sido víctimas de ella. algunos habían sido objeto de una discriminación negativa (y a veces positiva),- pero se trataba de casos aislados. La importancia de una relación abierta con los padres adoptivos y con el entorno en general se demostró por las reacciones de los niños que habían sufrido discriminaciones ocasionales: los que conocian este tipo de relación abierta habían sufrido menos con la discriminación que los que no. De forma general, el proceso de formación de la identidad de estos niños se había desarrollado de forma satisfactoria 121.

- 3. Presencia de un cierto riesgo de inadaptación posterior
- 73. Por otra parte, estudios recientes realizados en Holanda sugieren que los adoptados provenientes de una cultura extranjera

están expuestos a un riesgo de inadaptación ulterior sensiblemente más elevado. Un vasto estudio sobre los problemas de comportamiento, de afectividad y de aptitud que presentan los niños de origen extranjero con edades comprendidas entre los 10 y los 15 años adoptados en Holanda ha revelado que, aunque la mayoría de niños que formaban la muestra examinada (2.148) no tenían más problemas de comportamiento que los niños no adoptados, por el contrario en la banda de edad comprendida entre los 12 y los 15 años tales problemas (robos, hiperactividad, vandalismo, fugas. etc.) son dos veces más numerosos entre los primeros que entre los segundos 122. Un estudio posterior ha confirmado la hipótesis según la cual cuanto mayor es un niño en el momento de su colocación para adopción, mayor es el riesgo de que presente problemas de comportamiento y de afectividad 123. Estas conclusiones se han corrobodado mediante entrevistas clínicas 124. Todos estos estudios se realizaron porque existía en Holanda una preocupación creciente por el hecho de que la proporción de niños adoptados originarios de países de cultura diferente y antecedentes étnicos distintos en tratamiento institucional superaba a la normal. Se realizaron investigaciones a escala nacional para medir la extensión del problema, que han permitido concluir que las experiencias negativas en el pais de origen del niño, las excesivas expectativas de los futuros adoptantes y una preparación insuficiente de estos últimos. añadidas al hecho de que los propios niños podían ser difíciles, constituían las razones principales de esta situación 125.

- 4. La necesidad de información y preparación
- 74. Las conclusiones de las investigaciones realizadas en Holanda no han tenido, hasta el momento, un verdadero paralelo

Ver, por ejemplo, D.S. Kim, "How they fared in American homes: A follow-up study of Korean Children in US homes", en Children Today, 31 (1977), pp 2-6; S.P.Kim y otros, "Adoption of Korean children by New York area couples. A preliminary study", en Child Welfare, 58 (1979), pp. 419-427. Ver también, sin embargo, S.P. Kim, "Behavioral Symptoms in three transracially adopted children: Diagnosis dilemma", en Child Welfare, 59 (1980), pp. 213-224, que sugiere que los niños de raza o de cultura extrangeras presentan una vulnerabilidad inherente tanto en el plano psíquico como en el del desarrollo.

Ver M. Rorbech, <u>Mit land er Danmark</u>, Social Forsknings Instituttet, (Copenhagen, 1989); resumen en inglés, <u>idem.</u>, <u>Denmark - My country</u> (Copenhagen, 1990).

Las dos terceras partes habían alcanzado la edad de tres años antes de su llegada a Dinamarca. Por el contrario, la mayoría de niños de origen extranjero adoptados en Dinamarca tenían menos de dos años en el momento de su llegada.

Es interesante señalar que "aproximadamente la mitad (de los que han contestado> reconocia más o menos que, dada su situación, podían constituir un instrumento de acercamiento entre las naciones", M. Rorbech, <u>Denmark - My Country</u> (nota 119 anterior), p. 20. Análogos resultados positivos se señalan en Australia en lo que se refiere a los adoptados vietnamitas (tratándose, sin embargo, de adoptados muy jóvenes). Ver I.J. Harvey, "Adoption of Vietnamese Children: an Australian Study", en <u>Australian Journal of Social Issues</u>, 18 (1983), pp. 55-69.

F.C. Verhulst y otros, "Problem behavior in international adoptees: I", en <u>Journal of the American Academy</u> of Child and Adolescent Psychiatry, 29 (1990), pp. 94-103.

F.C. Verhulst y otros, "Problem behavior in international adoptees: II", en <u>Journal of the American Academy of child and adolescent Psychiatry</u>, 29 (1990), pp. 104-111 (ver las pp. 104-105). El efecto más profundo de los diferentes tipos de privaciones a edad temprana, así como la preocupación creciente de los adolescentes en relación a su filiación biológica explican, quizá, esta conclusión. No se ha constatado que un origen étnico diferente permita en sí mismo predecir serios problemas de comportamiento .

Ver F.C. Verhulst y otros, "Problem behavior in international adoptees: III", a publicar en <u>Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry</u>, mayo de 1990. Ver también F.C. Verhulst y J.J.M. Verluis-den Biemen, <u>Buitenlandse Adoptiekinderen</u>, <u>Vaardigheden en Probleemgedrag</u> (Assen, etc. 1989).

¹²⁵ Ver R.A.C. Hoksbergen y otros, <u>Bittere Ervariqen</u> (Lisse, 1988).

en otros países. Sean o no confirmadas por estudios futuros, no cabe duda, sin embargo, sobre el hecho de que la adopción de niños nacidos en una cultura extranjera plantea problemas muy particulares y exige que los futuros adoptantes se beneficien de asesoramiento y preparación específicos. Como consecuencia de la incertidumbre sobre los antecedentes genéticos del niño, su historia perinatal y las privaciones de todo tipo que puede haber sufrido en edad temprana, son difíciles de cumplir expectativas muy comunes del tipo " queremos un niño con buena salud y de una inteligencia normal ...". Los futuros padres adoptivos deben estar dispuestos a afrontar tanto problemas de salud 126 como otras dificultades de adaptación cuando se les entregue el niño. Por esta razón, en algunos países, se aconseja vivamente a los futuros adoptantes que asistan a cursos que les proporcionen informaciones generales sobre la adopción de niños extranjeros (por ejemplo, en Suecia). En Holanda tales cursos son. actualmente, obligatorios en virtud de la ley y se ha creado un centro especial de información y de preparación para la adopción de niños extranjeros. Estas disposiciones obligatorias corresponden a lo que se podría concebir como un naciente derecho de los adoptados (internacionales), el de ser recibidos por padres adoptivos bien informados y bien preparados.

5. Formación de la identidad

75. La adopción transnacional ha alimentado igualmente el debate sobre la oportunidad de informar al niño sobre sus origenes — país natal, cultura y padres biológicos (ver nº 37 supra). Evidentemente, la diferencia de origen de un niño adoptivo extranjero y de sus padres adoptivos se advierte a menudo a simple vista y en muchos países ha pasado a ser común hacer patente la diferencia, por ejemplo dando al niño adoptado un nombre coreano, thai o español. El SSI y otras muchas organizaciones que actúan en este ámbito constatan que un número creciente de adoptados busca sus raices 127. Actualmente se incita a los futuros adoptantes a interesarse por la cultura del niño y a prestarle ayuda en el proceso psicológico de formación

de una identidad compleja. De forma general, la experiencia enseña que la "franqueza en materia de adopción es buena tanto para los niños como para los padres" 128 y que la angustia que experimentan los adoptantes sobre los efectos de tal franqueza

carece de fundamento. En algunos países existen programas de visitas organizadas de niños adoptados a su país de origen. 129

6. El secreto contra la franqueza

76. En esta materia puede plantearse un problema transcultural, ya que en diversos países en desarrollo la regla es el secreto y no la franqueza. En el asunto Laxmi Kant Pandey v. Union of India, por ejemplo, el Tribunal Supremo de la India estimó "absolutamente esencial que los padres biológicos no tuvieran la posibilidad de saber quienes son los padres adoptivos con los que su hijo ha sido colocado para la adopción; en consecuencia, conviene no informarles de la petición de adopción" ¹³⁸. La razón es, según el tribunal, que si los padres biológicos conociesen a los padres adoptivos, podrían "tratar de obtener dinero mediante extorsión". El secreto sobre los padres biológicos del niño es también, de forma general, la regla en América latina (ver infra números 107-109).

77. Como consecuencia de esta divergencia de opiniones no fue posible ponerse de acuerdo ni en la Declaración de Naciones Unidas de 1986 ni en el Convenio sobre los derechos del niño, sobre un derecho positivo del niño adoptado a conocer sus antecedentes. El art. 9 de la Declaración de las Naciones Unidas dispone que "las personas responsables del cuidado del niño deben, salvo que sea contrario a los intereses del niño. reconocer que el niño adoptado tiene la necesidad de conocer sus antecedentes". Según el art. 7 del Convenio de Naciones Unidas, "el niño ... tiene ..., en la medida de lo posible, el derecho a conocer a sus padres". El párrafo 2 del mismo artículo precisa, sin embargo, que esta disposición no es ejecutiva en si misma. Ya que la necesidad reconocida por la Declaración de las Naciones Unidas parece acentuarse y dado que, de forma cada vez más general, el derecho a tener conocimiento de los documentos sobre los propios orígenes adquiere el carácter de un derecho

Especialmente estudios suecos demuestran que, a su llegada, muchos niños presentan problemas de salud de diversa naturaleza: diarreas, infecciones del sistema respiratorio, infecciones dermatológicas, a veces deficiencia auditiva que puede entrañar un retraso en el aprendizaje del lenguaje. Ver NIA <u>Intercountry Adoptions</u> – Manual for municipal social welfare committees (Extracts from Handbok för socialnämnder), (Estocolmo, 1986), p. 18.

A menudo informaciones generales relativas a la familia biológica bastan para responder a las necesidades de un niño adoptado y puede ocurrir que no desee tomar contacto personalmente con sus padres biológicos. Ver I. Baer, "Internationale Entwicklungen zum Themenbereich: 'Adoptierte suchen ihre Ursprungsfamilie'", en Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (NDV), 5, 1988, p. 148 y ss.

NIA Intercountry Adoptions, op. cit. (nota 126 supra).

Ver, a título general, G. Andersson, <u>The adopted children's search for their identity</u>, documento presentado al cíclo de estudios de la ICSW sobre la adopción transnacional en Tokio en 1986; ver, también, P.C.Th.M. van Eeuwijk y J.H.A. van Loon (eds.) <u>Identiteitsproblemen bij adoptiekinderen</u> (Amsterdam, etc. 1989) y C. Hoffman-Riem, <u>Mediating Adoption Triangle</u>, documento presentado en la reunión de expertos de organizaciones no gubernamentales sobre la puesta en práctica de la Declaración de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, Viena, 10-11 junio 1987.

Párrafo 22. Ver nota 79 <u>supra</u>.

humano fundamental 131 , esta cuestión no puede dejar de jugar un gran papel en las negociaciones de un nuevo convenio relativo a la adopción transnacional ($Cf.\ infra,\ n9\ 183$).

- E. Los abusos en materia de adopción de niños provenientes del extranjero: el tráfico de niños a escala internacional
- 1. El problema de la investigación de los hechos
- 78. La demanda estructural de niños en los paises industrializados y la disponibilidad, iqualmente estructural, de numerosos niños sin hogar en los países en vías de desarrollo (ver el nº 51 *supra*) ha dado lugar no sólo a adopciones regulares y legales en el interior de cada país, sino a tráfico internacional de niños, sea a los fines de adopción en el extranjero sea, al amparo de la adopción, para otros fines habitualmente ilícitos 132. No autorizando ningún pais tales prácticas, deben, necesariamente, desarrollarse en la sombra. Es, pues, muy difícil - si no imposible - elaborar un cuadro fidedigno de su extensión geográfica, de su naturaleza y de su ámbito. Este problema de determinación de los hechos se refleja, por ejemplo, en diversos informes y notas preparados en esta materia por el Secretario General de la ONU para la Comisión de derechos humanos del ECOSOC 133. Además, los documentos

presentados al Secretario general por diversos gobiernos y por organizaciones tales como Interpol, *Defense des Enfants-International* ¹³⁴, la Federación international de *Terre des Hommes* ¹³⁵ y la Federación internacional de derechos humanos ¹³⁶ no permiten dudar sobre el hecho de que se produce un tráfico internacional de niños, en particular entre países de Asia, de América latina y de Europa oriental, por una parte, y los países de América del Norte y de Europa occidental, por otra. Con ello se confirman y amplían las conclusiones de un informe de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, de 1987 ¹³⁷.

- 2. Características generales del trafico de niños
- 79. Las diversas fuentes de que disponemos nos permiten señalar las principales características del tráfico internacional de niños:

a. Fin

Este tráfico puede servir para las adopciones en el extranjero, pero puede tener también como finalidad la prostitución, la pornografía, la obtención de mano de obra barata y otras formas de explotación en el extranjero. No siempre es posible trazar una línea divisoria clara entre las diferentes prácticas; por ejemplo, puede decirse a los padres biológicos que su hijo será adoptado y que se le cuidará en el extranjero, cuando en realidad el niño será forzado a la prostitución.

b. Niños afectados

El tráfico de niños para la adopción en el extranjero afecta habitualmente a niños sanos y con la piel clara, ya que la mayoría de los potenciales adoptantes en Europa occidental, América del Norte y Australia desean que sus niños gocen de buena salud y tengan la piel tan clara como sea posible.

¹⁵¹ Ver, por ejemplo, Tribunal Europeo de derechos humanos, asunto Gaskin (2/1988/146/200), sentencia de 7 de julio de 1989, en la que el Tribunal decidió (por 11 votos contra 6) que la cuestión del acceso al expediente se conecta con la "vida privada y familiar" protegida por el art. 8 de la Convención europea de derechos humanos y que el interés de una persona que intenta consultal tal expediente, debe ser respetado cuando los que han contribuido a constituir el expediente no contestan a las preguntas o rehusan dar su consentimiento. El "principio de proporcionalidad" impone en tal caso que una autoridad independiente decida si conviene autorizar la consulta. Ver también Bundesverfassungsgericht, decisión de 31 de enero de 1989, Juristenzeitung, 1989, pp. 335-339; para eventuales excepciones de orden público a este principio, ver también House of Lords, sentencia de 30 de noviembre de 1989 (Regina v. Registrar-General, Ex Parte Smith) The Times Law Report. 19 de diciembre de 1989, p. 42.

Aunque a escala más limitada, el tráfico internacional de niños ya existía en los años cincuenta. Ver la declaración de G.S. Maridakis en materia de tráfico de esta naturaleza entre Grecia y Estados Unidos, Conferencia de La Haya, Actes et Documents de la Neuvième Session, 1960, tomo I, p. 203.

E/CN.4/Sub.2/1989/38, de 12 de julio de 1989, preparado para la subcomisión de la Comisión sobre la lucha contra las medidas discriminatorias y la protección de minorías, y E/CN.4/AC.2/1989/8, de 21 de junio de 1989 (con los Addenda 1 y 2), preparado para el grupo de trabajo de la subcomisión sobre las formas contemporáneas de esclavitud, con referencia a las

notas e informes precedentes del Secretario general.

Ver también diversos estudios detallados sobre esta materia publicados en la <u>Tribune Internationale des Droits de l'enfant de la DEI</u>; ver también diversos documentos en DEI, <u>Protection des Droits de l'enfant et adoptions internationales</u> (Ginebra, 1989), (n^{ol} 21 <u>supra</u>).

ver también H. Rauline, <u>op. cit.</u> (nota nº 109 <u>supra</u>).

Ver A. Feder y A. Garapon, <u>Rapport de Mission</u>, Paris, 1988.

Rapport on the traffic in children an other forms of child exploitation (relator P. Stoffelen), doc. 5777, de 10 de septiembre de 1987.

c. Métodos empleados para obtener niños

Los tres métodos principales son la compra, el consentimiento obtenido mediante fraude o a la fuerza y el secuestro de niños. Estos métodos pueden combinarse (por ejemplo, se puede ejercer una presión sobre los padres para que vendan a su hijo); además, puede ser difícil, en ciertos casos, determinar si el niño ha sido secuestrado o si los padres biológicos han dado su consentimiento.

(i) Venta de niños

Se señalan a menudo casos de padres que abandonan a sus hijos para la adopción a cambio de una cierta cantidad de dinero, a menudo mínima, porque temen, por ejemplo, que el niño muera de hambre si se queda con ellos. Existen también informes en relación a la venta del niño por un progenitor sin que el otro lo sepa.

(ii) Fraude o fuerza

Un intermediario persuasivo (a menudo una mujer enviada en búsqueda de niños) puede hacer creer a una mujer embarazada o a una joven madre que una vida maravillosa espera a su hijo en un pais rico, convencerla y contribuir a disipar en ella cualquier sentimiento de culpa y, (en conjunción con (i)), incitarla a aceptar dinero para descartar toda sospecha de secuestro.

(iii) Secuestros

Se señalan también numerosos casos de secuestro puro y simple de niños mientras juegan en un jardín, vuelven del colegio o incluso casos en los que son arrancados de los brazos de sus madres 138.

d. Organización del tráfico

Los traficantes de niños forman parte a menudo de redes muy amplias. En algunos países juristas y notarios, trabajadores sociales (a veces incluso los que designan los tribunales), hospitales, médicos, establecimientos para niños transformados en este caso en verdaderas "baby farms" y otros, conjugan sus esfuerzos para procurarse niños y lucrarse de la desesperación de los padres, en particular de las mujeres, que se encuentran en situaciones difíciles, utilizando a veces el engaño. En estas redes a menudo constituye un principio de base el que los diversos intermediarios operen sin conocerse mutuamente: unos toman contacto con las mujeres embarazadas o las jóvenes madres, otros se ocupan de los niños antes de su partida al extranjero; otros buscan clientes en el país de recepción y son todavía otros los que sobornan a las autoridades competentes y "limpian

el producto". Una gran parte de estas operaciones se realizan en países en desarrollo, pero la red puede igualmente incluir a juristas u otros intermediarios de América del Norte o Europa.

e. La partida del pais

Para que el tráfico tenga éxito, es indispensable que el niño abandone el país de origen de forma legal o aparentemente legal 1364.

(i) Adopción

En los lugares en que todavía se autoriza la adopción contractual, pueden producirse fácilmente abusos. Cuando existe un procedimiento judicial, es posible a veces encontrar jueces o funcionarios corruptos, pudiendo falsificarse los documentos relativos al consentimiento de la familia biológica.

En las regiones en que las familias que viven en el campo envían a sus hijos a casa de amigos en la ciudad para permitirles frecuentar la escuela, los traficantes pueden dirigirse a estas familias para tratar de sustraerles los niños mediante dinero o ejerciendo una presión.

(ii) Ocultación del estado civil

Existen muchas formas de disimular la situación real de un niño, por ejemplo:

- los clientes, autodenominándose "padres", pueden declarar que un niño es suyo y hacerse extender una falsa acta de nacimiento justificativa de su "paternidad";
- una falsa madre puede reconocer a un niño como suyo y firmar inmediatamente una declaración de abandono que abre la vía de una adopción para los clientes residentes en el extranjero;
- el cliente, como presunto "padre", reconoce al niño como suyo, siendo el niño ulteriormente adoptado por la madre adoptiva;

Ocurre a menudo que clínicas privadas actuen en tales casos como intermediarios con o sin el consentimiento de las madres biológicas.

f. El precio del niño y los beneficiarios

La salud, el peso, el sexo, el color de los ojos y el origen social pueden influir en el precio del niño. Las tarifas pueden ir de los 10.000 a los 15.000 dólares, pero alcanzan a veces

Ver, por ejemplo, "Abductions in Salvador Fill a Demand: Adoption", New York Times, 17 de diciembre de 1985, p. 2.

Ver M.R. Will, "La adopción de niños latinoamericanos hacía los países europeos/Zur Adoption Lateinamerikanischer Kinder nach Europa", en <u>Estudios de Direito Brasileiro e Alemao/Studien zum Brasilianischen und Deutschen Recht</u>, Porto Alegre, 1985, pp. 101-122.

sumas mucho más elevadas. Los beneficiarios no son generalmente los padres biológicos ni los adoptantes, sino los intermediarios - juristas, médicos y otros.

3. Rumores sobre el comercio de fetos y de órganos

80. A pesar de los repetidos rumores que circulan en la prensa y en otros medios de comunicación sobre el tráfico de fetos y la utilización de niños para transplante de órganos, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, en un Informe preliminar de 11 de julio de 1988, expresó la opinión de que "sería necesario disponer de informaciones más concluyentes para responder a la petición de informaciones precisas y completas [sobre la existencia de tales prácticas] hecha por la subcomisión [de lucha contra las medidas discriminatorias y de protección de minorias]"139. El Secretario General confirmó este punto de vista en una nota de 12 de julio de 1989 14e. En este último documento, daba cuenta de la encuesta detallada sobre la existencia eventual de un tráfico de órganos extraidos a niños que la Federación internacional de derechos humanos efectuó en dos países de América central. Los encuestadores habían llegado a las siguientes conclusiones:

- "1. No hemos podido reunir ninguna prueba sobre la existencia de tal tráfico;
- 2. Hemos podido constatar la gran extensión de rumores que no parecen estar justificados;
- 3. Podemos atestiguar la realidad de un gigantesco tráfico de niños que se realiza a través de la institución de la adopción" ¹⁴¹.

4. La cuestión del beneficio

81. El tráfico de niños se traduce en un beneficio para los intermediarios en perjuicio, literalmente, de los padres biológicos y de los adoptantes (en la medida en que éstos actúen de buena fe) y, en sentido más amplio, igualmente del niño. Aunque el principio sea claro, no es siempre fácil en cada caso concreto distinguir entre tales prácticas y los servicios de intermediarios reconocidos como legales y regulares. Hemos visto que, en el contexto de la adopción transnacional legal y regular, las instituciones intermediarias detentan un papel cada vez mayor, en particular en los países de recepción, pero también en los países de los que provienen los niños que se adoptarán en el extranjero. Estas instituciones no pueden funcionar mas que si sus servicios les son retribuidos (salvo que estén completamente subvencionadas por los poderes públicos). Pero ¿ qué constituye

una remuneración razonable y dónde empieza el tráfico? El problema se complica todavía más en relación a las instituciones que operan en el país de recepción, por el hecho de que, como ya hemos visto (nº 64 supra), sus actividades no se limitan habitualmente a la prestación de servicios como intermediarios en sentido estricto, sino que pueden también comportar diferentes tipos de asistencia financiera, por ejemplo, a obras que se ocupen de la infancia en los países de origen. Esto puede tener repercusiones financieras sobre las contribuciones que deben realizar los futuros adoptantes.

La dificultad para trazar una línea divisoria clara entre lo que es aceptable y lo que constituye tráfico de niños dio lugar a largos debates durante la elaboración tanto de la Declaración de Naciones Unidas como del Convenio de Naciones Unidas. El art. 20 de la Declaración de las Naciones Unidas dispone en su segunda frase que "en ningún caso, las personas responsables de la colocación obtendrán un beneficio material indebido". Igualmente, el art. 21, párrafo d, de la Convención de las Naciones Unidas dispone que: "[los Estados parte] tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar que, en caso de adopción transnacional, la colocación del niño no se traduzca en un beneficio material indebido para las personas responsables". El empleo del término "beneficio material indebido, que deja suponer a contrario que puede obtenerse legitimamente un beneficio material de la adopción de niños extranjeros, ha suscitado las enérgicas protestas de algunos delegados 142. Cf. art. 14 del Convenio Europeo en materia de adopción de niños.

5. ¿Cómo obtener la restitución del niño?

82. En caso de tráfico de niños, tanto los padres como organizaciones privadas han iniciado acciones, lo que entraña la apertura de investigaciones policiales, que casi siempre no obtienen ningún resultado ¹⁴³. Se ha señalado que en algunos países están implicadas autoridades civiles o militares de alto rango que obstaculizan las investigaciones criminales.

Ocurre, sin embargo, que los padres no se conforman y tratan, a veces con éxito, de obtener la restitución de sus hijos en el país al que han sido llevados. En Estados Unidos, por ejemplo, una madre biológica rumana, a quien habían presionado un trabajador social y el abogado de los padres adoptivos para que consientiese en la adopción de su niño, obtuvo la anulación de

E/CN.4/Sub.2/1988/30 de julio de 1988, p. 9.

¹⁴⁸ Ver nota 133 <u>supra</u>, p. 8.

Ibid.

 $^{^{142}}$ Ver ECOSOC, documento E/CN.4/1989/48, de 2 de marzo de 1989, p. 59 y p. 142.

[&]quot;Los padres de víctimas de secuestro no pueden a menudo más que presentar una demanda y publicar fotos en la pressa; algunos incluso proponen dar dinero a los secuestradores. Es muy raro, sin embargo, encontrar a los niños". A. Feder y A. Garapon, op. cit. (nota 136 supra), p. 12.

ésta por la vía de un procedimiento de *habeas corpus* ¹⁴⁴; se ha dado también una amplia publicidad a una sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 16 de junio de 1988, ordenando la restitución a sus padres de una niña de 3 años secuestrada en el

Brasil en 1986 y vendida a una pareja israelí a través de Paraguay 145.

6. Medidas legislativas preventivas a escala nacional

83. Como veremos más en detalle después (números 138-141), numerosos países han adoptado medidas legislativas para restringir la libertad de las instituciones para desempeñar el papel de intermediarios en la adopción transnacional, a fin, especialmente, de prevenir el tráfico de niños. Tales medidas, en particular si están coordinadas a escala internacional, deberían contribuir fuertemente a limitar los abusos derivados de la adopción de transnacional (ver infra números 177-178).

7. Normas y recomendaciones internacionales

84. El art. 35 del Convenio de Naciones Unidas obliga a los Estados parte a tomar todas las medidas apropiadas para impedir el secuestro, la venta o el tráfico de niños. El art. 9 - confirmando el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra su voluntad - y el art. 21, párrafo a, - que subraya la necesidad absoluta de que el consentimiento a la adopción se dé con conocimiento de causa -, entre otros, tienen una cierta relación con la cuestión del tráfico de niños. En el Convenio de La Haya de 1965 sobre adopción (art. 5) y en la Convención interamericana sobre adopción (art. 3) se incluyen normas en materia de ley aplicable al consentimiento.

85. Para completar la visión de la cuestión, el Secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, a sugerencia de Defense des Enfants – International, propuso a la Subcomisión de lucha contra las medidas discriminatorias y de protección de minorias de la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas "designar un relator especial encargado de proceder a una investigación de conjunto sobre la venta de niños, incluidas las adopciones (en particular transnacionales) de carácter comercial... ¹⁴⁶ Entre las sugerencias realizadas al Secretario General de la ONU por otras organizaciones, es preciso citar el establecimiento de una base de datos especial para identificar a los sospechosos de tráfico internacional (Interpol), la constitución de una comisión de control de prácticas en materia de adopción (Federación internacional Terre des Hommes) y "la

conclusión de un convenio internacional que regule estrictamente las adopciones internacionales de niños, y asegure que los niños no han sido adquiridos de forma ilícita y que el control no se interrumpirá en el país de recepción ..." (Federación internacional de derechos humanos) 147. Es sobre este último punto, en particular, sobre el que un convenio nuevo sobre adopción de niños provenientes del extranjero podría probablemente incidir con mayor fuerza. Ver más adelante el Capítulo VI.

F. Otras posibilidades; carácter subsidiario de la adopción transnacional

86. La adopción transnacional es una de las numerosas posibilidades que existen en materia de protección familiar e infantil pero, aparte de que la colocación de niños en familias extranjeras no se considera aceptable en razón de las incertidumbres jurídicas a que da lugar, estas otras opciones no implican el desplazamiento de niños hacia otros paises.

Existe un acuerdo progresivo en reconocer, en todo el mundo, que en las intervenciones sucesivas de los servicios de protección de la infancia (ver el nº 43 supra) que preceden a toda adopción en el extranjero, convendría prestar atención suficiente a otras posibilidades de colocación del niño en su propio pais, dadas las dificultades que crea su trasplante a una sociedad y cultura distintas. Este principio se refleja en el art. 17 de la Declaración de las Naciones Unidas y se reconoce igualmente en el art. 21, párrafo b, de la Convención de Naciones Unidas.

Aunque parece haber un amplio acuerdo en lo que se refiere a la preferencia de la adopción en el propio país respecto a la adopción en otro país, se oye a veces decir que el hecho de mantener a un niño en su propia sociedad y en su propia cultura reviste tal importancia que debe incluso preferirse la colocación en una institución del país de origen a la adopción transnacional. La mayoría de los especialistas no parecen, sin embargo, compartir este punto de vista (ver los números 46-48 supra).

87. Las soluciones alternativas a la adopción transnacional comprenden programas, tanto nacionales como internacionales, destinados a permitir que se cuide de los niños en su propio entorno.

1. Adopción y colocación familiar en el propio país

Como hemos visto antes, en D, numerosos países en desarrollo, cuyos niños son adoptados en el extranjero, han lanzado programas destinados a estimular la adopción interna pero, al hacerlo, se han enfrentado a obstáculos considerables. En lo que se refiere a la colocación familiar como alternativa a la adopción, se constatan dificultades en ciertos países en vías de desarrollo,

In re adoption of Alexander S., 188 Cal. App. 3D 1469 (1987).

ver, por ejemplo, <u>The Guardian</u>, 18 de junio de 1988.

¹⁴⁶ E/CN.4/Sub.2/1989/38, p. 8.

^{147 &}lt;u>Ibid.</u>, p. 8.

como consecuencia de las incertidumbres jurídicas sobre los derechos y obligaciones del niño y de los padres.

2. Programas de apadrinamiento

Los programas internacionales de apadrinamiento, como los del Foster Parents Plan 148 creado en 1937 durante la guerra civil española y que funciona hoy en más de 20 países, tratan de mejorar la calidad de vida de los niños y de las familias pobres tanto en zonas rurales como en zonas urbanas. Estos programas se han desarrollado a lo largo de los años sobre la base de la experiencia adquirida. Más que interesarse por los niños a título individual, actualmente Foster Parents Plan asiste a toda la familia e incluso a la colectividad.

Otro ejemplo lo proporcionan las Aldeas infantiles SOS, fundadas en 1949 por el austríaco Hermann Gmeiner ¹⁴⁹. Se han creado aldeas infantiles SOS u otras estructuras de acogida en más de 90 países. Se han remplazado las grandes instituciones impersonales, que no disponen de un número suficiente de empleados, por pequeñas casas agradables en que una o dos mujeres formadas al efecto desempeñan el papel de madre para un pequeño grupo de niños. Este sistema ha tenido mucho éxito y ha sido alentado activamente por muchos Gobiernos.

IV LA ADOPCION INTERNA Y TRANSNACIONAL EN DERECHO COMPARADO

A. Introducción

88. La adopción de niños procedentes del extranjero es jurídicamente compleja, no sólo porque las reglas de derecho privado que rígen la adopción en cuanto al fondo varían sensiblemente de un país a otro, lo que da pie a problemas de derecho internacional privado — cuestiones de competencia, de ley aplicable y de reconocimiento de las adopciones extranjeras — sino también porque, en numerosos países, la adopción transnacional se somete, además, a diversas disposiciones que se superponen a la aplicación de las normas de derecho internacional privado: leyes que exigen una autorización previa para poder adoptar a un niño procedente del extranjero, leyes en materia de inmigración, leyes de nacionalidad y otras disposiciones. En el marco del presente estudio preliminar es imposible entrar en

todos los detalles del conjunto de problemas jurídicos a los que la adopción transnacional puede dar lugar. Por consiguiente, el presente capítulo se iniciará con una descripción global y comparativa de las principales características de las leyes que regulan la adopción en el mundo; posteriormente se examinarán algunos de los principales problemas que se plantean en derecho internacional privado, para centrarse, finalmente, en algunos de los desarrollos más relevantes de estos últimos años en materia de regulación de la adopción transnacional en los diferentes países.

B. Derecho privado interno

- 1. Naturaleza jurídica
- a. Evolución hacia la adopción plena y función de los tribunales
- 89. En el anexo C figura un cuadro general de las leyes que regulan, en cuanto al fondo, la adopción en diversos países del mundo. Esta lista enumera las principales fuentes legislativas, indicando si es necesaria una decisión judicial, si la adopción supone la ruptura de todo vínculo jurídico con la familia biológica y la completa integración en la familia adoptiva, y si la adopción es revocable. Se trata de una visión de conjunto sumaria, basada en informaciones de fuentes diversas¹⁹¹, que pueden no responder todas al último estado de la cuestión y pueden en algunos casos no ser completas, siendo, por todo ello, conveniente que sea consultada con prudencia; además, el campo de la adopción evoluciona constantemente, de tal forma que el cuadro no es más que una instantánea en un momento determinado. Es conveniente subrayar, por otro lado, que junto a las fuentes jurídicas citadas puede ser necesario consultar otras normas, por

Ver Foster Parents Plan, How to change the world one child at a time, (Londres, fin fecha). Existen, sin duda, muchos otros programas, cf., por ejemplo, el reciente programa "Operation Parrainage", organizada conjuntamente por la cadena de televisión francesa Antenne 2 y el semanario L'Express, L'Express, nº 2007, 29 de diciembre de 1989.

Ver H. Gmeiner, <u>The SOS Children's Villages</u> (Insbruck, etc. 1986).

Para comparaciones más concretas, ver H. D. Krause, op.cit. (supra nota 46), p. 6-150 - 6-196; M. Ancel, op.cit. (supra nota 38); J. M. Bischoff y A. Rieg (ed.), "L'adoption dans les principales législations européennes", en 37 Revue internationale de Droit comparé (1985), p. 505-700; G. Heinrich, "Adoption in Lateinamerika" en 85 Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (1986), p. 101-135; D. Nding, loc.cti. (supra nota 37).

Las importantes fuentes consultadas incluyen, además de las obras citadas en la nota anterior, en particular: A. Bergmann/M, Ferid, Internationales Ehe - und Kindschaftsrecht (X volúmenes) (Frankfort), Jurisclasseur de droit comparé (Paris); para Europa, SSI (Italia), A. Beghe Loreti (ed.), L'adozione dei Minori nelle legislazioni Europee (Milan, 1986), para América latina (SSI), Législation en matière d'adoption en Amérique latine, (Paris, 1984) y Enfance et famille d'adoption - Legislations étrangères en matière d'adoption (Paris, 1986).

ejemplo las leyes relativas al procedimiento civil y al Registro Civil.

90. Frente a la situación de hace 20 o 30 años, se constata en el mundo entero la existencia de una doble tendencia, que se traduce en: (1) la importancia creciente de la adopción plena que supone (a) la completa ruptura con la familia biológica y (b) la plena integración en la familia adoptiva (sin embargo, generalmente, en los sistemas en los que hasta ahora sólo existían formas de adopción incompleta, la adopción plena no ha suplantado a la adopción simple, sino que se ha sumado a ella) y (2) la intervención creciente de los tribunales no sólo en las adopciones plenas sino, igualmente, en las adopciones simples que, en numerosos sistemas, habían sido consideradas anteriormente como acuerdos puramente contractuales.

91. La primera tendencia apuntada es especialmente clara en Europa, en América del Norte, en América Latina y en Australia, pero se percibe asímismo, por ejemplo, en Japón (que introdujo en 1988 la adopción plena junto a la adopción simple), en Sri Lanka, en Vietnam y en diversos países africanos. Esta tendencia responde a la idea de que el interés del niño se salvaguarda mejor mediante la adopción plena - particularmente si es irrevocable - que a través de la adopción simple. En los países en vías de desarrollo económico, particularmente, en América Latina, la adopción plena permite además hacer frente al aumento del número de niños abandonados para los cuales no es adecuada la adopción simple, ya que supone la subsistencia de las relaciones con la familia de origen¹⁵². Sin embargo, un buen número de estos países han conservado la adopción simple porque responde a prácticas sociales tradicionales, tales como la adopción en el seno de la familia (amplia) (ver supra, nº 29).

92. La segunda tendencia a la que hemos hecho alusión y que consiste en abandonar la concepción puramente contractual de la adopción y en generalizar la intervención de los tribunales, procede igualmente de la preocupación por proteger mediante la adopción el interés del niño de la mejor forma. La previa aprobación o la posterior confirmación del contrato de adopción simple por los tribunales es ya práctica generalizada en la mayor parte de los países que han conservado esta modalidad de adopción; en Francia y en algunos Estados de América latina (Colombia por ejemplo), se ha suprimido totalmente la forma contractual de la adopción simple. La intervención judicial es la norma general en la adopción plena. En algunos países, aunque no se considera que la adopción tenga un carácter judicial, se

exige, sin embargo, una decisión administrativa de una autoridad pública (por ejemplo en Tailandia (adopción simple), en Vietnam, en Noruega, en Hungría (adopción plena)).

b. La adopción como medida de protección del niño; periodo probatorio

93. La idea a la que responden algunas recientes reformas, a saber, que la adopción debe proteger del mejor modo el interés del niño aún en detrimento de cualquier otro objetivo, como la continuidad de la línea familiar, se expresa de formas diversas en numerosas legislaciones modernas de adopción¹⁵³. Algunas preven explicitamente que la adopción no es sino el último recurso. previo agotamiento de todas las posibilidades de mantener los vínculos familiares de origen¹⁵⁴. En determinados sistemas (por ejemplo, en los Estados Unidos, en varios Estados de América latina, en el Reino Unido), el procedimiento de adopción se desarrolla en dos etapas. En primer lugar el tribunal determina si el niño se deja o no en adopción. En caso afirmativo, el tribunal pone fin a los vínculos con la familia de origen o declara el abandono del niño (cf. supra nº 57 in fine) y, o bien confía la quarda del niño a los futuros adoptantes o bien. como ocurre en el Reino Unido, atribuye la patria potestad a una institución de adopción. Tras un periodo de espera, o más generalmente, un periodo de prueba durante el cual el niño reside con los futuros adoptantes, se concluye definitivamente la adopción. En otros sistemas el procedimiento comprende sólo una etapa pero, ésta, puede estar precedida de una decisión judicial que confía la custodia del niño a los futuros adoptantes. a título de medida de prueba antes de la adopción definitiva (por ejemplo, en Holanda).

94. El periodo de prueba generalmente exigido por las leyes de adopción modernas tiene normalmente una duración de seis meses a un año. De forma igualmente general, las leyes modernas de adopción prescriben que una institución pública o privada realice una encuesta social relativa, en particular, a la aptitud de los futuros adoptantes y a su motivación (estudio del hogar) antes y durante el periodo de prueba¹⁵⁵. Como ya se hemos señalado, los

Ver los artículos 1 y 2 de la Convención interamericana sobre adopción en la que prevalece claramente la adopción plena. Bajo su influencia, la nueva ley colombiana en materia de adopción ha suprimido toalmente la adopción simple. En Brasil, se están actualmente estudiando unas reformas que pretenden eliminar la adopción simple.

Ver, por ejemplo, recientemente, el artículo 88 del nuevo Código de menores colombiano que establece que "la adopción es, ante todo una medida de protección mediante la cual, bajo la vigilancia suprema del Estado, se estable un vínculo irrevocable de relación paterno-filial entre personas que no lo tenían por naturaleza". Cf. igualmente el artículo 13 de la Declaración de las Naciones Unidas y la primera línea del artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas.

 $^{^{\}mbox{\tiny 154}}$ Ver, por ejemplo, los artículos 32 y 33 del Código civil de Filipinas.

Ver el artículo 9 de la Convención Europea en materia de adopción de menores y, menos detallado, el artículo 16 de la Declaración de las Naciones Unidas.

países en vias de desarrollo económico topan a menudo con dificultades derivadas de su insuficiente infrastructura social, que frustran todos los esfuerzos realizados para fomentar la adopción en el interior del mismo país.

- 2. Condiciones de adopción: (1) ¿quién puede adoptar a quién?
- a. Edad
- (i) El niño
- 95. En el caso de la adopción simple no existe normalmente un límite de edad, adminiténdose con carácter general la adopción de adultos. Por el contrario, los sistemas que preven la adopción plena fijan generalmente unos límites de edad, por ejemplo, cinco años (República dominicana), seis (Bolivia, Japón) o siete (Brasil, Irlanda), pero el límite puede ser aumentado y alcanzar por ejemplo los 14 años (Costa Rica), 16 años (Haití) e incluso llegar hasta los 21 años. Los Estados Unidos constituyen una excepción por el hecho de que la mayoría de los estados admiten la adopción (plena) tanto de adultos como de niños.
- (ii) los adoptantes
- 96. En el caso de la adopción simple, basada originariamente en el propósito de dar un heredero a las parejas sin hijos, la ley prevé, a veces, una edad mínima relativamente elevada para los adoptantes; la cifra de 30 años no es excepcional en América latina. Por el contrario, en el caso de la adopción plena, la edad mínima exigida desciende con el fin de facilitar que se encuentre un hogar para los niños; la ley puede incluso permitir la inobservancia de este requisito en determinadas circunstancias.
- (iii) Diferencias de edad
- 97. Las prescripciones relativas a las diferencias de edad proceden a menudo de un compromiso entre, por un lado, la preocupación de no apartarse demasiado del modelo de la relación paterno-filial biológica y, por otro lado, la preocupación de facilitar al máximo la adopción plena¹⁵⁶. Se tiende a la máxima flexibilidad, teniendo el tribunal, en determinados sistemas, el poder discrecional de no aplicar las reglas legales relativas a la diferencia de edades.
- b. Otras restricciones relativas al niño
- 98. Diversos sistemas, especialmente en América latina (por ejemplo, Bolivia, Brasil, Peru), sólo autorizan la adopción plena si el niño es huérfano, si los padres biológicos han desaparecido o si el niño se encuentra en otras "situaciones irregulares": por ejemplo, cuando los padres han sido desposeídos de la patria potestad o cuando el niño se halla en una institución. En la

ver Heinrich, <u>op.cit.</u> (nota 150 <u>supra</u>), p. 111.

actualidad algunos sistemas tienden a prever regimenes especiales para los niños indígenas (ver *supra* números 39-42). El ejemplo más reciente es probablemente el de Colombia, cuya nueva ley de adopción especifica que los niños indígenas sólo pueden ser adoptados cuando se trate de niños abandonados fuera de su comunidad¹³⁷.

- c. Otras restricciones relativas a los adoptantes
- 99. Aunque las condiciones de la adopción plena suelen ser más severas que las de la adopción simple, en determinadas partes del mundo se evoluciona hacia una mayor flexibilidad en lo relativo a las condiciones establecidas respecto a la situación familiar de los adoptantes. Esta evolución es particularmente clara en Europa donde, por ejemplo, (exceptuando a Grecia y Turquía) ha desaparecido casi totalmente el requisito de que los adoptantes no tengan hijos propios. De forma análoga, la mayoría de los sistemas europeos autorizan actualmente la adopción plena por personas solteras (constituye una excepción Holanda, pero se halla en curso una reforma legislativa). En la mayor parte de América latina la presencia de hijos biológicos no constituye un obstáculo para la adopción plena; sin embargo, sigue rigiendo la regla de que los adoptantes deben estar casados (Colombia y Nicaraqua, que autorizan la adopción plena por parejas no casadas, son excepciones; Nicaragua permite igualmente la adopción plena por personas solteras). Por el contrario, mientras que la presencia de hijos biológicos sigue siendo un obstáculo para la adopción en diversas antiquas colonias francesas de Africa (por ejemplo en Senegal y en Madasgascar), no se exige generalmente que los adoptantes estén casados.
- 3. Condiciones de la adopción: (2) consentimiento y consultas
- 100. Todos los sistemas exigen el consentimiento de los padres del niño que va a ser adoptado, algunas veces es incluso necesario el consentimiento de otros miembros de la familia amplia y muchos requieren también el consentimiento del niño. Una de las principales funciones de la intervención judicial o administrativa es precisamente garantizar que se otorque o se haya otorgado este consentimiento. Hoy en día numerosos sistemas exigen que el consentimiento se otorque durante la comparecencia ante el tribunal.
- 101. Por lo que a los padres del niño respecta, la tendencia es sin duda alguna garantizar que el consentimiento sea otorgado libremente y con pleno conocimiento de todas las consecuencias de la adopción. Algunos sistemas prescriben el transcurso de un periodo mínimo de tiempo entre el nacimiento del niño y el otorgamiento del consentimiento por la madre¹⁵⁸ (si el niño es ilegítimo, puede no exigirse el consentimiento del padre

¹³⁷ Código de menores (1989), artículo 93.

Ver artículo 5 (4) del Convenio europeo sobre adopción de niños.

La necesidad del consentímiento de los padres del niño puede ser obviada en la mayor parte de los sistemas por varios motivos tales como la incapacidad, el abandono del niño o la negligencia, y en determinados ordenamientos cuando, según el tribunal, existe una oposición injustificada a otorgar el consentimiento. Algunos sistemas autorizan las adopciones "incognito" (por ejemplo la República Federal de Alemania) en las cuales no se revela la identidad de los adoptantes a los padres biológicos del niño. Este suele ser también el efecto de la adopción en dos etapas, en la que primero se pone fín a la relación paterno-filial biológica, y después el niño es adoptado mediante un procedimiento legal confidencial.

Algunos países de América latina preven que, cuando el niño se encuentra en una institución, el director de la institución debe igualmente ser admitido a audiencia. El Ministerio Público debe también ser, a veces, consultado 162 .

102. La tendencia general es la de obtener el consentimiento del niño si éste ha alcanzado los 15 años de edad y la de consultarle si tiene unos 7 años.

4. Efectos de la adopción

a. *Introducción*

103. Los efectos de la adopción reflejan su finalidad tal y como la concibe el legislador. La adopción plena tiene como objetivo integrar al niño en la familia adoptiva: todos los sistemas que preven este tipo de adopción, asimilan al niño a un hijo legítimo de los adoptantes. La preocupación por eliminar toda discriminación entre hijos adoptivos e hijos legítimos¹⁶²⁴ se ha traducido, en la mayoría de los países, en la concesión a los hijos adoptivos de todos los derechos del hijo legítimo;

subsisten, sin embargo, algunas excepciones, en particular en cuanto a los derechos sucesorios. La opinión que prevalece actualmente es que la plena integración del adoptado tenga como corolario necesario la supresión irrevocable de todos los vínculos con la familia biológica.

Por el contrario, la adopción simple de un niño menor tiende en general a proporcionar al niño cierta forma de protección social¹⁴³; este fin a menudo no requiere la integración plena del niño en la familia adoptiva, ni suele ser deseable romper los vinculos con la familia biológica en la medida en que no interfieran con dicho propósito. En este ámbito son posibles muchas modalidades.

104. Si bien, la adopción plena, tal como se acaba de esbozar, sique ganando terreno en muchas partes del mundo, en algunos países industrializados, en particular, se observa ya una nueva evolución hacia formas de adopción más flexibles que parten de una concepción menos rígida de la pertenencia exclusiva e irrevocable a una sola familia. A esta evolución contribuyen el predominio de las adopciones por padrastros o madrastras en numerosas sociedades industrializadas y nuevas concepciones inspiradas por especialistas del ámbito de las ciencias sociales y asistentes sociales defensores de la "adopción abierta" (ver supra nº 37). En algunos países, por ejemplo, se conceden derechos de visita a los parientes biológicos en el caso de adopción por padrastro o madrastra¹⁶⁴ y la tendencia a facilitar la consulta de los expedientes de adopción (ver infra números 107-109), puede muy bien significar el inicio de una nueva evolución hacia la concesión de derechos similares en todas las adopciones 165.

b. *Adopción plena*

105. Sólo existe una excepción general a la regla según la cual la adopción plena conduce a la completa integración en la nueva familia y a la desaparición de todos los vínculos jurídicos con la familia de origen: los impedimentos para contraer matrimonio con miembros de esta última permanecen intactos. A parte de ésto, las únicas excepciones relevantes que se encuentran en algunos sistemas se refieren a los derechos sucesorios. Estas excepciones

tiene derecho a ser avisado y tiene la posibilidad de comparecer en el procedimiento en curso.

¹⁶⁰ ver Krause op.cit. (supra, nota 46), p. 6-169 - 6-176.

¹⁶¹ Código de menores (1989), artículo 94.

ver Heinrich, op.cit. (nota 150 supra), p. 121.

¹⁶²⁶ <u>Cf.</u> al respecto Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de junio de 1979 (Marckx c. Bélgica) <u>Trib Eur. D. H., Serie A,</u> n. 30.

Ver al respecto, por ejemplo, de forma expresa el Código cívil de Guatemala. <u>Código civil</u>, artículo 228.

Por ejemplo, tanto en Bélgica (Cas. 4 de marzo de 1976, <u>Journ. Trib.</u> 1977, p. 455) como en Francia (Cas. 21 de julio de 1987, <u>Gaz. du Palais</u> 1988, p. 12, nota Massip) los tribunales han reconocido un derecho de visita a los abuelos biológicos del niño. En relación a los Estados Unidos <u>cf.</u> J. H. Hollinger, "Aftermath of adoption: legal and social consequences", en J. H. Hollinger, <u>op.cit.</u> (<u>supra</u>, nota 50), p. 13-52 - 13-95.

¹⁶⁵ Ver, en general, P. Shifman, "Kinship by adoption: where adoption differs from natural affinity", en 23 <u>Israel Law Review</u>, (1989), p. 34-76.

se hallan casi exclusivamente en determinadas jurisdicciones de common law. En una minoría de estados de los Estados Unidos y de Australia, las leyes en materia de adopción no ponen fin a los derechos sucesorios ab intestato entre el niño adoptado (y sus descendientes) y la familia biológica, reconocidos por el common law. y pueden no establecer, en este caso, plenos derechos sucesorios recíprocos entre el niño adoptado y determinados miembros de la familia adoptiva (además de los padres adoptivos) 166. Estas excepciones, y en particular la última, ponen en tela de juicio la inclusión de estas adopciones en la categoría de la adopción "plena". Evidentemente, cuantas más excepciones haya, mayor será la tentación de caracterizar la adopción como "simple" en lugar de "plena" (Cf. Anexo C). Otra restricción al carácter pleno de la relación adoptiva es, sin lugar a dudas, la posiblidad de revocación, cuestión que será examinada más adelante, números 110-113.

c. Adopción simple

106. En este caso, el niño conserva determinados vínculos jurídicos con su familia biológica, aunque la relación adoptiva normalmente prevalezca y los adoptantes adquieran la patria potestad del niño a la vez que, a menudo, una obligación de alimentos. "La adopción (simple) puede, por ejemplo, significar que los padres biológicos conserven una obligación de alimentos pero ésta sea subsidiaria a la de los padres adoptivos, o que la herencia del niño revierta principalmente sobre los padres adoptivos, excepción hecha de la cantidades que el niño haya podido recibir de su familia biológica y que corresponderían a ésta..."

167. Por regla general, las relaciones de adopción están limitadas a los padres adoptivos y al niño y no se crea ninguna relación jurídica ni con ni entre los demás parientes (ver anexo C). Existe gran variedad en cuanto a la cuestión de si el niño adquiere el nombre de los adoptantes o conserva el suyo original.

d. Confidencialidad y derechos de visita

107. Puesto que la adopción simple mantiene algunos vínculos jurídicos con la familia de origen, no suele mantenerse en secreto el origen del niño, no planteándose, por tanto, ninguna cuestión en relación a la confidencialidad del origen del niño. Por el contrario, la adopción plena, llevada a sus últimas consecuencias, puede suponer la supresión de todos los indicios sobre el orígen del niño. El procedimiento judicial es a puerta cerrada, los expedientes se sellan, el niño adquiere una nueva identidad jurídica y una nueva partida de nacimiento, y la partida de nacimiento originaria se guarda en un expediente confidencial.

108. En la reciente evolución hacia una mayor apertura, diversos sistemas han adoptado medidas que facilitan la revelación del status de adoptado al hijo adoptivo. Esta tendencia es particularmente marcada en Europa. En Inglaterra, por ejemplo, la sección 26 del *Children Act* de 1975 prevé que los adoptados en Inglaterra y el País de Gales que hayan alcanzado los 18 años tiene derecho a obtener una copia de su partida de nacimiento originaria. Es interesante notar que la posibilidad de obtener esta información de los registros de nacimiento se vincula al hecho de que los adoptados acepten o no ser aconsejados La promulgación de esta ley ha influenciado a las legislaciones de otros países de lengua inglesa, en particular a Nueva Zelanda donde, el Adult Adoption Information Act, aprobada en 1986, permite al adoptado acceder a su partida de nacimiento una vez alcance la mayoria de edad salvo que el padre/madre biológico se hubiere opuesto ante el Registro de Nacimientos a que ésta fuera revelada. Esta misma ley reconoce también a los padres biológicos el derecho a solicitar del Department of Social Welfare que intente localizar a su hijo y le pregunte si está dispuesto a que su nombre y su dirección le sean comunicados al solicitante ... En los Estados Unidos se tiende también a eliminar la noción de expediente absolutamente confidencial. La mayoría de los estados obligan actualmente a las instituciones o intermediarios privados a comunicar informaciones basicas que no permitan identificar a los interesados, tales como la fecha y lugar de nacimiento del niño, una descripción general de la apariencia física de los padres biológicos y los hechos y circunstancias referentes a la colocación adoptiva. Sin embargo, "la revelación de datos que permitan la identificación de los adoptados y los adoptantes sigue estando sometida a un control rígido, a pesar de las disposiciones legislativas recientemente promulgadas que preven la comunicación si hay mutuo consentimiento ..."170.

109. En América latina la confidencialidad sigue siendo la regla en el caso de la adopción plena. El artículo 7 de la Convención Interamericana sobre adopción preve que, "en su caso, el secreto de adopción está garantizado. Sin embargo, dentro de lo posible, los datos médicos conocidos relativos al menor y a los padres biológicos, serán comunicados a la persona jurídicamente habilitada, sin mención de nombres u otros datos que permitan la

Ver L. P. Hampton, "The aftermath of Adoption: the economic consequences — Support inheritances and taxes", en J. H. Hollinger, op.cit (nota 50 supra), Cap. 12.

¹⁶⁷ Ver H. Krause, <u>op.cit.</u> (nota 46 <u>supra</u>), p. 6-185.

Ver J. Triseliotis, "Obtaining birth certificates", en Ph. Bean, op.cit. (nota 32 supra), p. 38-53.

Ver A.Cordoran, Opening of adoption record in New Zeland, paper submitted to International Conference Adoption Today: Development and Perspective, Atenas, 6-9 de julio de 1987.

Ver J. H. Hollinger, "Afternath of adoption: legal and social consequences", en J. H. Hollinger op.cit (nota 50 supra), p. 13-20.

identificación"¹⁷¹. En la práctica, la ficción jurídica de la adopción se mantiene de forma constante y todos los expedientes se sellan, pudiendo incluso ser destruidos¹⁷². Algunas legislaciones disponen que, en circunstancias excepcionales, un tribunal podrá autorizar el acceso a los expedientes de adopción. La nueva ley colombiana estipula que toda la documentación relativa a la adopción se conservará durante un periodo de 30 años. Si los padres adoptivos o el adoptado lo solicitan por una razón válida, el anonimato podrá ser levantado¹⁷³.

5. Revocabilidad

a. Introducción

110. Son numerosos los sistemas que preven que la adopción puede ser revocada. Algunos distinguen entre la revocación y la anulación. En ambos casos el efecto es generalmente que se extinguen los derechos y obligaciones entre padres adoptivos y su familia, por un lado, y el niño adoptado, por otro, y que se restablecen los vínculos jurídicos del niño con la familia biológica. Las consecuencias jurídicas difieren sin embargo, al igual que ocurre con los fundamentos jurídicos.

111. La nulidad tiene generalmente efectos ab initio, como los de la anulación del matrimonio en la mayoría de los sistemas. Las causas de nulidad se relacionan con los vicios graves del acto de adopción: fraude, incapacidad jurídica para adoptar, ausencia de consentimiento, en definitiva una o varias de las condiciones mencionadas anteriormente en los números 95-102. La nulidad precisa generalmente de una decisión judicial, incluso en aquellos sistemas que no consideran la adopción como un procedimiento judicial, sino que la contemplan, por ejemplo, como una medida administrativa. En los sistemas jurídicos que tienen un procedimiento de adopción en dos etapas, la anulación de la decisión que pone fin al vínculo jurídico entre los padres biológicos y el niño tiene necesariamente como consecuencia la nulidad de la resolución de adopción.

112. La revocación no tiene generalmente efectos retroactivos y se debe normalmente a circunstancias que sobrevinieron con

posterioridad a la constitución de la adopción. En determinados sistemas, sin embargo, la revocación tiene efectos retroactivos, pero se precisa entonces la concurrencia de una decisión judicial. La admisión de la revocación, sus motivos, la necesidad de una decisión judicial o de, por ejemplo, el acuerdo de las partes, depende de la función que el legislador asigne a la adopción.

113. En el caso de la adopción plena, se tiende a la irrevocabilidad, (como lo muestra el primer inciso del artículo 12 de la Convención Interamericana sobre adopción) 174. Solo se puede poner fin a la patria potestad por los mismos motivos y mediante el mismo procedimiento que en el caso de paternidad biológica. Cuando la adopción plena es revocable, conviene establecer una distinción: "una cosa es permitir la revocación de una adopción en interés del niño y otra, totalmente diferente, es permitirla por conveniencia de los padres adoptivos o a instancía de terceros (por ejemplo, la institución que se ha encargado de su colocación) o de los padres naturales"175. En Holanda y Perú, por ejemplo, el hijo adoptivo puede, tras alcanzar la mayoría de edad. solícitar al tribunal que ponga fin ex nunc al vínculo adoptivo. En diversos países europeos la revocación de la adopción plena solo se autoriza con carácter general en interés del niño. Por el contrario, en los Estados Unidos. "la mayoría de los estados que preven la revocación. sólo autorizan a los padres adoptivos para solicitarla"170. De hecho, "numerosos autores estiman que, a pesar de que hay un compromiso general con la política de permanencia, son cada vez más numerosos los padres adoptivos que desean poner fin a una adopción" particularmente cuando los niños adoptados presentan posteriormente desórdenes físicos, mentales o de conducta graves y crónicos¹⁷⁷. En América latina se excluye con carácter general la revocación de la adopción plena salvo algunas excepciones como la de Perú. Ver anexo C.

La adopción simple es en principio revocable, pero se tiende a someter la revocación a un examen judicial y a limitarla a motivos serios. Sin embargo en México y en algunos otros países "la ingratitud" del hijo sigue siendo un motivo que puede

Ver D. Opertti Badán, <u>Comentarios a la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores</u>, Montevideo, 1986, p. 127-129.

¹⁷² Ver Heinrich, <u>op.cit.</u> (nota 150 <u>supra</u>), p. 127-129.

¹⁷³ Código de menores (1989), artículo 114. El artículo 115 prevé expresamente que todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el hecho de que ha sido adoptado. Aunque la responsabilidad del momento y de las condiciones en que se efectua esta revelación recaiga en los padres adoptivos, el adoptado puede dirigirse al tribunal y solicitar que el carácter confidencial del expediente sea levantado y que pueda acceder a las informaciones en él contenidas.

¹⁷⁴ Ver D. Opertti Badán, op.cit. (supra nota 171), p. 37.

¹⁷⁵ Krause, <u>op.cit.</u> (<u>supra</u> nota 46), p. 6-188.

¹⁷⁶ Ibid.

Ver K. J. Thompson y J. H. Hollinger, "Contested adoptions: strategy of the case", Cap. 8 en J. H. Hollinger, op.cit. (nota 50, supra), p. 8-37. "Nationally, about 13 percent of adopted children were returned to state officials last year, according to David S. Liederman, executive director of the Child Welfare League of America in Washington", ver "When adoption is take-and-give-back", Herald Tribune, 23 de abril de 1990, p. 1 y p. 6.

justificar la revocación por parte de los padres adoptivos. Ver anexo C.

6. El creciente contexto internacional del derecho interno de la adopción

114. No es superfluo recordar, al concluir estas comparaciones de las disposiciones materiales internas del derecho de adopción que, en un gran número de países, tanto países de origen como países de recepción de niños, (con exclusión de las adopciones por padrastro o madrastra), las adopciones puramente locales son poco numerosas y las adopciones internacionales constituyen la regla. Dado que, por otro lado, existe una tendencia a ejercer un control sobre las adopciones internacionales a través de las leyes internas inclusive las disposiciones materiales relativas a la adopción, estas últimas se aplicarán a menudo a situaciones internacionales para las cuales no han sido expresamente concebidas. Esta práctica puede generar algunas veces fricciones en situaciones internacionales.

C. Derecho internacional privado".

115. El carácter cada vez más internacional de la adopción se traduce en un creciente interés de los legisladores por el derecho internacional privado. Junto a las reformas en el ámbito de las nuevas codificaciones del derecho internacional privado que han sido realizadas en la República Federal Alemana, Suiza, Turquía, Yugoslavia y Japón , entre otros, Bélgica, Chile, Colombia, Finlandia, Italia, Noruega y Suecia son ejemplos de países que, en los últimos diez años, han introducido disposiciones sobre competencia internacional, ley aplicable y

reconocimiento de decisiones extranjeras de adopción para hacer frente al creciente número de adopciones transnacionales. Estas reformas se han inspirado sólo en parte en los dos principales Convenios sobre el derecho internacional privado de la adopción – el Convenio de la Haya de 1965 y la Convención interamericana de 1984 — cuyas soluciones, por otro lado, se orientan en direcciones diferentes (ver infra , números 157-163). Insistiremos sobre las alternativas a las que se han enfrentado los legisladores y sobre algunos de los principales problemas que se plantean en derecho internacional privado. Estas alternativas y estos problemas se refieren por un lado a la creación de un vínculo adoptivo por los tribunales o las autoridades administrativas locales (1) y por otro lado, al reconocimiento de adopciones extranjeras (2) 100 por otro lado, al reconocimiento de adopciones extranjeras (2) 100 por otro lado, al reconocimiento de adopciones extranjeras (2) 100 por otro lado, al reconocimiento de adopciones extranjeras (2) 100 por otro lado, al reconocimiento de adopciones extranjeras (2) 100 por otro lado, al reconocimiento de adopciones extranjeras (2) 100 por otro lado, al reconocimiento de adopciones extranjeras (2) 100 por otro lado, al reconocimiento de adopciones extranjeras (2) 100 por otro lado por la conocimiento de la creación de un conocimiento de adopciones extranjeras (2) 100 por otro lado por la conocimiento de la creación de

1. Creación de un vínculo adoptivo

a. Introducción

116. Se puede establecer una distinción general entre dos concepciones: unos sistemas tienden a considerar la adopción esencialmente en función de las relaciones que establece, siendo entonces la cuestión determinar qué ley rige las condiciones y los efectos de la adopción. Estos sistemas se basan en la ley aplicable, y la cuestión de la competencia de autoridades tiene un carácter subsidiario. Es lo que se podría denominar un enfoque conflictual. Como ejemplos de esta categoría de sistemas podemos citar a Francia, la República Federal de Alemania, la mayoría de los países de América Latina y Japón.

Otros sistemas, por el contrario, ven ante todo en la adopción una decisión de los tribunales (o de las autoridades administrativas) que crean un status nuevo en virtud del poder que les confiere su propia ley, la lex fori. La competencia internacional reviste entonces una importancia primordial, puesto que la ley aplicable es en principio la propia de las autoridades. Este enfoque puede ser denominado enfoque jurisdiccional. Pertenecen a este grupo los sistemas de common law o influenciados por éste, tales como los del Reino Unido, Irlanda, Australia, India, Sri Lanka, Israel, Chipre, Canadá, Estados Unidos y algunos otros países como Suiza y más recientemente Italia.

Habida cuenta de esta distinción metodológica, cabe, sin embargo, partir, con fines comparativos, de la cuestión de la competencia internacional para abordar, posteriormente, la de la ley aplicable. Este proceder se justifica porque, incluso los sistemas que siguen el enfoque conflictual, atribuyen una importancia cada vez mayor a la función de los tribunales en la creación del vínculo adoptivo.

Holanda del 10 de noviembre de 1989, Rechtspraak van de Week 1989 n. 244, relativa a la adopción en Holanda de niños que habían sido ya adoptados en Sri Lanka (adopción plena) por una pareja holandesa. El Hoge Raad invalidó el razonamiento del tribunal inferior que, para hacer posible la adopción en Holanda, había interpretado las disposiciones holandesas relativas a las condiciones de la adopción de forma flexible. No se hizo ninguna referencia al contexto internacional del problema. Por el contrario, Rechtbank's - Gravenhage, de 22 de febrero de 1989, Tijdschrift voor Familie - en Jeudrecht 1990, p. 61, asunto en el que la adopción de niños originarios de Sri Lanka había sido aceptada a pesar de que no se había respetado la diferencia de edad de la ley holandesa.

¹⁷⁹ Ver, en general, J. M. Bischoff y A. Rieg (ed.), <u>loc.cit.</u> (<u>supra</u> nota 150); A. Davi, L'adozione nel diritto internazionale privato, Milano 1981; I. Delupis, <u>International adoptions and the conflict of laws</u>, Stockholm 1976; R. De Nova, "Adoption in Comparative Private International Law" en 104 <u>Recueil des cours 1961 - III</u>, p. 75-158; D. Opertti Badán, "L'adoption internationale" en 180 <u>Recueil des cours</u>, 1985 - II, p. 299 - 411.

Ver J. M. Bischoff, "Introduction comparative" en J.M. Bischott y A. Rieg (ed.) <u>loc.cit.</u> (<u>supra</u> nota 150), pp. 703 - 713.

b. Competencia judicial internacional

117. Los criterios usuales de competencia judicial internacional en materia de adopción son: el domicilio o la residencia habitual de los adoptantes, el domicilio o la residencia habitual del niño, la nacionalidad de los adoptantes y la nacionalidad del niño. Numerosos sistemas preven varios de estos criterios. Unas bases de competencia demasiado amplias pueden ser rectificadas mediante de competencia del forum non conveniens; unas bases demasiado la doctrina del forum non conveniens; unas bases demasiado estrechas pueden ser ampliadas a través de excepciones que confieran mayores poderes a los tribunales. Son más escasos los confieran mayores poderes a los tribunales. Son más escasos los sistemas que, como Holanda, no prevén criterios fijos sino que adoptan una base más flexible como un vínculo suficientemente estrecho con la esfera jurídica de la jurisdicción de la que se trate¹⁶¹.

118. El Reino Unido constituye un ejemplo de competencia internacional basada exclusivamente en el domicilio de los adoptantes. Puesto que el domicilio debe ser entendido en el sentido tradicional que le atribuye el common law, ello puede suponer que los demandantes domiciliados en Inglaterra o en Escocia vivan en realidad en el extranjero. Estos poderes amplios de los tribunales se atenúan por la condición establecida por el English Act de 1976 y el Adoption (Scotland) Act de 1978 que establecen que los futuros adoptantes deben tener un hogar común con el niño y haber pasado algún tiempo, al menos, en ese hogar antes de la adopción a fin de que la autoridad local pueda verlos juntos e informar al tribunal¹⁸². El resultado se acerca bastante a la situación que existe en Australia donde las normas de common law relativas a la competencia fueron incluidas de forma expresa y, además de la residencia o del domicilio de los solicitantes en el foro, se exige la presencia del niño ¹⁶³. El "domicilio" de los adoptantes es también la base de competencia internacional en Suecia y en Suiza, pero hace referencia a residencia habitual, criterio previsto asímismo en el artículo 3 párrafo 1(a) del Convenio de La Haya de 1965 sobre adopción. Las leyes sueca¹⁸⁴ y suiza reconocen, ambas, determinadas funciones a la ley nacional de los adoptantes pero, la ley suiza contiene una restricción interesante, a saber, que las autoridades suizas sólo son competentes "(cuando los adoptantes) no pueden adoptar en su domicilio en el extranjero, o cuando no podría razonablemente exigírseles que inicien un procedimiento de adopción". En los ejemplos sueco y suizo, la residencia o la nacionalidad del niño no constituyen un criterio autónomo de competencia¹⁸⁵. En la mayoría de los otros sistemas parece que la residencia del niño en el foro o el hecho de que el niño posea la nacionalidad del foro es un criterio que tiene la misma función que el de la residencia o la nacionalidad de los adoptantes (República Federal de Alemania) 186 o posee, al menos, un carácter subsidiario (Francia) 187. En otros países, el domicilio o la residencia del niño pueden incluso ser preeminentes, como ilustra la Convención interamericana sobre adopción, cuyo artículo 15 preve que "las autoridades del Estado de residencia habitual del adoptando son competentes para decretar las adopciones a las que se refiere la presente Convención".

11 Antes que describir detalladamente estas diversas bases de competencia, parece más útil, a los fines de este informe, destacar que, como demuestran los ejemplos citados, existe una tendencia creciente en los legisladores a dejar que consideraciones materiales relativas al bienestar del niño influencien la selección de las bases apropiadas de competencia judicial. En el contexto de la adopción transnacional, la dificultad reside en que pueden existir distintas concepciones del bienestar del niño en los países de donde proceden numerosos niños destinados a ser adoptados en el extranjeros y en los países de recepción. De hecho ambos pueden tender a favorecer la competencia de sus propios tribunales, porque esto les permitirá estar mejor informados sobre la futura familia adoptiva y ejercer un control sobre ella. El problema se complica aún más por el hecho de que los sistemas jurídicos de varios países, los países de recepción concretamente, tienen una actitud restrictiva en lo relativo al reconocimiento de las decisiones de adopción extranjeras, y pueden seguir además políticas de inmigración restrictivas, lo que tiene esencialmente como consecuencia el fenómeno hoy corriente de las "segundas adopciones" en numerosos países de recepción.

120. Uno de los retos a los que se enfrentará el nuevo convenio será el de reconocer esta preocupación común, la del bienestar

Ver D. Kokkini-Iatridou, <u>L'adoption en droit</u> international privé néerlandais, contribución al XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Montreal 1990, pp. 13-16.

¹⁸² Ver P. R. Beaumont, <u>International adoption</u>, contribución al XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Montreal, 1990, pp. 8-9.

etc., 1984), p. 382.

Ver M. Jantera-Jareborg, <u>The procedural and metrial</u> conditions for intercountry adoption in Sweden, documento presentado en el XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Montreal 1990, p. 3.

Se puede recurrir a este motivo, por ejemplo, cuando los futuros adoptantes viven en un país islámico cuyas leyes no prevén la adopción, o un país cuya ley sólo prevé la adopción simple o incluso un país donde el procedimiento de adopción es muy complejo. Ver A. Bucher, <u>L'adoption internationale en Suisse</u>, documento presentado en el XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Montreal, 1990, pp. 4-5.

¹⁸⁴ Artículo 43b <u>FGG</u>.

¹⁸⁷Artículo 1166, <u>Code de Procédure Civile</u>.

del niño, como factor primordial para determinar la competencia en materia de adopción internacional, y otro el de conciliar las diferentes percepciones de los países de origen y de los países de recepción al respecto. Ver infra Capítulo IV, especialmente el nº 179.

c. Ley aplicable

121. Es aquí donde el "enfoque conflictual" y el "enfoque jurisdiccional" pueden llegar a resultados muy diferentes. Mientras que según el primer enfoque, la ley personal de los adoptantes y eventualmente la del niño revisten una importancia primordial, en el enfoque jurisdiccional, incluso en un caso internacional, los tribunales aplicarán su propia ley, la *lex fori*. No obstante parece que existe un consenso creciente, en el mundo entero, en torno a afirmar que, con independencia del sistema de designación de la ley preferido, el bienestar del niño debe prevalecer sobre cualquier otra consideración y flexibilizar la aplicación mecánica de las normas de conflicto.

(i) El enfoque jurisdiccional

122. El enfoque jurisdiccional, que conduce a la aplicación por los tribunales de sus propias leyes, presenta la doble ventaja de la simplicidad y de la obtención de un resultado que será generalmente acorde con el entorno social de la futura familia adoptiva. En los Estados Unidos el Restatement, Conflict of Laws, Second dispone que "los tribunales aplican su propia ley para determinar si se concede una adopción". No obstante, como afirma el comentario, "esta regla se atenúa por el hecho de que, según la ley local de al menos la mayoría de los estados, el bienestar del niño constituye el factor más importante que el tribunal debe tomar en consideración para determinar si debe conceder la adopción"188. Preocupados por el bienestar del niño, numerosos tribunales del Reino Unido, país que en principio se adscribe al enfoque jurisdiccional, han estimado que "por bienestar no se entiende simplemente el bienestar físico o moral sino el beneficio en su sentido más amplio, lo que comprende necesariamente la toma en consideración del efecto que la decisión, de ser favorable, tendrá sobre la situación del niño"189. Para evitar adopciones "claudicantes" estos tribunales han tomado en consideración, como elemento de hecho, la ley personal del niño, estimando que "el tribunal debe averiguar si la decisión será reconocida en otro lugar, salvo que de las circunstancias se deduzca que en el caso concreto deba decretarse la adopción, cualesquiera que sean las consecuencias en otros lugares". La ley sueca de 1971 relativa a las relaciones jurídicas internacionales en materia de adopción desarrolla aún más esta idea¹⁹⁰.

Estas disposiciones pueden por supuesto ser útiles cuando la familia adoptiva vive fuera del foro, pero también cuando mantiene vínculos estrechos con un país extranjero o tiene la intención de traslarse al mismo. Una fuente de adopciones "claudicantes" puede ser el hecho de que el país extranjero no prevea ninguna forma de adopción o no prevea el tipo de adopción de que se trate. Puede también ocurrir que las condiciones de adopción, y en particular la posibilidad de que ese niño sea adoptado o el consentimiento del niño o de su familia que exije la lev extranjera, difieran de lo establecido en la lex fori. En cuanto a este último aspecto, la toma en consideración de la ley del niño en lo relativo al consentimiento, aunque sea tan sólo como elemento de hecho, puede no sólo contribuir a reducir los problemas de no reconocimiento, sino también evitar el que, por ejemplo, la familia del niño vuelva a cuestionar la adopción¹º¹. cf. infra nº 124.

El Convenio de La Haya de 1965 sobre adopción, que se adscribe en principio al enfoque jurisdiccional, va un poco más lejos y prevé (en el artículo 5) que las autoridades competentes en virtud del Convenio "apliquen la ley nacional del niño a los consentimientos y consultas en relación al niño y a su familia y su conyuge".

En los sistemas que aplican el enfoque jurisdiccional la lex fori no rige sólo en las condiciones de la adopción sino también en sus efectos, exceptuándose las cuestiones sucesorías a las que habitualmente se aplica la ley designada por las normas de conflicto relativas a la sucesión por causa de muerte.

Restatement of the law second, conflict of laws second, vol. 2 (1971), # 289.

In Re B(S) (An Infant) (1968), Ch. 204, p. 211.

Según su artículo 2: "Una solicitud de adopción se examina conforme a la ley sueca. Si la solicitud afecta a un niño de menos de 18 años, convendrá examinar en particular si el solicitante o el niño están vinculados a un Estado extranjero por su nacionalidad, su domicilio o por cualquier otra razón, y si acarrearía al niño inconvenientes graves el hecho de que la adopción no fuera válida en dicho Estado". Ver también el artículo 77 del nuevo Código suizo de derecho internacional privado, aunque sólo toma en consideración la ley del domicilio o de la nacionalidad de los adoptantes.

Ver, por ejemplo, United States Court of Appeals, Sixth Circuit, 20 octubre 1978 (<u>Huynh Thi Anh</u> c. <u>Levi</u>, 586 F.2d, 625 (1978)). En este asunto relativo a la "operación "<u>baby lift</u>"", el abuelo y el tío de cuatro niños vietnamitas impugnaron el derecho de los padres adoptivos americanos a adoptar a los niños aportando "pruebas contundentes según las cuales en 1972 Vietnam había adoptado un ley que concede a la familia, los abuelos inclusive, derechos de patria potestad mucho más extensos que los que se preven en la ley de Estados Unidos", (<u>ibid</u> p. 630-631). La demanada fue, sin embargo, denegada sobre la base de motivos de competencia.

(ii) El enfoque conflictual

123. Los sistemas que siguen el enfoque conflictual distinguen las condiciones de la adopción de sus efectos. Por lo que a las condiciones respecta, no se plantea ningún problema cuando los adoptantes y el adoptado tienen una misma ley personal extranjera, ya se trate de la ley del domicilio o de la ley nacional. En las situaciones transnacionales, sin embargo, no será éste generalmente el caso, por lo que deberán realizarse opciones difíciles. La Ley francesa, por ejemplo, ha dudado durante tiempo entre al menos cuatro posibilidades: la aplicación de la ley nacional de los adoptantes (con matices adicionales cuando los adoptantes son de nacionalidad diferente), la ley nacional del adoptando, la aplicación distributiva de ambas leyes en función de que la condición afecte al adoptante o al adoptado, o la aplicación cumulativa de las dos leyes¹⁹². Una importante sentencia de la *Cour de Cassation* de 1984 se pronunció a favor de la ley nacional del adoptante (se trataba de una adopción por una persona soltera) para regir tanto las condiciones como los efectos de la adopción, con excepción de las condiciones relativas al consentimiento y a la representación del adoptando¹⁹³. La doctrina francesa concluyó a partir de esta sentencia que, cuando es una pareja quien adopta, la adopción se regulará (con la excepción mencionada) por la ley aplicable a los efectos del matrimonio, esto es, la ley nacional común de los adoptantes o, en ausencia de nacionalidad común, la ley de su domicílio común¹⁹⁴.

El nuevo Código alemán de derecho internacional privado contiene una concepción similar: la adopción se rige por la ley nacional del adoptante o, si se trata de una pareja, por la ley aplicable a los efectos del matrimonio exceptuándose las cuestiones relativas al consentimiento del niño o de sus parientes, sometidas en principio a la ley nacional del niño parientes, sometidas en principio a la ley nacional del niño También establece esta regulación el nuevo Código japonés de derecho internacional privado y las nuevas normas de conflicto belgas aplicables a la adopción de menores de 15 años de edad en

caso de adopción simple¹⁹⁷.

La Convención interamericana sobre adopción contiene un sistema distributivo. Ver los artículos 3 y 4¹⁹⁸.

En otros sistemas la ley relativa al consentimiento del niño puede ser tomada en consideración de forma cumulativa con la ley de los adoptantes; este es el caso, de Austria¹⁹⁹ y de Portugal²⁰⁰, por ejemplo.

- 124. A pesar de la diversidad de enfoques, parece que se reconoce de forma creciente que, independientemente de cual sea la ley que deba aplicarse a las demás condiciones de la adopción, es la ley personal del niño la que debe, sola o cumulativamente con la ley que regula las demás condiciones de la adopción, regular las cuestiones relativas al consentimiento del niño o de sus parientes. Subsisten sin embargo diversos problemas:
- La ley personal del adoptante puede prohibir la adopción o incluso no preverla (sistemas islámicos). En tales casos, las normas de conflicto alemanas y belgas preven que la lex fori pueda sustituir a la ley normalmente aplicable. El inconveniente es, evidentemente, que ello puede conducir a adopciones "claudicantes"; por lo cual en Francia la doctrina está dividida: algunos autores recomiendan la aplicación de la ley francesa en este caso y otros se oponen²⁰¹.
- Es posible que no coincidan la nacionalidad del niño y su residencia habitual antes de la colocación previa a la adopción en el extranjero. Tal es el caso, por ejemplo, cuando se trata de niños refugiados (cf. supra nº 60). Algunos autores han estimado que en estos casos debe

Ver, por ejemplo, P. Bourel, <u>Jurisclasseur de droit</u> international, fasc. 548-B Voz <u>Adoption</u>.

Revue Critique de Droit International Privé, 1985, 533, nota Simon-Depitre.

Ver H. Gaudemet-Tallon, <u>L'adoption internationale</u>, documento presentado al XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Montreal, 1990, p. 27.

¹⁹⁵ Articulo 23.

¹⁹⁶ Articulo 20.

[&]quot;The new regime governing international adoptions in Belgium" en 35 Netherlands International law Review (1988), pp. 117-134.

Ver D. Opertti Badán, <u>op.cit.</u> (<u>supra</u>, nota 171), pp. 24-28.

¹⁹⁹ Artículo 26 de la Ley relativa al Derecho internacional privado.

²⁰⁰ Artículo 60(4) del <u>Códiqo civil</u>. Ver R. M. Moura Ramos, <u>Droit international privé, l'adoption internationale</u>, documento presentado al XIIIème Congreso Internacional de Derecho Comparado, Montreal, 1990, p. 15.

Ver, por ejemplo, <u>Conseil Supérieur de l'Adoption</u>, <u>L'adoption des enfants étrangers, examen des questions</u>, 1989, pp. 23-24.

aplicarse la ley de la residencia habitual²⁰². El resultado coincidiría con la norma del artículo 3 de la Convención interamericana de adopción.

Se puede haber consentido en el país de origen a un tipo de adopción, por ejemplo la adopción simple, mientras que en el país de recepción se presente una solicitud en relación a otro tipo de adopción, por ejemplo la adopción plena. Esto puede ocurrir facilmente cuando los padres biológicos o los tutores viven en países en vías de desarrollo económico donde se desconoce o utiliza escasamente la adopción plena (cf. supra, números 29 y 48), ¿Puede interpretarse en tales casos que el consentimiento se extiende al otro tipo de adopción? En sentido contrario a la jurisprudencia, la Cour de Cassation francesa respondió afirmativamente a esta cuestión en su sentencia *Torlet* de 1984²⁰³ y consideró en cuanto al fondo que, cuando el consentimiento dado para la adopción de un niño extranjero no especifica el tipo de adopción solicitada, este consentimiento es suficiente para los dos tipos de adopción (símple y plena) conocidos en el derecho francés. Esta decisión ha sido sin embargo muy criticada porque consentir a una adopción que preserva los vínculos jurídicos con la familia biológica es una cosa y consentir a la adopción plena en la que los vínculos son eliminados es otra muy distinta²⁸⁴.

125. La tendencia de los sistemas que siguen un enfoque conflictualista es someter los efectos de la adopción a la misma ley que rige las condiciones, esto es, en la mayoría de los casos la ley personal de los adoptantes. Las ventajas son evidentes: en primer lugar hay un vinculo estrecho entre las condiciones y los efectos de la adopción; en segundo lugar, dado que el niño residirá con los adoptantes, es conveniente que la ley que regula el estatuto personal de estos últimos se aplique también a sus relaciones con el niño. De ello resulta que la ley personal de los adoptantes determinará el tipo de adopción, su eventual revocabilidad y la cuestión de la patria potestad²⁶⁵. La misma ley puede aplicarse en relación al nombre del niño aunque está cuestión también puede estar regulada mediante una norma de

conflicto específica²⁶⁴. Pueden asimismo aplicarse normas de conflicto distintas en materia de obligaciones de alimentos y en materia de sucesión por causa de muerte.

126. Un nuevo convenio de cooperación jurídica en materia de adopción transnacional podría tener un papel importante simplificando diversos y complejos problemas de derecho internacional privado - principalmente el del consentimiento - gracias a normas materiales que, por ejemplo, confirieran a las autoridades del país de origen del niño la responsabilidad final de velar por que todos los consentimientos y consultas necesarias en virtud de la ley local hubieran sido regularmente concedidos o realizados antes de que el niño fuera autorizado a salir del país (cf. infra, Capítulo VI, esencialmente el nº 180).

2. Reconocimiento de adopciones extranjeras

127. El reconocimiento o el no reconocimiento de adopciones extranjeras es una cuestión de gran importancia práctica, particularmente para la adopción transnacional, porque, como ya hemos visto, diversos países de donde proceden niños adoptados exigen que el niño sea adoptado en el país de origen, ya sea antes de su marcha, ya sea poco tiempo después de ésta (ver infra, números 135 y 135A). La matería del reconocimiento se caracteriza por su considerable falta de uniformidad. La gran diversidad de soluciones en esta materia se debe, por un lado, a consideraciones de política legislativa, y, por otro, a dificultades e incertidumbres de carácter técnico. El problema central es el del reconocimiento de una decisión de adopción extranjera realizada por personas nacionales, o con domicilio, o residencia habitual en el país en el que se solicita el reconocimiento. Todos los sistemas coinciden en que (el reconocimiento de) la adopción extranjera no debe ser contrario al orden público. Pero a partir de ahí, las divergencias son considerables, tanto en cuanto al grado de liberalismo de la política de reconocimiento como en lo relativo a los criterios que la rigen.

128. Uno de los sistemas más restrictivos es el establecido por la ley italiana de la adopción de 1983. Una decisión de adopción obtenida en el extranjero por adoptantes italianos no tiene efectos en Italia, a menos que (1) los adoptantes hayan obtenido previamente una declaración de aptitud para la adopción, (2) la adopción sea conforme a la ley del Estado de origen y (3) no sea contraria a los principios fundamentales de la ley italiana relativos a la familia y a la infancia. Incluso si se cumplen estas condiciones, la adopción debe haber sido precedida de un periodo de prueba de un mínimo de un año; si no se ha observado esta condición, la adopción extranjera se considerá como colocación pre-adoptiva a la que transcurrido un año, deberá seguir un procedimiento de adopción italiano. En la práctica esto

Ver <u>Conseil d'Etat</u> (Francia), <u>Rapport sur l'adoption</u> <u>d'enfants étranqers</u>, elaborado por H. Muir-Watt-Bourel (1989), p. 11.

²⁸³ supra nota 193.

Ver, por ejemplo, E. Poisson-Drocourt, "L'adoption internationale", <u>Revue critique de droit international privé</u> (1987), pp. 673-710 (especialmente, pp. 689-690).

Este último aspecto puede pertenecer al ámbito de las normas de conflicto del <u>Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de los menores.</u>

Cf. Convenio sobre la ley aplicable a los nombres y apellidos, firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980 (elaborado por la Comisión internacional de estado civil (CIEC)).

significa que las adopciones extranjeras no se reconocen más que en pocos supuestos²⁶⁷ En Holanda la situación es similar a la de Italia. Una decisión de adopción extranjera tiene básicamente sólo el efecto del reconocimiento de la patria potestad que dicha adopción ha conferido a los adoptantes, siendo necesaria una segunda adopción según la ley holandesa. Recientemente se han dictado decisiones judiciales que se apartan de esta actitud²⁶⁸ pero, incluso si consideramos que inician una nueva tendencia, la práctica de las segundas adopciones persistirá, aunque sólo sea porque, en virtud de las disposiciones holandesas en materia de nacionalidad, sólo una decisión holandesa de adopción atribuye la nacionalidad holandesa al niño.

La actitud restrictiva del legislador italiano es deliberada: tiende a dar a los tribunales italianos plenos poderes para el control sobre las adopciones transnacionales. Se podría suponer que la situación en Holanda se debe a la tardía incorporación de la adopción en la ley holandesa, pero seguramente no es ésta la única razón ya que Portugal, que introdujo la adopción en fecha aún más reciente, se muestra menos restrictivo y reconoce las adopciones extranjeras, con la condición de que el tribunal extranjero haya basado su competencia sobre criterios aceptables desde el punto de vista portugués y que el procedimiento se haya desarrollado de forma correcta²⁰⁰. La práctica española en materia de reconocimiento es también restrictiva, pero, parece ser, que por razones esencialmente técnicas²¹⁰.

129. La reforma del derecho internacional privado de la República Federal de Alemania introdujo una norma especial relativa al reconocimiento de decisiones extranjeras que se aplica igualmente a las adopciones extranjeras a condición de que se haya obtenido

una "decisión" de un tribunal extranjero o una autoridad administrativa extranjera. Subsiste, sin embargo, un problema de calificación: ¿qué elementos son necesarios para que una adopción pronunciada en el extranjero se considere una decisión extranjera? Si existe una decisión, ésta se reconocerá, si uno de los adoptantes o el niño poseían la nacionalidad del país extranjero o tenían en éste su residencia habitual²¹¹. Hay una gran incertidumbre respecto a los efectos de una adopción extranjera en la República Federal de Alemania, especialmente cuando se trata de adopciones simples. Muchos autores han preconizado un procedimiento especial de reconocimiento de las adopciones extranjeras en Alemania, pero esta iniciativa no ha prosperado hasta el momento²¹¹¹². Se aconseja, por tanto, que los alemanes que hayan adoptado un niño en el extranjero soliciten una segunda adopción en la República federal²¹².

El derecho internacional privado francés no sólo realiza un control jurisdiccional - el tribunal extranjero debe haber basado su competencia en un criterio internacionalmente aceptable desde el punto de vista francés - sino que exige también que el tribunal extranjero haya aplicado una ley compatible con el resultado al que hubiera llegado el tribunal francés en aplicación de sus normas conflictuales. Al prever la legislación francesa la adopción plena y la adopción simple, la cuestión de la equivalencia (sustitución)²¹³ es, al menos teóricamente, menos problemática que en derecho alemán, puesto que una adopción extranjera que no cumpla las condiciones de la adopción plena puede, no obstante, con a veces una ligera adaptación, considerarse equivalente a la adopción simple. Subsisten sin embargo casos en los que los efectos de una adopción extranjera difieren considerablemente de los de los dos tipos de adopción reconocidos en Francia. En estos casos es, por tanto, también inevitable una segunda adopción en Francia²¹⁴.

130. El nuevo Código Suizo de derecho internacional privado suministra el ejemplo de una norma de reconocimiento liberal y

Ver G. Kojanec, "Italie", en J. M. Bischoff y A. Rieg (ed.), op.cit. (supra nota 150), pp. 817-832. Ver también V.Varano, <u>L'adoption internationale en Italie</u>, documento presentado al XIII Congreso Inrternacional de Derecho Comparado, Montreal, 1990.

Ver Kokkini-Iatridou, op.cit. (supra nota 181), pp. 25-30; ver igualmente Tribunal de apelación de La Haya, 17 de noviembre de 1989 (aún no publicado); en esta sentencia, el tribunal fundamenta su decisión para reconocer la adopción australiana en parte en el derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8 de la Convención europea de Derechos Humanos y en el artículo 17 del Pacto internacional de Derechos Civiles y políticos.

²⁸⁹ Ver R. M. Moura Ramos, <u>op.cit.</u> (<u>supra</u> nota 200), p. 26-31.

Ver D. Alexandre, "Espagne" y J. M. Bischoff, "Introduction", en J. M. Bischoff y A. Rieg (ed), op.cit. (supra nota 150), pp. 710-711 y 785-798.

Ver E. Jayme, <u>International Adoption in German Law</u>, documento presentado en el XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Montreal, 1990, p. 23-24.

Anerkennung ausländischer Adoptionen", <u>Ehe und Familie</u>, <u>Zeitschrift für das gesamte Familienrecht</u> 1973, p. 178 y ss.

²¹² Ver en general, E.-M. Hohnerlein, <u>Internationale Adoption</u> und <u>Kindeswohl</u>, Tesis, Munich, 1988.

²¹³ Ver I. Delupis, <u>op.cit</u>. (<u>supra</u> nota 179), pp. 75-79.

²¹⁴ Ver E. Poisson-Drocourt, <u>loc.cit.</u> (<u>supra</u> nota 204), p.697.

directa y una solución interesante para la cuestión de la equivalencia²¹⁵.

Las normas de reconocimiento de las adopciones extranjeras en el Reino Unido son liberales, al igual que generalmente las leyes de otros sistemas pertenecientes al grupo del common law tales como los de Australia o Canadá. En virtud de las leyes británicas de adopción, en principio se reconocerá la adopción extranjera incluida en la categoría de adopción "overseas" y se considerará equivalente a una adopción inglesa o escocesa. La adopción debe haberse producido en el territorio de uno de los países designados por la ley, que incluye a la mayoría de los Estados de la Commonwealth (con excepción de la India y de Bangladesh), a todos los países de Europa occidental, Yugoslavia, Grecia y los Estados Unidos de América.

La adopción extranjera que no sea una adopción "overseas", por ejemplo las adopciones latino-americanas, podrá, no obstante, ser reconocida si se ajusta a las normas de reconocimiento del common law²¹⁶. El asunto a tener en cuenta en esta matería es *In* re Valentine's settlement²¹⁷ Lord Denning, expresando la opinión mayoritaria, declaró que, puesto que la adopción crea un nuevo status y las cuestiones que afectan al status se rigen generalmente por la ley del domicilio, una adopción extranjera "debe haber sido válidamente constituida según ley del domicilio del adoptante para poder ser reconocida en todas partes". La mayoría dudó antes de llegar a esta conclusión, puesto que reconoció cierto valor a la posición de la minoría, que se resistía a denegar el reconocimiento a una decisión de adopción emitida por un tribunal extranjero que había aplicado garantías razonables por el sólo hecho de que el adoptante no estuviera domiciliado en el país de adopción.

La Comisión de tutela sueca presentó en 1989 una propuesta radical para facilitar el reconocimiento de las adopciones extranjeras. Refiriéndose expresamente a la Declaración de Naciones Unidas, al Convenio de Naciones Unidas y a la Convención interamericana sobre la adopción, la Comisión propuso que "por regla general, las decisiones sobre adopción pronunciadas en el país del domicilio del niño se reconocerán en Suecia, sin legalización ni reconsideración complementaria alguna. Independientemente de que la adopción sea considerada "fuerte" o "débil" ... por el tribunal o autoridad competente en el país del domicilio, debería ser considerada adopción plena en Suecia"²¹⁸.

131. Tras haber examinado la situación actual en materia de reconocimiento de adopciones extranjeras en diversos países europeos, el Profesor Bischoff concluyó en 1985 que: "se tiene la sensación de que son pocos los países que han encontrado realmente su vía y que, de todos modos, la situación no está aún madura para intentar realizar una unificación multilateral"²¹⁹. Es difícil no compartir la primera parte de esta conclusión, pero se podría quizás hacer un esfuerzo para mejorar, en el marco de un nuevo convenio sobre la adopción transnacional, la situación extremadamente confusa que reina actualmente. De hecho, un convenio de este tipo contribuiría a crear una atmósfera de mútua confianza que facilitaría el acuerdo en torno a algunas normas mínimas sobre una base recíproca relativas al reconocimiento de adopciones extranjeras.

En primer lugar, en cuanto a los criterios de reconocimiento, parece que hay un cada vez mayor acuerdo en torno a preferir el control jurisdiccional al control conflictual en materia de reconocimiento de adopciones extranjeras. Si este control pudiera aplicarse, no sólo cuando la adopción extranjera la constituye exclusivamente un tribunal o una autoridad administrativa (hipótesis contemplada por el Convenio de La Hava de 1965 sobre adopción y, parece ser, por la Convención interamericana), sino también cuando el tribunal aprueba una adopción contractual, la introducción de una norma en este sentido solucionaria la mayor parte de los problemas del reconocimiento. Se plantea entonces la cuestión del vínculo entre la adopción y el Estado del tribunal o autoridad extranjera para que pueda haber reconocimiento. Parece que los cuatro criterios siquientes merecen, en principio, ser seriamente examinados por comportar vinculos internacionalmente aceptables: (1) la nacionalidad de los adoptantes; (2) la residencia habitual de los adoptantes; (3) la nacionalidad del niño; y (4) la residencia habitual del niño. Surge entonces la cuestión de los efectos. ¿No sería posible aceptar que una adopción extranjera, a condición de que se haya establecido de forma regular, tenga al menos los

²¹⁵ según el artículo 78

[&]quot;1. Las adopciones declaradas en el extranjero son reconocidas en Suiza cuando han sido pronunciadas en el Estado del domicilio o en el Estado nacional del adoptante o de los esposos adoptantes.

^{2.} Las adopciones o las instituciones similares del derecho extranjero que tienen efectos esencialmente diferentes del vínculo de filiación en el sentido del derecho suizo sólo son reconocidas en Suiza con los efectos que se les atribuye en el Estado en el que han sido pronunciadas".

Para el Reino Unido, ver Dicey and Morris, <u>The conflict of Law</u>, 11ª ed., vol. 2, pp. 871-881 (ver igualmente pp. 884-889 "Adoptions under the (1965) Hague (Adoption) Convention" que no tienen gran interés práctico, ver <u>infra</u> números 157-161), para Australia, ver P. E. Nygh, <u>op.cit.</u> (<u>supra</u>, nota 183), pp. 384-390; para Canada, J. McLeod, <u>The conflict of Laws</u> (Calgary 1983), pp. 751-756.

²¹⁷ (1965) Ch. 831 (C.A.).

Ver Justitiedepartementet, <u>Adoptionsfragor</u> (Estocolmo, 1989), resumen en inglés, p. 280.

Ver J. M. Bischoff y A. Rieg (ed), $\underline{\text{op.cit.}}$ ($\underline{\text{supra}}$ nota 150), p. 713.

efectos que posea en virtud de la ley que ha presidido su creación²²⁸? Esto significaría en la práctica que, en la mayoría de los casos, se consideraría que los padres adoptivos han adouirido al menos la patria potestad y la custodia del niño y han contraído respecto a éste una obligación de alimentos. Finalmente, sería muy útil que se estableciera un procedimiento judicial o administrativo en los Estados parte, que permitiese a las partes obtener facilmente en caso de duda una decisión declarativa relativa al reconocimiento (o no reconocimiento) de la adopción extranjera y precisando sus efectos.

- D. Disposiciones especiales, leyes en materia de inmigración y de nacionalidad
- 1. Normas de aplicación inmediata específicas para la adopción transnacional

132. Un número creciente de países - países de origen y países de recepción de niños - han promulgado disposiciones especiales para intentar controlar la adopción transnacional, con el fin de, por un lado, mejorar sus posibilidades de éxito y, por otro, de luchar contra posibles abusos. Estas disposiciones obligatorias prevalecenn generalmente sobre las normas de derecho internacional privado que las contradigan. Examinaremos en primer lugar algunas de las medidas adoptadas por los principales países de procedencia de niños y a continuación las promulgadas por los países de recepción.

a. Países de origen

133. Se ha optado principalmente por dos métodos. El primero consiste en exigir una autorización especial para que el niño pueda abandonar el país, produciéndose la adopción en el país de recepción. El otro método exige que el niño sea adoptado en el país de origen como requisito previo a su salida del mismo.

(i) Adopción en el país de recepción

134. Se incluyen en este grupo varios países de Asia: India, Corea, Nepal, Filipinas, Tailandia a los que recientemente se ha añadido una país de América Latina. Chile. Estos sistemas tienen en común que no se adopta ninquna decisión judícial y, en cambio, debe obtenerse la autorización o licencia especial de un Ministerio o una autoridad gubernamental (Corea, Nepal, Filipinas, Tailandia) o de un Tribunal de Menores (India, Chile). Aunque no se dicta ninguna decisión de adopción, el procedimiento se asemeja a veces mucho al que constituye una adopción. puesto

que se imponen determinadas condiciones en lo relativo al niño. los futuros adoptantes (Tailandia, por ejemplo, solo acepta solicitantes casados que pueden tener como máximo dos hijos propios), la compatibilidad del primero y de los segundos, etc. 221 La autorización para llevar al niño al extranjero puede no estar sujeta a condiciones (por ejemplo en Corea y en Chile²²²) o estar subordinada a la superación de un periodo de prueba (Filipinas, Tailandia). Según la normas filipinas 223, "la guarda y la responsabilidad respecto al niño se considerarán transferidas a la institución estatal de protección de menores" del país de recepción, la cual, caso de que la colocación del niño finalice antes de transcurrido el periodo probatorio, tendrá la obligación de encontrar otra colocación en un plazo de tres meses y, a falta de ello, deberá retornar el niño a Filipinas.

La India es un caso particular. En virtud del Guardians and Wards Act de 1890, puede confiarse la guarda del niño a los futuros padres, pero la ley no establece ninguna especificidad en relación al procedimiento de adopción por extranjeros. La sentencia *Laxmi Kant Pandey v. Union of India*²²⁴, del Tribunal Supremo de la India aportó las orientaciones necesarias para

Tanto la India como Filipinas y Tailandia exigen que, mientras no se haya dictado una decisión de adopción en el país de recepción, se remitan informes a sus autoridades en relación a la situación del niño durante el periodo de prueba previsto. Generalmente la decisión de adopción en el extranjero adoptada al término del periodo de prueba en el país de recepción, debe ser notificada a las autoridades del país de origen y ser

- (ii) Adopción en el país de origen
- 135. Este sistema prevalece en América latina, Africa, en varios países de Asía como Sri Lanka y Vietnam, y en varios países de

Esto implicaría, en particular, que "la excepción de institución desconocida" no pudiera ser invocada (artículo 5 de la Convención Interamericana sobre adopción). Cf. Tribunal federal (Suiza). 14 de abril de 1987, Annuaire suisse de droit international 1988, p. 463 -468, que rechaza la idea de que el orden público suizo pueda oponerse al reconocímiento de una adopción simple.

Existen procedimientos parecidos: en Corea, en virtud de la ley especial sobre la adopción de 1976 y de sus reglamentos de aplicación; en Nepal, sumariamente, en la ley de adopción (Mulki Ain); en Filipinas, en virtud de la Reglamentación sobre la adopción en el extranjero promulgada sobre la base del <u>Child</u> and Youth Welfare Code de 1975; en Tailandia, donde la reglamentación ministerial de 1980 adoptada en aplicación del artículo 18 de la ley de 1979 sobre la adopción de niños y en Chile, en la nueva <u>ley sobre la adopción</u> de 1988.

Sin embargo, los cónsules de Chile en los países de adopción están encargados de verificar que el niño es adoptado conformemente a la leyes locales (Ley sobre la adopción 1988,

²²³ Artículo 8b).

²²⁴ Ver supra nota 79.

Europa del Este, tales como Polonia, Rumanía y Yugoslavia. Evidentemente debe seguirse el procedimiento local de adopción, pero además cada vez son más numerosos los países que imponen a los adoptantes extranjeros condiciones suplementarias.

Tales condiciones pueden incluso, a veces, prácticamente imposibilitar la adopción. Este es el caso, por ejemplo, de la ley nicaragüense de adopción, que dispone que los futuros adoptantes deben obtener un permiso de residencia permanente y, además, estar dispuestos a establecer su residencia en el país hasta que el niño sea mayor de edad. En Indonesia, los futuros padres adoptivos extranjeros deben haber estado domiciliados y haber trabajado en el país durante un periodo mínimo de tres años.

Las Islas Mauricio, Rumania y varios estados yugoslavos, entre otros, preven una autorización especial del Gobierno en caso de adopción por extranjeros. Varios países (como Costa Rica, Honduras y Perú) exigen que los futuros adoptantes o, si se trata de un matrimonio, al menos uno de los cónyuges, comparezcan personalmente ante el tribunal. Algunos países prescriben que tras la llegada del niño al país de recepción se remitan informes sobre la evolución del mismo a las autoridades del país de origen. Se puede citar como ejemplo Ecuador que exige estos informes durante los cinco años siguientes a la adopción²²⁵, y Etiopía, que exige un informe anual hasta que el niño alcance los 18 años de edad.

Algunos de los países pertenecientes a este grupo, autorizan la salida del niño del país antes de que se pronuncie la adopción definitiva. El procedimiento usual en este caso es que el tribunal del país de origen declare la orfandad o el abandono del niño o la renuncia en regla de los padres biológicos; las autoridades permiten entonces que el niño salqa del país, entendiendose normalmente que el niño y los futuros adoptantes serán sometidos a un periodo de prueba en el país de recepción, transcurrido el cual la adopción se formalizará en el país de origen. La dificultad práctica que presenta tal sistema es que es virtualmente imposible que los tribunales del país de origen ejerzan control alquno durante el periodo de prueba y velen por que se observen las condiciones relativas, por ejemplo. a su duración. Algunos tribunales averiguan en algunas ocasiones, no sin cierta frustración, que se ha concedido la adopción en el país de recepción antes de la expiración del plazo que ellas habían fijado. Este sistema tiende por otro lado a convertir a la adopción final en el país de origen, en una simple formalidad. Esto es particularmente cierto en los casos en que la necesidad de mayor entendimiento y cooperación internacional es más necesaria (ver *infra* nº 179).

(iii) Intervención obligatoria de instituciones intermediarias

136. Independientemente de que sigan uno u otro de los sistemas reseñados anteriormente, aumenta el número de países que exigen que los futuros adoptantes residentes en el extranjero presenten su solicitud a través de instituciones reconocidas por sus Gobiernos o aporten, al menos, la prueba de que tales instituciones los han considerados aptos para la adopción. Entre estos países figuran Colombia, la India, Corea, Filipinas, Sri Lanka y Tailandia. Incluso cuando la ley no prevé nada al respecto — en Brasil, por ejemplo — los tribunales y las autoridades exigen cada vez con mayor frecuencia que la solicitud se presente a través de una institución autorizada del país de recepción o esté avalada por una institución de este tipo.

Además, como ya hemos visto en los números 66 - 68, diversos países de origen limitan la posibilidad de que sus nacionales otorguen a sus hijos en adopción de forma privada y prescriben la intervención de una institución social reconocida o pública.

b. Países de recepción

137. Aunque en los países de recepción exista una tendencia a someter las adopciones transnacionales a determinado control gubernamental, esta tendencia no aparece en todas partes; además prácticas varían enormemente en cuanto a la naturaleza y grado de vigilancia ejercido.

(i) Control gubernamental de las instituciones

138. En numerosos países de recepción la persona o entidad que coloque a los menores en adopción ha de contar con autorización del gobierno. Se puede exigir un permiso con carácter general, independientemente de que la institución se ocupe de adopciones nacionales o transnacionales, o se puede exigir un permiso sólo si la agencia desarrolla actividades en relación a adopciones internacionales. En los Estados Unidos, por ejemplo, "todos los estados han establecido un procedimiento de autorización de las instituciones que se ocupan de la adopción"226. Sin embargo, "los requisitos mínimos necesarios para obtener la autorización y el grado de efectividad de estas exigencias varían de un estado a otro."227. También en la República Federal Alemana sólo

Los adoptantes tienen, asimismo, la obligación específica de avisar a las autoridades del Ecuador de todo cambio de residencia durante este periodo.

Ver J. B. Boskay, "Placing children for adoption", en J. H. Hollinger op.cit. (supra nota 50), pp. 3 - 18.

Ver W. M. Schur, "Attorney's Role in Private Agency Adoption", en J. H. Hollinger op.cit (supra nota 50), p. 7 - 7. En algunos Estados (por ejemplo, en Texas), un particular que reuna los requisitos mínimos puede ser autorizado a colocar niños para su adopción; en otros (por ejemplo, en Massachusetts), los particulares no pueden obtener permisos; en determinados Estados (por ejemplo, en California), la ley exige que las instituciones tengan una finalidad no lucrativa; en otros (por ejemplo, en California del Norte), se les reconoce la posibilidad de obtener

instituciones autorizadas pueden colocar niños en familias adoptivas 228. En el caso de que la adopción de niños procedentes del extranjero deba ser pronunciada en la República Federal Alemana, el tribunal deberá consultar obligatoriamente a los servicios de protección de la infancia. En Suiza las instituciones que se ocupan de tales adopciones deberán obtener, además de la autorización nacional exigida a las agencias especializadas de adopción, una autorización suplementaria que exige un buen conocimiento de la situación jurídica, cultural y social de los niños para los que buscan familias adoptivas y la aptitud para asesorar a los futuros adoptantes hasta que la adopción sea concedida; la autorización sólo es válida en relación a determinados países de origen 229.

Una cosa es que el país de recepción fije normas minimas en relación a las instituciones que se ocupan de la adopción; otra muy distinta es que haga preceptiva la intermediación de este tipo de instituciones en las adopciones transnacionales. Hasta ahora sólo pocos países preven esta última obligación (ver infra nº 140), lo que significa que, en la mayoría de los países de recepción, los futuros adoptantes pueden elegir entre iniciar ellos mismos las gestiones o dirigirse a una agencia, sin perjuicio de las condiciones que puedan exigirse después, en lo referente en particular a la necesidad de una autorización previa especial concedida por el gobierno o por los tribunales. En los lugares en los que no se exige esta autorización previa, por ejemplo, en los Estados Unidos y en Suiza, la libertad de acción de los futuros adoptantes sólo está limitada, desde el punto de vista del país de recepción, por las leyes en materia de inmigración (ver *infra* números 141 - 145).

(ii) Autorización especial

139. Diversos países de recepción obligan a los futuros adoptantes a obtener una autorización previa, ya sea para la adopción en general (nacional o internacional), ya sea tan sólo cuando se trate de adoptar niños procedentes del extranjero. Francia forma parte de los primeros. Independientemente de que el niño resida en el extranjero o en Francia, es necesario obtener una "autorización" previa del *Président du Conseil Général*, responsable de los servicios de ayuda social a la infancia. Antes de pronunciarse sobre la adopción, el tribunal debe asegurarse de que se haya concedido la autorización, pero en su defecto no se prevé sanción alguna y la ausencia de autorización no es motivo suficiente de denegación de la adopción. La ley sueca es más estricta: mientras que toda adopción exige el consentimiento previo del Comité de bienestar

beneficios.

social del lugar de residencia de los futuros padres adoptivos. "cuando se trate de la recepción de un niño extranjero para su posterior adopción, deberá obtenerse el consentimiento antes de que niño salga de su país natal. La autorización caduca si , transcurrido un año el niño no ha sido acogido en el hogar adoptivo"238. Antes de dar su consentimiento, el Comité de bienestar social procede a una investigación minuciosa de la familia adoptiva: además. el consentimiento sólo se concederá si los demandantes tienen la intención de utilizar un intermediario fiable²³¹. El año pasado entró en vigor en Holanda una ley especial relativa a la colocación de niños extranjeros en hogares en preparación de la adopción 232. Esta ley vino a confirmar la práctica anterior en virtud de la cual la colocación de un niño extranjero en Holanda sólo se permitía si constaba la autorización por escrito del Ministerio de Justicia. válida por tres años. La ley asimismo introdujo un sistema de autorización para la habilitación de quienes se dediquen a la colocación de niños extranjeros en preparación de la adopción, y obliga a los futuros padres adoptivos a seguir un curso especial sobre la adopción de niños extranjeros (ver supra nº 74)233.

Ya hemos visto (supra nº 128) que en Italía se exige la autorización previa de los tribunales en todos los casos de adopción transnacional.

²²⁸ Adoptionsvermittlungsgesetz 1976.

Ver <u>Ordonnance réglant le placement d'enfants</u> de 19 de octubre de 1977, modificada el 21 de diciembre de 1988, artículo

Ley sobre los servicios sociales, artículo 25, párrafo 2.

Idem. Artículo 25, párrafo 3. "La finalidad subyacente de la ... ley era mejorar el control público de las adopciones en el extranjero. Antes de la entrada en vigor de la ley, aproximadamente la mitad de los niños llegaba como consecuencia de contactos privados. En 1984, se incorporó una disposición ... obligando al Comité de acción social a obtener una declaración de la NIA sobre la fiabilidad de los intermediarios cuando se utilizasen contactos privados. Esta reforma ha hecho disminuir el número de adopciones privadas del 70% en 1984 al 10% en 1986". "Estos últimos años, el número ha aumentado de nuevo a consecuencia de los largos periodos de espera en los organismos de adopción autorizados", M. Jäntera-Jareborg, op.cit. (nota supra), p. 3 y 4.

²³² Exíste una traducción del texto de esta ley titulado <u>Placement of foreign foster children Act</u> 1988.

Además, la ley prevé una edad máxima de 41 años para los adoptantes (excepcionalmente uno de los adoptantes puede tener 43 años pero se trata ya de un máximo absoluto), una diferencia de edad máxima de 40 años y una edad máxima del niño de 5 años, sin prejuicio de la posiblidad de una excepción concedida por escrito por el Ministro de Justicia.

(iii) Prohibición de las adopciones independientes

140. A pesar de que se tiende a favorecer las adopciones por intermediación de una institución, la adopción independiente sólo ha sido prohibida en un pequeño número de países de recepción. Finlandia constituye una excepción: en virtud de la ley de adopción de 1985 todas las adopciones transnacionales deben realizarse a través de una institución autorizada por el Consejo nacional de bienestar social. Esta institución transmite la solicitud, acompañada de una autorización que los padres deben obtener, a su homóloga en el país de origen (ésta debe también contar con la autorización de las autoridades finlandesas)²³⁴.

c. Un nuevo sistema: las adopciones gestionadas entre intermediarios

141. Los ejemplos precedentes ilustran una neta tendencia a canalizar las adopciones transnacionales a través de instituciones autorizadas por el Estado tanto en los países de origen como en los países de recepción: se trata de adopciones gestionadas entre intermediarios. La tendencia no solo se ve reforzada por la preferencia que muestran numerosas instituciones bona fide por tratar, en el extranjero, con instituciones autorizadas y dignas de confianza, en detrimento de particulares o entidades no autorizadas, sino que también se ve cada vez más favorecida por los gobiernos. En efecto, las adopciones destionadas entre intermediarios pueden presentar desde diversos puntos de vista ventajas para los dos países interesados. En primer lugar, facilitan el control de los tribunales o de las autoridades administrativas de ambos países, a los que corresponde examinar la aptitud de los futuros adoptantes y la adecuación del niño; en segundo lugar, esta vía garantiza la continuidad en el cuidado del niño durante el proceso que finaliza con la colocación definitiva del mismo en la familia adoptiva en el país de recepción; y, en tercer lugar, este modelo tiene un papel importante a desempeñar en la lucha contra el tráfico de niños. Como veremos de forma más detallada *infra* en los números 164-165, se ha reforzado aún más este sistema en diversos acuerdos bilaterales entre países de origen y países de adopción.

2. Leyes de inmigración

141A. La aplicación de las reglas tradicionales de Derecho internacional privado tropieza no sólo con las disposiciones vinculantes a las que acabamos de hacer referencia, sino también con las leyes de inmigración de los países de recepción. Un examen exhaustivo de estas normas desbordaría los límites de este documento y, por tanto, nos limitaremos a exponer algunas

cuestiones ilustrativas. En determinados países de recepción, las leyes de inmigración tienen un gran peso en todo el procedimiento de adopción transnacional, en otros países, su papel es menor.

142. Estados Unidos constituyen un ejemplo del primer tipo de país. Sólo si se han cumplido los requisítos federales de inmigración y el niño ha obtenido un pasaporte en su país de origen, el consulado o embajada de los Estados Unidos en el extranjero le concederá un visado. Sólo en este caso el niño podrá entrar en los Estados Unidos como "extranjero residente" legal y obtendrá una "carta verde". Aunque los agentes federales no estén habilitados para conceder la adopción, les corresponde proceder a una encuesta administrativa para "asegurar que: (1) la ley del Estado de residencia de los padres y la ley extranjera han sido respetadas: (2) los padres reunen las condiciones exigidas, en partícular según los resultados de la encuesta sobre el hogar adoptivo y (3) el niño es "huérfano" en el sentido que a este término otorga la ley de inmigración de los Estados Unidos. ... "A este fin, los funcionarios proceden a las mismas investigaciones que posteriormente deberá efectuar el Tribunal del estado durante el procedimiento de adopción, pero, sin embargo, de la decisión favorable de los funcionarios federales de inmigración tan solo deriva una única consecuencia: que el niño obtenga el derecho de entrada en Estados Unidos"236. Este sistema de control de las entradas confiere a las autoridades de inmigración de los Estados Unidos un papel clave en el procedimiento de adopción transnacional. Las embajadas y los consulados de Estados Unidos en el extranjero intervienen activamente en el procedimiento y, en particular, ejercen un cierto control en relación a la situación de abandono de los niños destinados a ser adoptados en Estados Unidos. Este control ha resultado ser útil en determinados casos en que las medidas locales adoptadas para prevenir el tráfico de niños eran insuficientes para impedir que el niño fuera llevado a los Estados Unidos para su posterior adopción en contra de la voluntad de los padres.

143. Francia, la República Federal Alemana y Suiza son ejemplos de países en los que los controles de inmigración tienen una repercusión menor en la adopción transnacional. Hasta los 16 años los niños pueden entrar en la República Federal Alemana sin necesidad de visado; en Francia se exige el visado, pero no se prevé ninguna sanción²³⁷, además "los menores de 18 años no pueden ser deportados de Francia."

²³⁴ Ver K. Buure-Hägglund, <u>International Adoption</u>, documento presentado al XIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Montreal 1990. Ver igualmente M. Savolainen, "Finland: more rights for children" en 25 <u>Journal of Family Law</u> (1986), p. 113-126.

J. H. Hollinger, op.cit. (nota 50 supra), pp. 10-30.

²³⁶ Ver R. R. Carlson, "Transnational Adoption of Children", en 23 <u>Tulsa Law Journal</u> (1988), p. 342.

H. Gaudemet-Tallon, op.cit (nota 194 supra), p. 22.

²³⁸ Ver R. Plender, op. cit. (nota 194 <u>supra</u>), p. 22.

144. A medida que en algunos países las leyes de inmigración se hacen más restrictivas, su papel en relación a las adopciones transnacionales tiende a aumentar. Holanda constituye un ejemplo con la reciente ley sobre la colocación familiar de niños extranjeros (ver supra nº 139); que reconoce claramente la prioridad de "las disposiciones y efectos de la ley de extranjería en materia de admisión y residencia"²³⁹. Las leyes de inmigración y las leyes de adopción tienen, sin embargo, objetivos diferentes. Las primeras reglamentan la admisión de extranjeros desde el punto de vista del interés nacional; las segundas se preocupan ante todo por el bienestar del niño. Puede, por lo tanto, ocurrir que a pesar de que las autoridades competentes en materia de inmigración (e incluso, eventualmente, los tribunales administrativos decidiendo en apelación) rechacen una solicitud de permanencia del niño en el país, los tribunales dicten una decisión de adopción o reconozcan una decisión de adopción extranjera²⁴⁰.

145. Un factor de creciente importancia, y que contradice la tendencia a hacer todavía más restrictivos los controles de inmigración, es la influencia cada vez mayor del derecho internacional y concretamente de los derechos humanos en este ámbito. La negativa a autorizar la entrada de un niño válidamente

adoptado en el extranjero, puede, por ejemplo, constituir una violación al derecho a la vida familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio europeo de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Sobre la base de esta disposición, el Tribunal Supremo de Holanda ha ordenado recientemente al Gobierno holandés no expulsar a un niño turco que había sido válidamente adoptado en Turquía y residente desde hacía un determinado tiempo con sus padres adoptivos en Holanda²⁴¹.

La Declaración de Naciones Unidas dispone igualmente en términos generales que, para los casos de adopción transnacional, "deberá asímismo establecerse que el niño podrá emigrar e inmigrar para reunirse con sus futuros padres adoptivos..." (artículo 22). Esta disposición se dirige tanto al país de origen como al país de recepción.

3. Derecho de la nacionalidad

146. Una cuestión que reviste una gran impoortancia para el bienestar de los niños es si la adopción en el extranjero se traducirá en la pérdida de la nacionalidad de origen y, correlativamente, en la adquisición de la nacionalidad del país de recepción. Un estudio comparado reciente de las leyes de 175 países en relación a los efectos de la adopción sobre la nacionalidad concluye que no se percibe ninguna tendencia hacia la uniformidad en este ámbito²⁴². Pocos países han regulado de forma expresa la cuestión de la pérdida de la nacionalidad como consecuencia de la adopción por un extranjero. En ausencia de disposición expresa, solo cabe concluir que no se pierde la nacionalidad ²⁴³. Algunos países (como Grecia) preven un procedimiento de renuncia a la misma. Diversos Estados especifican que la adopción en un país extranjero supone automáticamente la pérdida de la nacionalidad (por ejemplo, en Corea).

147. A diferencia de lo que acontece con la pérdida de la nacionalidad, su adquisición se regula a través de disposiciones expresas en la mayor parte de los sistemas. En los escasos supuestos de silencio legislativo (por ejemplo, en Israel y en Austria) debe concluirse que la adopción no es causa de adquisición de la nacionalidad para el niño²⁴⁴. La mayoría de los países excluyen expresa o implicitamente este resultado, siendo, sin embargo, la tendencia conceder determinados efectos a la adopción. Pueden consistir en facilitar la naturalización (por

²³⁹ Articulo 8.

²⁴⁰ Tal como lo ha mantenido la <u>Court of Appeals</u> británica recientemente: "Está claro que el Tribunal debe dar mucho peso a la "decsión de inmigración" y en particular a las consideraciones de orden público y, en su caso, de seguridad nacional. Debe estar prevenido contra la posibilidad de abuso, pero el simple hecho de que la nacionalidad o la ciudadania fuera su consecuencia no es decisivo. El tribunal debe ver en el bienestar (del niño) el primer objetivo, que prevalece sobre cualquier otro factor pero no sobre el conjunto de factores. Si el tribunal considera, sobre la base de los elementos que le son aportados, que el motivo de la solicitud es la voluntad de obtener la nacionalidad y el derecho de residencia, más que el bienestar general del niño, entonces puede no conceder la adopción. Si, por otra parte la motivación es - por lo menos conseguir verdaderas ventajas emocionales o psicológicas, sociales o jurídicas... de la adopción, entonces una decisión de adopción puede justificarse, aunque tenga por efecto contradecir una decisión de las autoridades de inmigración o incluso un norma de inmigración. En cada caso se trata de poder sopesar el bienestar del niño y el orden público, y cuanto más amplias son las implicaciones del aspecto del orden público, menos peso conviene conceder al bienestar del individuo en cuestión". Court of Appeals in Re W. (a Minor) (Adoption non-patrial) (1986), FAM. 54, 59 citando y confirmando la decisión del tribunal inferior. Citado por P. R. Beaumont, op.cit. (supra nota 182), pp. 22 - 23, que hace la observación siguiente: "el bien estar del niño no tendrá el mismo peso si el niño es casi adulto. La implicación es que el principio de bien estar sólo debe intervenir para proteger el interés del adoptado si éste o ésta es aún un niño".

Hoge Raad, 12 de diciembre de 1986, Nederlandse Jurispridentie 1988, 188 (nota E. A. Alkema).

Ver H. Hecker, "Einfluss der Adoption auf die Staatsangehörigkeit", en 6 <u>Das Standesamt</u> (1985), p. 153 - 163.

²⁴³ Ibid p. 160.

¹⁰ p. 154.

ejemplo, en los Estados Unidos), en conceder un derecho de opción (por ej. Francia en el caso de la adopción simple) o en la atribución automática de la nacionalidad. Este último mecanismo, en el que la adopción tiene la mayor repercusión posible sobre la nacionalidad, va ganando terreno; se ha introducido en la mayor parte de los países de Europa y Africa, pero es todavía poco frecuente en Asia y en América. Algunos países extienden este efecto a las adopciones de niños extranjeros realizadas en el extranjero por sus nacionales, siempre y cuando hayan sido reconocidas²⁴³.

148. Se ha criticado la adquisición automática de la nacionalidad por adopción porque la decisión corresponde a los tribunales o las autoridades administrativas que deciden sobre la adopción y no a las autoridades competentes en materia de nacionalidad. Por el contrario, en la mayoria de países, los beneficios que la ley vincula a la nacionalidad hacen que esta cuestión revista una importancia tal que negar al niño el derecho a adquirir la nacionalidad sería contradictorio con la propia adopción (sobre todo cuando se trate de la adopción plena). Es probablemente esta la razón por la cual los Estados miembros del Convenio europeo han ido más allá de la obligación impuesta por su artículo 11, que únicamente exige el establecimiento de un procedimiento de naturalización privilegiado, estableciendo la atribución automática de la nacionalidad.

149. Además del Convenio europeo sobre adopción, existe otro convenio multilateral que contíene disposiciones relativas al efecto de la adopción sobre la nacionalidad: el artículo 17 del Convenio relativo a los conflictos de leyes sobre nacionalidad, firmado en La Haya el 12 de abril de 1930²⁴⁶, que dispone:

"Si la ley de un Estado admite la pérdida de la nacionalidad por causa de adopción, esta pérdida estará no obstante subordinada a la adquisición por el adoptado de la nacionalidad del adoptante, conforme a la ley del Estado del que éste es nacional y relativa a los efectos de la adopción sobre la nacionalidad".

La Declaración de Naciones Unidas preve en su artículo 8:

"El niño debe en todo momento tener ... una nacionalidad...El niño no debe, por el hecho de su colocación familiar, de una adopción o de cualquier otro régimen, ser privado.... de su nacionalidad,... a menos que

no adquiera a causa de la misma... una nueva nacionalidad..."²⁴⁷.

V INSTRUMENTOS JURIDICOS INTERNÁCIONALES EXISTENTES RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN LA ADOPCION TRANSNACIONAL

150. En la evolución de los instrumentos jurídicos relativos a la adopción de niños se constatan dos grandes líneas: 1) la influencia creciente de la preocupación por el bienestar del niño en la elaboración de normas relativas a la adopción internacional y 2) el papel cada vez mayor de los criterios materiales y los procedimientos de cooperación internacional entre los tribunales y autoridades de cada país. Esta evolución se manifiesta en los convenios que unifican el derecho internacional privado (A); en los convenios que unifican el derecho material y los procedimientos (B); y, finalmente, en la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre la adopción y la colocación familiar y en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (C) 248 .

- A. Convenios de derecho internacional privado
- 1. Convenios que no regulan especificamente la adopción
- a. Las primeras convenciones interamericanas de derecho internacional privado
- (i) El Código de Bustamante de 1928

151. A pesar de que el Cuarto Congreso Panamericano del Niño, celebrado en 1924, animara ya a los Estados participantes a incluir el principio de la protección del niño en las leyes nacionales de adopción, esta idea no fue recogida en el *Código de Bustamante*

²⁴⁵ Por ejemplo, Francia, ver E. Poisson-Drocourt, <u>loc.cit.</u> (<u>supra</u> nota 204), p. 701 -703.

²⁴⁶ Los siguientes Estados están vinculados por este Convenio son: Australia, Bélgica, Brasil, Canada, China, India (incierto), Kiribati, Lesotho, Malta, Monaco, Noruega, Holanda, Pakistan, Polonia, Reino Unido, Suecia, Swaziland.

Ver también Instituto de Derecho Internacional, Recomendación de 14 de septiembre de 1973: "Las autoridades competentes de cada Estado deben establecer normas, procedimientos y prácticas que conduzcan a la rápida concesión al menor adoptado de la nacionalidad de su o sus adoptantes". El Instituto estimó que "una diferencia de nacionalidad entre el adoptado y el o los adoptantes puede constituir un obstáculo a la unidad en el seno de la familia adoptiva". Ver 55 Annuaire de l'Institut de Droit International, Sesión del centenario (Roma, 1973), p. 800.

Ver para una discusión más detallada E. M. Hohnerlein op.cit. (nota 212 supra), capítulos 9 - 11.

firmado el 13 de febrero de 1928 en La Habana²⁴⁹. La Convención utiliza principalmente técnicas tradicionales de derecho internacional privado, incluso en relación a adopciones internacionales. En el sistema del Código de Bustamante la competencia se basa en la prorrogatio fori (artículo 328 y ss.) y. alternativamente, en el domicilio del solicitante (artículo 330). En lo que se refiere a la ley aplicable, la Convención distinque entre las condiciones y los efectos de la adopción. En cuanto a las primeras. aplica de forma distributiva la ley personal de los adoptantes y del adoptando (artículo 73), sin especificar, sin embargo, si con ello se refiere a la ley nacional o a la ley del domicílio (artículo 7). En cuanto a los efectos, la ley personal del niño adoptado rige la cuestión de su nombre y sus derechos y obligaciones hacia la familia de origen; la ley personal del fallecido se aplica a los efectos sucesorios de la adopción. Subsisten, sin embargo, dudas en relación a la ley aplicable a las relaciones del niño con la familia adoptiva y a su status en el seno de ésta.

(ii) El Tratado de Montevideo de 1940

152. Análogamente, las disposiciones relativas a la adopción del Tratado de derecho civil internacional firmado en Montevideo el 19 de marzo de 1940²³⁰ tampoco se basan en el bienestar del niño. Por contraposición a lo que ocurre con el Código de Bustamante la Convención precisa lo que hay que entender por ley personal: se trata de la ley del domicilio de las partes. En cuanto a las condiciones de la adopción, substituye el sistema distributivo del Código por un sistema de acumulación de las leyes aplicables (artículo 23), lo que evidentemente difículta la adopción internacional, ya que prevalece la ley más estricta. La Convención extiende este sistema de acumulación a los efectos de la adopción, lo que puede producir un resultado contrario al anterior- prevalece la ley menos protectora. Además, no se especifica el alcance de la ley aplicable en relación a los efectos.

153. Es conveniente resaltar que estas dos Convenciones fueron elaboradas en una época en que la adopción plena no existía todavía en América latina y las disposiciones relativas a la adopción se redactaron, por tanto, en relación a la adopción simple. No hay disposición alguna en relación a la cooperación internacional en el ámbito de la adopción transnacional en ninguno de estos Convenios.

b. El Convenio nórdico de 1931

154. A diferencia de las Convenciones interamericanas, el Convenio nórdico relativo a determinadas disposiciones de derecho internacional privado sobre el matrimonio, la adopción y la tutela, firmado en Estocolmo el 6 de febrero de 1931 (y revisado en la misma ciudad el 26 de marzo de 1953²⁵¹), sí se refiere al bienestar del niño. Tras establecer que la competencia en materia de adopción internacional corresponde a las autoridades del país del domicilio del adoptante (artículo 11), prevé que las autoridades aplicarán la ley del foro; no obstante, en caso de adopción de un niño residente en alguno de los demás países nórdicos, del que posea además la nacionalidad, la adopción sólo se concederá tras consultar a los servicios de protección de la infancia del Estado del que sea nacional el niño (artículo 12). El Convenio es muy liberal en materia de reconocimiento de decisiones de adopción extranjeras: las decisiones emitidas con arreglo a las disposiciones del Convenio en uno de los Estados contratantes deben ser reconocidas en todos los demás Estados contratantes, prohíbiéndose la revisión en cuanto al fondo (artículo 22). El Convenio no se ocupa, sin embargo, de determinar la ley aplicable a los efectos de la adopción ni del reconocimiento de los efectos de las adopciones extranjeras.

c. Convenios bilaterales

155. En Europa oriental existe toda una red de convenios de derecho internacional privado que preven disposiciones esencialmente uniformes en matería de adopción²⁵². La competencia se atribuye a los tribunales nacionales de los adoptantes, que aplican la ley del foro. A la cuestión del consentimiento del niño y su familia, se aplica la ley nacional del niño cumulativamente con la lex fori (cf. supra nº 123). A pesar de que estos Convenios no se refieren específicamente a la cuestión de los efectos de la adopción, la opinión dominante es que esta cuestión se regula igualmente por la ley nacional de los adoptantes. Todos estos Convenios exigen generalmente el consentimiento de las organizaciones de protección del niño del país de origen y la conformidad del propio niño y algunos de ellos requieren expresamente el consentimiento de las autoridades de ese país en el caso de adopciones transnacionales.

Son Parte a esta Convención, los siguientes Estados: Bolivía, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panama, Perú, Venezuela.

Son Parte a esta Convención los siguientes Estados: Argentina, Paraguay, Uruquay.

Los siguientes Estados son Parte de este Convenio: Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega.

Ver M. Sosniak, "Les conventions conclues entre les pays socialistes sur le droit civil international et le droit international de la famille", en <u>Recueil des Cours</u>, 1975, vol. I, pp. 3 - 76.

156. Se han concluido algunos Convenios bilaterales de derecho internacional privado entre Estados de Europa occidental y Estados de Europa del Este. Entre Francia y Polonia, y entre Francia y Yugoslavia, existen, por ejemplo, instrumentos de este tipo en los que figuran disposiciones relativas a la adopción. Contrariamente a los convenios bilaterales entre los Estados de Europa oriental. el sistema del Convenio bilateral franco-polaco establece la competencia del tribunal del domicilio del adoptando en lo relativo a la adopción transnacional (artículo 13). Los tribunales deben aplicar a las adopciones transnacionales la ley nacional del niño. Puede evidentemente surgir un problema si los criterios de aptitud para adoptar del otro Estado contratante difieren de los establecidos por la ley del foro. El Convenio franco-yugoslavo ha optado por establecer la competencia alternativa de los tribunales de ambos países (artículo 15) y por la aplicación distributiva de sus leyes de adopción (artículo 13). No obstante, ni el Convenio bilateral franco-polaco ni el franco-yugoslavo han previsto mecanismo alguno de cooperación entre las instituciones sociales de ambos países.

- 2. Convenios relativos a la adopción de niños
- a. El Convenio de La Haya de 1965 sobre adopción

157. Tras haber elaborado una serie de convenios relativos a las obligaciones de alimentos respecto a niños y sobre la protección de la infancia²⁵³, la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado elaboró en su Décima sesión, en octubre de 1964, el *Convenio relativo a la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción* ²⁵¹. Este instrumento fue firmado en primer lugar por el Reino Unido el 15 de noviembre de 1965, siendo ratificado por Australia en 1968, por Suiza en 1973 y, finalmente, por el Reino Unido en 1978, entrando en vigor el 23 de octubre de 1978. No ha sido ratificado ni firmado por ningún otro Estado en fecha ulterior.

158. El Convenio de La Haya sobre adopción fue el primer convenio que se ocupó específica y exclusivamente de la adopción de niños. Uno de sus principales objetivos fue asegurar en la medida de lo posible la protección del niño. A este fin, la Oficina Permanente

redactó previamente un proyecto de convenio en el que figuraban diversas disposiciones de procedimiento para el establecimiento de la cooperación entre tribunales y autoridades del país de residencia habitual de los adoptantes y los del lugar de residencia del niño, así como disposiciones materiales destinadas a reforzar la posición del niño en el seno de la familia adoptiva. Este proyecto se inspiró en las recomendaciones del Servicio Social Internacional (que a su vez se basaron en el Informe de Leysin²⁵⁵) e insistían en la necesidad de cooperación internacional. No obstante, la Comisión especial, que elaboró el ante-proyecto, y la Segunda Comisión de la Décima sesión, que redactó el texto final, adoptaron un método distinto. Ante las considerables dificultades legales derivadas de las sustanciales divergencias entre los derechos internos y el derecho internacional privado de los Estados miembros, eliminaron del proyecto inicial la mayor parte de las disposiciones materiales y de procedimiento. De hecho, estimaron que, "estableciendo normas sobre competencia de autoridades y ley aplicable, y asegurando el reconocimiento internacional de las adopciones, el Convenio garantizaba asimismo la protección de los intereses en juego"²³⁶.

159. Las características esenciales del Convenio pueden resumirse del siguiente modo:

(i) *Principios de base*

En virtud del Convenio sólo pueden concederse adopciones en interés del niño y tras un estudio detallado del o de los adoptantes, el niño y su familia en los países interesados (artículo 6, primer párrafo). Se prevé un sistema embrionario de asistencia mutua entre las autoridades de los diferentes países, en el artículo 6, segundo y tercer párrafos, y en el artículo 9.

(ii) Ambito

El Convenio sólo se aplica a las adopciones de menores de 18 años solteros y no se aplica ni en relación a adultos ni en relación a personas casadas (artículo 1). Sólo se refiere a las decisiones judiciales pronunciadas respecto a la adopción, y no contempla las formas de adopción puramente contractuales, pero, sin embargo, el Convenio no define lo que ha de entenderse por "adopción" a los fines del Convenio.

El Convenio sólo se aplica en relación a adoptantes y a adoptandos vinculados a un Estado contratante tanto por nacionalidad como por

Ver los Convenios de La Haya <u>de 24 de octubre de 1956 sobre</u> ley aplicable a las obligaciones de alimentos respecto a menores, <u>de 15 de abril de 1958 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones de alimentos en favor de los menores y <u>de 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores.</u></u>

Ver Conferencia de La Haya, <u>Actes et Documents de la Dixième Session</u>, 1964, tomo II, en partícular el Informe explicativo del Sr. R. Maul, pp. 409-431.

²⁵⁵ <u>Supra</u>, nota 53.

Actes et <u>Documents de la Dixième Session</u>, 1964, tomo II, p. 410.

residencia habitual, lo que, claro está, restringe considerablemente su campo de aplicación.

El Convenio no tiene un carácter exclusivo, lo que permite a los Estados contratantes atribuir competencia a autoridades distintas a las establecidas en el Convenio. Estas autoridades no están vinculadas a las disposiciones del Convenio pero en contrapartida tampoco los demás Estados contratantes están obligados a reconocer las adopciones que ellas conceden (artículo 2 c).

El Convenio no se aplica a las adopciones internas (artículo 2 b).

(iii) Competencia

Solo las autoridades del país de laresidencia habitual o del Estado cuya nacionalidad ostenten los adoptantes están facultadas para la concesión de la adopción y no tienen esa competencia las autoridades del país de la residencia habitual ni las del Estado del que sea nacional el niño (artículo 3).

(iv) Ley aplicable

Las autoridades competentes aplican la ley del foro a las condiciones de la adopción (artículo 4, primer párrafo, con la posibilidad, no obstante, de una excepción en favor de la ley nacional de los adoptantes, prevista por el segundo párrafo del mismo artículo, relacionado con el artículo 13). En lo referente a los consentimientos y a las consultas no relativos al adoptante, su familia o conyuge se aplica la ley nacional del niño (artículo 5). El Convenio no determina cual es la ley aplicable a los efectos de la adopción.

(v) Reconocimiento

Toda adopción concedida por una autoridad competente en virtud del Convenio será reconocida en los otros Estados contratantes. El Convenio no especifica, no obstante, cuales son los efectos de este reconocimiento. También se reconocen (artículo 8) las decisiones de anulación o revocación pronunciadas por una autoridad competente según el artículo 7.

(vi) Anulación y revocación

El Convenio define igualmente los criterios de competencia de las autoridades que pueden anular o revocar una adopción y las causas de anulación o revocación (artículo 7).

160. Poniendo, como lo hace, el acento en el bienestar del niño en tanto que principio esencial que debe regir la adopción internacional de menores, el Convenio parte de una idea cuya importancia no cesa de aumentar. Además, como hemos visto supra capítulo IV, C, y también en el nº 155, el derecho internacional

privado de numerosos países tiende a adecuarse al enfoque jurisdiccional favorecido por el Convenio, que se concreta en la aplicación de la *lex fori* a las condiciones de la adopción y en la aceptación de la aplicación de la ley nacional del niño a la cuestión de su consentimiento y del de su familia. ¿Por qué, si son éstas las condiciones, no se han producido más ratificaciones al Convenio? En el fracaso intervienen diferentes factores. En primer lugar, el alcance limitado y el carácter no exclusivo del Convenio reducen considerablemente su eficacia. En segundo lugar, la posibilidad de formulación de numerosas reservas destruye la uniformidad que se pretendía crear. En tercer lugar, el Convenio resulta poco atractivo porque no se ocupa de los efectos de la adopción²⁵⁷.

161. Podemos afirmar, generalizando, que el Convenio, en muchos sentidos se queda a medio camino. Esto es así en relación a las disposiciones relativas a la comunicación y cooperación internacionales entre autoridades y tribunales de los artículos 5, 6 y 9, que son poco prácticas y tienen un carácter embrionario. La disposición del Artículo 5, por ejemplo, preve que si, en virtud de la ley nacional del niño, éste o sus padres biológicos han de comparecer personalmente ante la autoridad que falla sobre la adopción, "cabe proceder, en su caso, por vía de carta rogatoria si la persona en cuestión no tiene la residencia habitual en el Estado al que pertenece esta autoridad". Esto puede ser perfectamente razonable en relación a sistemas judiciales desarrollados capaces de dar curso a tales demandas internacionales, pero no tiene mucho sentido en un país en vias de desarrollo cuyo sistema judicial no sea capaz de hacerlo. Además, ¿qué ocurre si la ley nacional del niño prohíbe la adopción o no la preve o es muy poco concreta en lo relativo al consentimiento del niño o de su familia? Un problema todavía más fundamental es, al parecer, el siguiente: para que el Convenio pueda funcionar es necesario un clima de confianza en relación a los tribunales del Estado de residencia habitual o de la nacionalidad de los adoptantes, ya que son ellos los que fallarán sobre la adopción y en principio, dejando de lado el artículo 5, primer párrafo, aplicarán su propia ley. Puede presumirse esta confianza si el país de origen y el país de recepción conocen en mayor o menor medida las culturas (jurídicas) respectívas y tienen concepciones compatibles en materia de adopción. Pero si no se reunen una o ambas condiciones, deberá establecerse esta relación de confianza, siendo necesarios esfuerzos suplementarios de comunicación y cooperación.

Ver para una bibliografía de los comentarios, Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, <u>Actes et documents de la Quatorzième Session</u>, 1980, tomo I, pp. I - 284 - I - 285; <u>adde</u> E. Scoles y P. Hay, <u>Conflict of laws</u> (St. Paul, 1984) p. 546 - 549.

Evidentemente, se aplican consideraciones análogas a la confianza que la familia biológica o las autoridades locales del país de origen deben poder inspirar a los adoptantes y a la sociedad lejana en la que el niño crecerá. Incluso si ningún obstáculo práctico o jurídico impide asegurar el consentimiento del niño o del de su familia, las distancias geográficas y las diferencias culturales refuerzan la necesidad de una información sobre los futuros adoptantes.

b. La Convención interamericana

162. La Convención interamericana sobre los conflictos de leyes en materia de adopción de menores fue redactada por la Tercera Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP - III), celebrada en La Paz, y se firmó el 24 de marzo de 1984, ver Anexo D. La Convención entró en vigor entre Colombia y México. Al igual que ocurrió en el Convenio de La Haya sobre la adopción, la principal preocupación de los redactores fue el bienesar del niño en el contexto de la adopción internacional. Si la comparamos con el Convenio de La Haya, la Convención interamericana incorpora en mayor grado esta idea, tanto en las disposiciones de derecho internacional privado como en las disposiciones materiales que además son más elaboradas²⁵⁸.

163. Las principales características de la Convención pueden resumirse del siguiente modo:

(i) Principios de base

La Convención debe ser interpretada favoreciendo la validez de la adopción y teniendo en cuenta los intereses superiores del niño (artículo 9). Se garantizará el secreto de la adopción, pero deberán comunicarse las informaciones relativas al niño y a los padres biológicos que no posibiliten su identificación (artículo 7). Se establece un sistema limitado de información mútua entre las autoridades de los diferentes países (artículo 8).

(ii) Ambito

La Convención se ocupa, en principio, de la adopción plena (artículo 1), pero los Estados partes pueden también extender su aplicación a las adopciones simples (artículo 2).

La Convención se aplica cuando el adoptante esté domiciliado en un Estado contratante y la residencia habitual del adoptando se halle en otro Estado contratante (artículo 1). No obstante, los Estados contratantes puede extender la aplicación de la Convención al supuesto en que los adoptantes y el adoptando tengan su residencia habitual en su territorio pero de las circunstancias concretas del caso se deduzca que los adoptantes se proponen trasladar su domicilio a otro Estado contratante una vez haya sido concedida la adopción, en otros términos, cuando se trate de situaciones internas que tengan un carácter potencialmente internacional. La Conveción interamericana tiene por tanto un campo de aplicación mucho más amplio que el Convenio de La Haya y además tiene carácter exclusivo, lo que significa que su alcance es mucho mayor.

(iii) Competencia

Contrariamente a la solución adoptada por el Convenio de La Haya, son las autoridades del Estado de residencia habitual del adoptando las que son competentes para pronunciarse sobre la adopción (artículo 15). Existe una norma de competencia especial en relación a las relaciones entre el adoptado y los adoptantes (artículo 17).

(iv) Ley aplicable

El sistema distributivo de las leyes aplicables (ver artículos 3 y 4, *cr. supra* nº 123) se aparta de la propuesta de la Comisión de expertos, que había estimado que el niño podía ser protegido con idéntica eficacia mediante el sistema de autorización de salida (del país) y había sugerido la aplicación de la ley de los adoptantes²⁵⁹. Si la comparamos con las convenciones interamericanas anteriores, la Convención de La Paz ofrece una protección mucho más completa en lo relativo a los efectos de la adopción. Las relaciones entre adoptantes y adoptado, incluidas las obligaciones de alimentos, y las relaciones entre adoptado y familia adoptiva se someten a la misma ley que rige las relaciones entre el adoptante y la familia natural (artículo 9). Diversas disposiciones materiales aseguran que se consideren disueltos los vínculos entre el adoptado y la familia de origen (artículo 9), que el adoptado, los adoptantes y su familia tengan los mismos derechos sucesorios que los miembros de la familia natural (artículo 11) y que la adopción sea irrevocable (artículo 12). Se incluye una norma especial para la adopción simple (artículo 10) y para la conversión

Ver U. Calvento Solari, "Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores", <u>Boletín del Instituto Interamericano del Niño</u>, n. 221, 1984, p. 101 - 104; D. Opertti Badán <u>op.cit.</u> (<u>supra</u> nota 171); G. Parra-Aranguren, "Codification in America with particular reference to the Third Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP - III) (La Paz, 1984)" en <u>Le droit international à l'heure de sa codification</u>, <u>Etudes en l'honneur de Roberto Aqo</u> (Milán, 1987), pp. 227 - 247 (en las pp. 241 - 245).

 $^{^{\}rm 239}$ Este es, en efecto, el sistema de la ley chilena sobre la adopción de 1988.

de una adopción simple en adopción plena (artículo 13).

(v) Reconocimiento

La Convención garantiza el reconocimiento automático de una adopción concedida de conformidad con la Convención (artículo 5).

(vi) Anulación y revocación

Como hemos visto, se excluye la revocación (artículo 12). Otra disposición material garantiza que la anulación sólo podrá ser decretada por las autoridades judiciales. La ley aplicable es la ley en virtud de la cual se concedió la adopción (artículo 14).

Globalmente, la Convención interamericana sobre la adopción representa un progreso considerable en la protección de los niños en el contexto de la adopción transnacional, gracias en particular a sus disposiciones materiales. No obstante, como en el Convenio de La Haya sobre la adopción, las disposiciones relativas a la cooperación internacional de autoridades siguen siendo embrionarias y no se establece ningún sistema de supervisión de las actividades de las instituciones intermediarias.

Tanto el Convenio de La Haya como la Convencion interamericana sufren las consecuencias de haber sido negociadas en el seno de grupos regionales. Ambos instrumentos contiene, no obstante, disposiciones interesantes, que si bien en determinados casos resultan contradictorias, merecen ser tenidas en cuenta en la elaboración de un nuevo instrumento.

B. Convenios que unifican el derecho material y el procedimiento

1. El Convenio europeo de adopción

163A. El Convenio europeo en materia de adopción de niños, firmado el 24 de abril de 1967²⁶⁸, vincula actualmente a 11 de los 23 Estados del Consejo de Europa. Ver anexo E. El Convenio preve determinadas normas mínimas en relación al derecho interno de adopción y sólo excepcionalmente aborda aspectos internacionales. Por ello un examen detallado de sus disposiciones excedería los límites de este informe. Conviene sin embargo resaltar que al contribuir a la uniformización de las leyes internas, el Convenio ha facilitado indirectamente las adopciones internacionales. Sus disposiciones de procedimiento revisten una especial importancia: el artículo 9 sobre los informes que deben elaborarse sobre los adoptantes, el niño y su familia; el artículo 17 sobre el periodo de prueba que, sin embargo, es facultativo (como resulta del

artículo 2) y la obligación de comunicar datos en los casos internacionales (artículo 14). Ya nos hemos referido anteriormente, en el n2 148, a la disposición relativa a los efectos de la adopción sobre la nacionalidad (artículo 11).

2. Acuerdos bilaterales

164. A partir de finales de los años sesenta se concluyeron acuerdos bilaterales entre (organizaciones establecidas en) los países de origen y los países de recepción con el fin de mejorar la cooperación y proteger mejor a los niños adoptados en el extranjero. El estatuto jurídico de estos acuerdos varia. Puede tratarse de acuerdos:

- entre gobiernos (generalmente no equivalen a un tratado sino que constituyen un "acuerdo de trabajo" o un "memorandum de entendimiento") o entre organismos gubernamentales;
- entre organizaciones gubernamentales y organizaciones no gubernamentales; y
- entre organizaciones no gubernamentales²⁶¹.

Se anexan al presente Informe dos ejemplos de acuerdos del primer tipo , uno entre el Ministerio de Servicios sociales y desarrollo de Filipinas y las Autoridades responsables de la adopción en los estados y teritorios australianos (ver anexo F), y otro, entre el Gobierno de El Salvador y el Gobierno de Canadá (ver Anexo G). Otros ejemplos de acuerdos del primer tipo son los acuerdos entre Filipinas y Suecia (1975), entre Holanda y Filipinas (1975), entre Ecuador y Suecia (1976), entre Noruega y Filipinas (1982), entre el Centro neonatal Metera en Grecia y el Consejo nacional sueco de adopción transnacional (1983/1985).

A diferencia de los convenios de derecho internacional privado, estos acuerdos contienen procedimientos detallados de cooperación internacional entre autoridades. Comienzan generalmente enunciando los principios materiales que han de regir en las adopciones transnacionales e insisten en el carácter primordial del bienestar y del interés del niño; contienen disposiciones relativas al ámbito de aplicación del acuerdo, particularmente en cuanto a la edad y a las categorias de niños a los que se aplica. Todos estos acuerdos canalizan las adopciones transnacionales a través del establecimiento de un procedimiento de presentación de las solicitudes de adopción; a tal fin definen las responsabilidades respectivas de las autoridades competentes del país de origen y del país de recepción (en los acuerdos concluidos por Australia se establecen autoridades competetentes para cada estado o territorio

República Federal Alemana, Austria, Dinamarca, Grecia, Islandia, Italia, Liechtenstein, Malta, Reino Unido, Suecia, Suiza.

²⁶¹ Ver Consejo de Europa, <u>op.cit.</u> (<u>supra</u> nota 16).

australiano). Son varios los acuerdos que destacan el carácter subsidiario de la adopción transnacional ²⁶²; el acuerdo entre Grecia y Suecia reconoce a la autoridad griega competente el derecho de dar preferencia a las "familias de origen griego o especialmente vinculadas a Greciá residentes en Suecia" (artículo 4).

165. Subyace a todos estos acuerdos la idea de un procedimiento desarrollado en tres etapas :

- Los futuros adoptantes del país de recepción presentan la solicitud a la autoridad competente de su país. Corresponde a esta autoridad la elaboración de un informe sobre la familia y la evaluación, aprobación o desestimación de los futuros adoptantes. Los acuerdos con Filipinas preven que se apliquen cumulativamente las exigencias de ambas leyes en relación a la edad de los solicitantes. La autoridad competente del país de recepción debe asimismo, generalmente, confirmar que los solicitantes no tiene antecedentes penales. Las solicitudes admitidas se remiten a la autoridad competente del país de origen. Esta tiene la obligación de seleccionar a los padres adoptivos de entre los solicitantes aprobados por la autoridad competente del país de recepción : toda solicitud presentada por canales distintos de los acordados ha de ser al menos notificada a la autoridad competente del país de recepción 264. Los padres adoptivos que la autoridad del país de recepción haya considerado adecuados , pueden ser rechazados por la autoridad competente del país de origen, pero en principio se establece que la decisión sea conjunta²⁶⁹. De igual modo que corresponde esencialmente a la autoridad competente del país de recepción seleccionar a los padres adoptivos, es la autoridad del país de origen la que asume la responsabilidad principal en la selección del niño. Al menos uno de estos acuerdos prevé una obligación especifica : la de velar por que todo niño colocado con vistas a su adopción reuna las

condiciones jurídicas para poder ser adoptado 200. La responsablidad de atribuir un determinado niño a unos determinados futuros adoptantes corresponde conjuntamente a ambas autoridades competentes.

- A continuación se transfiere al niño al país de recepción. El país de origen tiene generalmente la obligación de facilitar la salida (concediéndole el pasaporte, etc.) y la autoridad competente del país de recepción ha de facilitar la entrada en su país. Generalmente se prevé un periodo de prueba, para el que a veces se disponen detallados procedimientos de supervisión y se establece la obligación de que las autoridades competentes se informen mutuamente de toda modificación importante en la salud o en las circunstancias generales que rodean al niño junto a la obligación de consultar mútua cuando la colocación preadoptiva fracase²⁶⁷.
- Finalmente, se concede la adopción en el país de recepción. En algunos acuerdos se establece una importante disposicion relativa a la cuestión de la guarda y custodia del niño durante el periodo de prueba. El acuerdo entre Filipinas y Australia prevé además que las autoridades australianas competentes adopten "todas las medidas que consideren razonables" para que transcurrido de forma satisfactoría el periodo probatorio se obtenga una decisión de adopción. En otros acuerdos (por ejemplo los concluidos entre Grecia y Suecia y entre Ecuador y Canadá) se exige una decisión de adopción en el país de origen; no obstante en virtud del acuerdo entre Ecuador y Canadá la colocación previa a la adopción se realiza en el país de recepción y finalizado este periodo la adopción se concede definitivamente en el país de origen. El acuerdo entre Ecuador y Suecia intenta evitar segundas adopciones estableciendo un procedimiento de aprobación de la decisión de adopción dictada en Ecuador.

Algunos acuerdos pretenden mantener el vínculo entre el niño y su país de origen incluso después de la adopción: el acuerdo entre Suecia y Ecuador establece que los padres adoptivos han de velar por que el niño adoptado adquiera conocimientos suficientes de la lengua española así como de la historia y geografía de Ecuador.

y muy claramente el artículo 2 de los acuerdos concluidos entre Filipinas y Noruega y entre Filipinas y Canada: "la adopción en el extranjero sólo será tomada en consideración cuando el niño no pueda ser adoptado en Filipinas".

²⁶³ Acuerdo entre Filipinas y Australia 3.3, cf. 4.5.

²⁶⁴ Acuerdo entre Suecia y Grecia, artículo 7.

²⁶⁵ Ver el artículo 14 del Acuerdo entre Filipinas y Australia.

²⁶⁶ Acuerdo entre Filipinas y Australia, artículo 3.1.

y Australia.

El acuerdo entre Ecuador y Canada estipula que de la mera circunstancia de la adopción no puede derivar la pérdida de la nacionalidad²⁶⁸.

Las características comunes — y álgunos rasgos individuales — de estos diversos acuerdos bilaterales constituyen un punto de partida útil en toda tentativa de elaboración de un convenio multilateral. Las reuniones que celebrará la Comisión especial con el fin de preparar tal convenio ofrecerán una ocasión para familiarizarse con la experiencia práctica obtenida en la aplicación de estos acuerdos.

C. La Declaración y el Convenio de Naciones Unidas

166. En el presente Informe, se ha hecho referencia, en diversas ocasiones a la Declaración de 1986 de Naciones Unidas (ver Anexo H) — que no reviste la forma de Tratado sino la de recomendación — relativa especificamente a los problemas de la adopción y la colocación familiar tanto en el plano nacional como en el plano internacional²⁶⁹, así como al Convenio de Naciones Unidas de 1989 (Anexo I) — tratado de carácter vinculante — que sitúa estos problemas en el contexto más amplio de la protección de los derechos humanos. El Convenio de Naciones Unidas se abrió a la firma el 20 de noviembre de 1989 y ya ha sido firmado por más de 60 Estados. Son necesarias 20 ratificaciones o adhesiones para que entre en vigor y, dado el generalizado apoyo de la opinión pública al Convenio, es probable que la entrada en vigor se produzca próximamente.

167. Tanto la Declaración como el Convenio reconocen que el interés superior del niño constituye el principio primordial que debe regir la colocación de niños fuera de sus familias respectivas, en el plano nacional y en el plano internacional (Declaración, artículo 5; Convenio, artículo 21); ambos instrumentos destacan que el interés prioritario del niño consiste en ser educado por sus propios padres y que los Estados tienen el deber de defender a la familia (Declaración, artículos 1 a 3; Convenio, artículo 18 y ver también los artículos 9 y 10); ambos insisten en el carácter subsidiario de la adopción transnacional

en relación a las medidas de protección en el país de origen (Declaración, artículo 17: Convenio, artículo 21. parrafo b)): en la necesidad de implicar y de informar a los padres biológicos del niño y al propio niño (Declaración, artículos 15 y 22; Convenio, artículo 21, apartado a)); y, finalmente, en la necesidad de proteger de forma especial al niño en caso de adopción en el extranjero (Declaración, artículos 18 y 20 especialmente; Convenio, artículo 21 apartados a) y c)). Ambos textos exigen especialmente, medidas para luchar contra los secuestros y las colocaciones ilícitas de niños (Declaración, artículo 19; Convenio, artículos 11 y 35); ambos textos condenan también las colocaciones que se traduzcan en "un beneficio material indebido para las personas implicadas" (Declaración, artículo 20; Convenio, artículo 21, apartado d)). En ambos textos se destaca la importancia que para el niño tiene la identidad y la nacionalidad (Declaración articulos 8 y 9; Convención artículos 7 y 8) y se resalta la importancia de tener en cuenta las circunstancias del pasado del niño (Declaración artículo 24: Convenio artículo 20. párrafo 3). La Declaración contiene algunas disposiciones suplementarias referidas, por ejemplo, a la necesidad de facilitar el desplazamiento del niño (artículo 22) y asegurar la validez jurídica de la adopción en cada uno de los países implicados (artículo 23).

168. El artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas, en relación a los artículos 20 y 35, reviste una importancía esencial para los futuros trabajos de la Conferencia de La Haya. Aunque no se disponga todavía de un Informe explicativo sobre el Convenio, debemos realizar algunas breves observaciones sobre esta disposición.

Párrafo introductorio

"Los Estados parte que admitan y/o autoricen la adopción se asegurarán de que el interés superior del niño es la consideración primordial en la materia..."

La frase introductoria del artículo 21 toma en cuenta el hecho de que la mayor parte de los sistemas jurídicos islámicos no autorizan la adopción. Es por esta razón por la que se suprimió la primera frase del párrafo 1 del artículo 11 del proyecto adoptado a principios del año 1988 por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas, que preveía la obligación de "facilitar el procedimiento de adopción"²⁷⁸.

Es importante poner de relieve que el Convenio se refiere al interés del niño como la "consideración primordial" pero ésta no

²⁶⁸ Ver artículo 3.2.

Han sido ya organizadas dos reuniones de expertos sobre la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas. La primera se celebró en Viena los 10 y 11 de junio de 1987 y las actas han sido publicadas conjuntamente por los organizadores, el <u>Bureau International Catholique de l'Enfance</u>, la <u>International Foster Car Organization</u> y el <u>Service Social International</u>, bajo el título de "Application et bien-être des enfants"; las actas de la segunda reunión, que se celebró en Ginebra los 14 y 15 de noviembre de 1989, no han sido todavía publicadas.

El artículo 11 del proyecto se iniciaba se la siguiente manera: "1. Los Estados parte de la presente Convención adoptarán, en los casos apropiados, medidas para facilitar la adopción del niño...".

la "única"²⁷¹. Esto merece ser destacado dado el papel capital de la familia biológica del niño (a la que alude el artículo 18) y de sus derechos, a los que hace referencia el artículo 9, y se relaciona con la cuestión del consentimiento abordada en el apartado a) del artículo 21. En particular, cuando se solicite la adopción contra los deseos de la familia biológica, muchos sistemas preven que no pueden ignorarse los derechos de ésta última, aún cuando pudiera salvaguardarse mejor el interés del niño prefiriendo a los solicitantes.

Apartado a)

Este apartado parece excluir las adopciones puramente contractuales ya que exige una autorización de "las autoridades competentes", sin que éstas sean, sin embargo objeto de definición. Conviene reconocer una importancia especial al acento puesto en el "consentimiento... con conocimiento de causa", tras los "dictamenes necesarios". Se ha alegado que "este principio se opone a la práctica de las adopciones privadas"²⁷².

Apartado b)

Este apartado, que insiste en el carácter subsidiario de la adopción transnacional, sólo hace referencia a la colocación familiar y a la adopción en el país de origen del niño sin mencionar expresamente ninguna otra posibilidad, tal como la colocación en una institución (cf. supra n0 86). Algunos delegados hubieran preferido una formulación más contundente 273 .

Apartado c)

Este apartado parte de que en los Estados que admiten la adopción se establecen garantías y requisitos en torno a la adopción nacional lo que, como ya hemos visto, no es siempre así (ver supra n o 47).

Apartado d)

Esta disposición ya ha sido analizada anteriormente. Ver \sup 81.

Apartado e)

Esta apartado, que exige que "las colocaciones de niños en el extranjero sean realizadas por las autoridades o los órganos competentes". parece una vez más oponerse a las adopciones puramente privadas. El grupo de redacción constituído para redactar este artículo era perfectamente consciente de los futuros trabajos de la Conferencia de La Haya sobre la adopción transnacional de niños. De hecho, el observador egipcio, expresando la opinión del grupo de trabajo, señaló que el apartado e) había sido incorporado expresamente en previsión de dichos trabajos²⁷⁴.

Hay que destacar que el Convenio prevé un sistema de control de la aplicación del Convenio a través de informes que los Estados contratantes han de remitir periódicamente a un Comité de expertos (Segunda parte del Convenio, artículos 42-45).

VI HACIA UN CONVENIO DE COOPERACION INTERNACIONAL PARA LA PROTECCION DE LOS NI≅OS EN EL CONTEXTO DE LA ADOPCION TRANSNACIONAL

A. Objetivos del nuevo convenio

169. Del examen global realizado en los capítulos precedentes parece deducirse un triple objetivo para el nuevo convenio sobre la adopción transnacional. Debería:

conseguir que no se adoptara a ningún niño en el extranjero salvo que se haya comprobado que la familia originaria no puede hacerse cargo del niño y que no existe ninguna otra solución viable en el país de origen;

Debe contrastarse con el artículo 5 de la Declaración de las Naciones Unidas en un versión anterior (A/40/998 del 6 de diciembre de 1985) que estaba redactada como sigue: "Para todas las cuestiones relativas a la colocación del niño al cuidado de personas distintas de sus padres naturales, el único interés a tomar en consideración será el mejor interés del niño, y, en particular, su necesidad de afecto y su derecho a la seguridad y a cuidados continuos.

En el texto final se sustituyó "único" por "primordial".

Ver A. Joanet, "International baby selling for adoption, and the United Nations Convention on the Rights of the Child", en 7 New York Journal of Human Rights (1989), pp. 82 - 150.

²⁷³ Ver, por ejemplo, las observaciones del Representante de Brasil, <u>Informe del grupo de trabajo sobre la cuestión de una Convención relativa a los Derechos del Niño</u>, elaborado por el Sr. Adam Lopatka, E/CN/4/1989/48, de 2 de marzo de 1989, párrafo 369.

²⁷⁴ Ver el Informe del grupo de trabajo (nota precedente), párrafo 350.

- definir los criterios y mejorar las prácticas y los procedimientos de adopción transnacional una vez se haya comprobado que ésta constituye la única alternativa viable para el niño; y, finalmente
- contribuir a eliminar los abusos de la adopción trasnacional,
 en particular el secuestro y/o la venta de niños.

170. EL Convenio debería, en primer lugar, asegurar que ningún niño sea adoptado en el extranjero salvo que se haya comprobado que su familia no puede ocuparse de él y que no existe ninquna otra forma aceptable de cuidado alternativo en el país de origen (cf. supra los números 46-48, 86, 165). Este principio general ha adquirido una importancia particular en el estado actual de la adopción transnacional, puesto que se trata de traslados en una única dirección que reflejan el desequilibrio socio-económico y demográfico del mundo: se trata de la adopción de niños abandonados en países en vías de desarrollo o en países de transición hacia el desarrollo que carecen de la cuidados apropriados en su propio país y son adoptados por padres provenientes de sociedades más ricas. A la comunidad mundial se le plantea el reto de reforzar las estructuras sociales y familiares en el mundo entero y de desarrollar iniciativas de promoción del bienestar infantil en los respectivos países de origen. De este modo se podrá reducir, finalmente, el sentido único que caracteriza a la adopción transnacional en el momento actual. Mientras tanto, sin embargo, son numerosos los niños de países en vías de desarrollo que sufren severas privaciones físicas y emocionales y se exponen, en particular, al riesgo de despersonalización en instituciones saturadas y faltas de personal (cf. supra nº 58); existen, en contrapartida, numerosos padres altamente motivados y disponibles en los países industrializados que pueden, siempre y cuando se les prepare convenientemente (cf. supra números 70 - 77) procurar al niño una familia y un hogar. A corto plazo, por consiguiente, la adopción transnacional puede constituir una alternativa para estos niños, sin que deba, no obstante, olvidarse o perderse de vista el principio según el cual "el interés prioritario del niño es ser criado por sus padres naturales" (Declaración de las Naciones Unidas, artículo 3) ni tampoco que "la adopción transnacional puede ser considerada como vía alternativa para asegurar los cuidados necesarios al niño, si éste no puede ser colocado en acogimiento familiar o en una familia adoptiva o ser cuidado de alguna otra manera" (Convenio de Naciones Unidas, artículo 21, apartado b)²⁷⁵.

La responsabilidad primaria para alcanzar este objetivo corresponde necesariamente a las autoridades del país de origen, pero éste debería inspirar a todos aquellos que tengan que aplicar el Convenio. Es muy importante que la redacción del Convenio y su

aplicación no se efectuen de forma aislada, sino consultando y colaborando con organizaciones nacionales e internacionales que tengan como punto de partida una filosofía general de protección de la infancía y que se ocupen de atender a los niños y sus familias en los países de origen.

171. En segundo lugar, existe una gran necesidad de definir los criterios y mejorar las prácticas y los procedimientos de adopción transnacional en el mundo entero. Como ya hemos visto, el interés del niño debería ser la principal, pero no la única consideración. Prioritariamente debería intentarse encontrar el mejor ambiente posible para el niño, como exige el principio evidente pero a veces olvidado de que la prioridad es encontrar un hogar para el niño y no a la inversa. La Declaración de las Naciones Unidas y el Convenio de Naciones Unidas contienen principios más concretos que contribuyen a fijar mejor la noción de interés del niño en el contexto de la adopción transnacional²⁷⁶. Encontramos otros principios importantes, por ejemplo, en el Proyecto de principios directrices de la adopción transnacional de la ICSW (ver el Anexo J (en inglés solamente)) y en las Conclusiones y Recomendaciones del Primer Seminario sobre Métodos de Formación de las Familias Adoptivas, organizado en Montevideo (Uruguay) del 26 de junio al 1 de julio de 1989 (ver Resumen en el Anexo K). Habiendo obtenido la mayoría de estos principios el apoyo general, no debería, ser díficil llegar a un acuerdo para su inclusión y posterior articulación en un nuevo instrumento. Sería particularmente útil que el nuevo convenio incorporara criterios basicos respecto a los padres biológicos o a las personas que tiene la guarda del niño, respecto al propio niño, respecto a los padres adoptivos y respecto a las actividades de las instituciones intermediarias. El Convenio debería también contribuir a mejorar la situación jurídica del niño adoptado tanto en el país de recepción como en el país de origen y en otros países participantes, teniendo en cuenta los antecedentes biológicos, lingüísticos y culturales del niño en su país de origen.

^{275 &}lt;u>Cf.</u> British Agencies for Adoption and Fostering, <u>Statement of policy on Inter-country Adoption</u>, Londres, 1986.

[&]quot;En cuanto al principio de que los gobiernos deberían actuar en el interés superior del niño, el problema no es de desacuerdo, sino de incertidumbre en saber cómo y por quién se establecerá este "interés superior". La vaguedad de este concepto ha constituido el tormento de numerosas legislaciones bienintencionadas sobre el bienestar. La consecuencia es que los esfuerzos de adultos deseosos de alcanzar el interés superior del niño conducen demasiado a menudo al resultado contrario". Ver B. Franklin, "Children Rights: developments and prospects", en 3 Children and Society (1989), pp. 50 - 66 (en la p. 63). Cf. "La primauté de l'intérêt de l'enfant dans le domaine du droit privé", Informe de la delegación del Reino Unido a la 162 Conferencia de MInistros europeos de Justicia, Lisboa, 21-22 de junio de 1988, Documento MJU - 16(88)2 en particular p. 4 y el Addendum.

Un nuevo Convenio constituiría un verdadero éxito si llegase a dar vida a tales principios, convirtiéndolos en marco jurídico practicable y eficaz para la comunicación y la cooperación internacional.

172. En tercer lugar, el Convenio debería contribuir a la lucha contra el tráfico internacional de niños (cf. supra números 78 - 85). Ello requiere, ante todo, un control estricto de las actividades de los intermediarios, que deben satisfacer a los criterios que respecto a ellos se definan. También serían de gran ayuda procedimientos claros y bien estructurados. Si a los futuros padres adoptivos se les ofrece una solución que les asegure un asesoramiento, les evite gastos supérfluos y reduzca la burocracia, estarán menos motivados para recurrir a intermediarios dudosos.

B. Autoridades centrales

1 El sistema de Autoridades centrales

173. Como ya hemos visto (capítulo IV *supra*), los métodos que sirven para establecer estructuras y ejercer un control sobre la adopción transnacional varían enormemente. Dadas estas grandes diferencias, sería probablemente muy difícil coordinar su utilización, a menos que en el texto del nuevo convenio se estableciera un sistema de autoridades centrales como el que preven los Convenios de La Haya sobre notificación o traslado en el extranjero y sobre obtención de pruebas en el extranjero y, en particular, en el Convenio de La Haya sobre secuestro internacional de menores (cf. supra n0 7) y sus equivalentes europeos y americanos r1 y se atribuyera a estas autoridades centrales determinados poderes y obligaciones

podrían ser de diferente clase y relativos tanto al plano nacional como al internacional.

- 2. Poderes y obligaciones de las Autoridades centrales
- a. En el plano nacional
- 174. En primer lugar, las Autoridades centrales podrían desempeñar una tarea muy útil, consistente en coordinar las prácticas y los procedimientos administrativos de cada país en función del interés del niño. Podrían, por ejemplo, asegurar la coordinación entre organismos competentes con el fin evitar conflictos con las políticas de inmigración (cf. supra números 141A 145) y proponer reformas legislativas para mejorar esta coordinación.
 - En segundo lugar, las Autoridades centrales podrían responsabilizarse de la recopilación de las informaciones sobre diversos aspectos, por ejemplo, de estadísticas a partir de las cuales se podrían diseñar políticas y objetivos; de información sobre las legislaciones y los procedimientos de otros países así como sobre las organizaciones y agencias existentes en el propio país y en el extranjero.
 - En tercer lugar, las Autoridades centrales podrían supervisar las actividades de las instituciones intermediarias establecidas en su país.
- b. En el plano internacional
- 175. En primer lugar, las Autoridades centrales podrían intercambiar información de carácter general (sobre los problemas jurídicos, sociales y culturales de sus países) y sobre casos particulares;
 - En segundo lugar, podrían intervenir en coordinación mútua en casos individuales (por ejemplo cuando un niño seleccionado para ser adoptado ya no esté disponible, pero se pudiera ayudar a otro niño mediante su adopción por los solicitantes);
 - En tercer lugar, las Autoridades centrales podrían resolver las dificultades, bien de naturaleza genérica bien relativa a casos particulares, surgidas entre sus paises.
- 176. Ambas listas podrían fácilmente ampliarse atribuyendo a las Autoridades centrales nuevos poderes y obligaciones, lo que les permitiría tener un papel mayor en el procedimiento transnacional; se les podría otorgar la responsabilidad (principal):

Convenio europeo sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de quarda y reestablecimiento de la quarda de menores, firmado en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980; Convención interamericana sobre la devolución internacional de menores, firmada en Montevideo el 15 de julio de 1989.

Es naturalmente concebible que, a semejanza de lo que se ha hecho en las demás convenciones y convenios citados, los Estados federales y demás Estados que posean más de un sistema jurídico designen, a los fines de este Convenio, más de una Autoridad central. En todo caso, deberá destacarse que las "Autoridades centrales" previstas por los tratados antes citados no son grandes organizaciones burocráticas. En la mayoría de los países, se limitan a un departamento de un ministerio, formado por uno o, a lo sumo, por dos funcionarios, que pueden asumir, además, otras funciones sin relación con el convenio.

a. En el plano nacional

- de pronuncíarse sobre la adecuación de los futuros padres adoptivos (país de recepción) o determinar (por si mismas o haciéndolo determinar por un tribunal) si un niño puede, desde el punto de vista jurídico, ser adoptado (país de origen);
- elaborar (o impulsar la elaboración) de informes sobre las familias (países de recepción) o elaborar (o impulsar la elaboración) de informes sobre el niño (país de origen);
- facilitar información y asesorar a los futuros adoptantes (país de recepción) e informar y asesorar a los padres biológicos o a los titulares de la guarda del niño (país de origen);
- supervisar el periodo de prueba, impulsar la elaboración de informes y adoptar las medidas necesarias en caso de que fracase la colocación previa a la adopción (país de recepción);
- auxiliar a los adoptados que busquen sus raices.

b. En el plano internacional

- canálizar las solicitudes de adopción;
- intercambiar los documentos necesarios para la preparación de la adopción y las decisiones judiciales, incluida la decisión definitiva de adopción;
- aprobar conjuntamente a los futuros padres adoptivos y seleccionar a una familia adoptiva determinada para un niño.

3. La aprobación de los intermediarios

177. Independientemente de que los poderes y obligaciones de las Autoridades centrales sean limitados o amplios, para que la convención sea un instrumento eficaz y contribuya a reducir los abusos, será necesario introducir un requisito mínimo: que sólo las agencias aprobadas por el Estado en el que operen y bajo la vigilancia de las Autoridades centrales, estén autorizadas a intervenir (cf. supra números 83 y 138). El convenio podría definir determinados criterios mínimos que deberán ser respetados para que estos intermediarios sean autorizados como agencias de "colocación" y "búsqueda", en particular en lo referente a su carácter no lucrativo. Las Autoridades centrales podrían facilitar información sobre los intermediarios autorizados en su país y en el extranjero y recomendar la intermediación de determinadas agencias.

4. La reducción de las adopciones independientes

178. Exigir que los intermediarios estén autorizados sólo constituye el primer paso para la mejora de los procedimientos actuales de adopción en el extranjero. Por si misma esta medida no afecta a las adopciones independientes ni a su inherente riesgo de fracaso debido a la insuficiencia de preparación y a que son susceptibles de posibilitar el tráfico de niños.

Existen diversas posiblidades para reducir las adopciones independientes (*cf. supra* números 61 - 69, 136, 139 - 141):

- se puede exigir a los futuros padres adoptivos que obtengan de las Autoridades centrales de los países de recepción una autorización preliminar para la adopción transnacional;
- se puede establecer que la intermediación de agencias autorizadas sea obligatoria; y
- se pueden conceder amplios poderes y deberes a las Autoridades centrales y obligar a todos los que se relacionen con las adopciones transnacionales a actuar a través de las Autoridades centrales.

Podría oçurrir que, si se atribuyen amplios poderes y obligaciones a las Autoridades centrales, éstas ofrezcan tales ventajas a los futuros padres adoptivos (por ser una vía menos cara, más segura y menos compleja) que su sola existencia tuviera el efecto de reducir de forma natural el recurso a la adopción privada.

- 5. ¿Cómo reducir los problemas de competencia judicial y de reconocimiento? ¿mediante una única decisión de adopción en el país de recepción?
- 179. Los países de origen que actualmente exigen que la adopción se conceda en su país, lo hacen para mantener el control sobre el procedimiento. Este sistema tiene sin embargo limitaciones inherentes ya que, por definición, la familia adoptiva residirá en el país de recepción. Además existe actualmente un consenso general en relación a la conveniencia de que las decisiones de adopción estén precedidas de un periodo de prueba que, asimismo, se desarrollará habitualmente en el país de recepción (cf. supranimenos 135 135A).
- Si se crease un marco y en particular un sistema de Autoridades centrales dotadas de amplios poderes que garantizase que las Autoridades centrales del país de origen fueran plenamente informadas y participaran en el procedimiento de adopción, incluido el periodo de prueba y la decisión los países de origen podrían, en el contexto de un sistema de este tipo, renunciar a dictar una decisión de adopción en sus países. Obviamente con ello se

aceleraría considerablemente el procedimiento de adopción, lo cual sería ventajoso para todos los implicados.

C. ¿Cómo reducir los problemas de conflicto de leyes? ¿mediante el establecimiento de críterios relativos a los padres biológicos, al niño y a los padres adoptivos?

180. Una de las funciones del convenio ha de ser probablemente la definición de los criterios a respetar para asegurar el bienestar a largo plazo del niño así como el establecimiento de un sistema de control sobre estos criterios y de garantía de su cumplimiento.

Dichos criterios se tendrían que referir²⁷⁹:

- a los padres biológicos o a los encargados de la guarda del niño, por ejemplo: ¿se les han expuesto las opciones existentes en relación al niño?, ¿han sido sometidos a presiones o a ofertas pecuniarias para incitarlos a renunciar al niño?, ¿les han ayudado a comprender todas las implicaciones que supone el abandono del niño, incluida la posiblidad de una adopción plena en el extranjero y de la ruptura de todo contacto con el niño?
- al niño, por ejemplo: el organismo responsable ¿ha preparado información escrita respecto al niño, incluidas las que permiten identificarlo (nombre, sexo, edad, nacionalidad, religion), respecto a los padres y a la familia biológica, respecto al desarrollo físico, intelectual y emocional del niño, de su salud y de sus eventuales necesidades particulares en materia de salud física o mental?
- a la familia adoptiva, por ejemplo: ¿se ha prestado atención especial para asegurar que cada solicitante tenga conocimientos del país y de la cultura de origen del niño y esté dispuesto a permitir a éste conocer y tener conciencia de sus origenes?

Si el convenio, además, definiera claramente las responsabilidades de las Autoridades centrales de cada país para asegurar que estos criterios fueran efectivamente respectados (cf. supra números 174 – 176), ello reduciría la necesidad de aplicar las leyes divergentes de los países implicados (cf. supra números 100 – 102 y 121 – 126). Otras condiciones, como las relativas a la edad, a las diferencias de edad, etc., podrían corresponder a la legislación de cada país y, en un sistema de cooparación entre Autoridades centrales, estas legislaciones se aplicarían probablemente de forma cumulativa (cf. artículo 4.2 del Acuerdo entre Filipinas y Australia).

D. Reconocimiento de las decisiones de adopción y de las decisiones preliminares

181. Incluso si el país de origen aceptase que la adopción fuese pronunciada en el país de recepción (cf. supra nº 179), éste continuaría dictando decisiones preliminares, por ejemplo, respecto a si el niño puede o no ser adoptado o respecto a la designación de una persona encargada de su quarda (*cf. supra* nº 134); sería deseable que estas decisiones fueran reconocidas en los países participantes. Si los países de origen no estuvieran dispuestos a renunciar al pronunciamiento de la adopción, sería necesario que estas adopciones fueran reconocidas en los Estados contratantes o. en su defecto, fueran objeto de conversión en adopciones (preferentemente de tipo uniforme, ver infra E) en el país de recepción. Una decisión de adopción dictada por una autoridad competente según un procedimiento regular en el país de origen del niño debería al menos tener los mismos efectos en los Estados contratantes que en el país de origen en lo que respecta a la patria potestad y a la obligación de alimentos en favor del niño. Lo mismo puede afirmarse en relación a las decisiones adoptadas en el país de recepción (ver también *supra* nº 131).

E. Integración jurídica total en la familia adoptiva ...

182. ¿Sería posible hacer introducir en el convenio una norma material que dispusiera que la adopción transnacional debe conducir siempre, o preferentemente, a la total ruptura de todos los vinculos jurídicos con la familia de origen y a una plena integración en la familia adoptiva (cf. supra números 89 - 91)? ¿Debería el convenio prever que, cuando una adopción plena sea pronunciada, fuera irrevocable - al menos a instancia de los padres adoptivos (cf. supra números 110 -113 y 163)? ¿Podría existir un acuerdo para que toda adopción plena debiera normalmente estar precedida de un periodo de prueba (cf. supra números 93 -94)?

En la medida en que se autorizara la adopción simple, ¿debería el convenio exigir que el contrato de adopción fuera, en cualquier caso, aprobado por un tribunal o por una autoridad administrativa en un procedimiento que otorgase todas las garantias a las personas interesadas (cf. supra números 90 - 92)?

F. ... con pleno respeto a la identidad cultural del niño

183. Sería altamente aconsejable que se llegase a un acuerdo en cuanto al mínimo de información de la que el niño puede disponer en relación a su familia de origen y que se estableciesen normas para que esta información fuese conservada durante cierto período mínimo de tiempo (cf. supra números 75-77 y 107-109).

^{279 &}lt;u>Cf.</u> British Agencies for Adoption and Fostering, <u>op.cit.</u> (supra nota 275).

6. ¿Es necesario introducir una norma sobre la nacionalidad del niño?

184. ¿Es posible o aconsejable que el convenio incluya una norma sobre la nacionalidad del niño, ànáloga a la del artículo 17 del Convenio sobre algunas cuestiones relativas a los conflictos de leyes en materia de nacionalidad, al artículo 11 del Convenio europeo sobre la adopción o al artículo 3.2 del Acuerdo entre Ecuador y Canada (cf. supra números 146 - 149 y 165 in fine)?

H. Categorías especiales de niños y adopciones en el extranjero

185. Algunos niños y algunas modalidades de adopción en el extranjero pueden requerir una atención particular:

- Niños de más edad o disminuidos: el hecho de ser trasplantados a otra cultura puede crear especiales dificultades a los niños de más edad o a los niños que padezcan una disminución física o mental (cf. supra números 36 - 37 y 73). Pueden ser necesarias disposiciones especiales para reducir las consecuencias perjudiciales de su establecimiento en el país de recepción.
- Adopción en el seno de la familia (amplia): ¿es posible o aconsejable prever una excepción que permita a miembros de la familia adoptar sin necesidad de acudir a los principales procedimientos del convenío, dado que estas adopciones por parientes son también, generalmente, menos estrictas en el marco puramente interno? ¿Qué ley debe determinar a quien se considera pariente²⁶⁰?

I. ¿Extensión del convenio a otras formas de colocación en el extranjero?

186. El sistema de cooperación entre las Autoridades centrales podría eventualmente extenderse para que incluyera a todas las posibilidades de colocación en el extranjero — acogimiento familiar, tutela, custodia, etc. ¿Sería aconsejable hacerlo?

J. ¿Restitución de niños secuestrados o vendidos en el extranjero?

187. ¿Sería conveniente que el convenio estableciese un procedimiento especial para que los padres bilógicos o encargados de la guarda cuyos niños hayan sido secuestrados para su posterior adopción, pudieran solicitar su restitución a través de las Autoridades centrales (cf. supra números 79 y 82)? El Convenio de La Haya sobre secuestro de menores podría aplicarse a tales casos. ¿Sería posible o aconsejable establecer un vinculo con este

Convenio? ¿Qué debe hacerse si ya se ha pronunciado la adopción en el país de recepción? ¿Debería existir un procedimiento especial para los niños vendidos para su adopción o cuyos padres hayan consentido a tal venta bajo coacción o mediante fraude?

K. Conclusión

188. La lista de cuestiones que se plantean en relación a la adopción de niños procedentes del extranjero puede ser facilmente ampliada. El presente Informe no puede abordar todas estas cuestiones y no puede ciertamente dar una respuesta a todas ellas. Se espera, sin embargo, que proporcione una visión general de los principales problemas y contribuya a descubrir medios para mejorar la situación actual — que, en muchos sentidos, es caótica, contradictoria e insatisfactoria. La Convención sobre los Derechos del Niño ha dejado este delicado problema para la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. El Centenario de la Conferencia debería incitarnos a responder a este gran desafío y a establecer una marco jurídico claro y eficaz que facilite el entendimiento y la cooperación internacionales para asegurar la protección de los niños en relación con la adopción transnacional.

Ver British Agencies for Adoption and Fostering, op.cit. (supra nota 275).