

## **CARÁCTER, OBJETIVOS Y ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 29 MAYO 1993 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

BEATRIZ L. CARRILLO CARRILLO  
Doctoranda de la Universidad de Murcia

### **I. CARÁCTER Y OBJETIVOS DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993.**

#### **1. PRECISIONES PREVIAS.**

Los condicionamientos sociales y jurídicos que envuelven al fenómeno de la adopción internacional llevaron a la Decimosexta Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a considerar la necesidad de elaborar un Convenio sobre la adopción internacional. Dichos condicionamientos se concretan, por un lado en el incesante aumento del número de menores que son trasladados, con fines de adopción, desde sus Estados de residencia (Estado de origen) - normalmente Estados en vías de desarrollo-, hacia los Estados de residencia de los adoptantes (Estados de recepción) –Estados desarrollados-<sup>1</sup>; Por otro lado, en la insuficiencia de los instrumentos jurídicos internacionales existentes hasta el momento para responder al “proceso de publicación” que ha sufrido la institución

---

1. Vid en especial J.H.A. Van Loon, “International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption”, RCADI, 1993-VII, p. 214 y ss; R.A.C. Hoksbergen, “Generación de padres adoptivos. Cambios en las motivaciones para la adopción”, *Infancia y sociedad*, núm. 12, 1991, pp.25-48; S. Adroher Biosca: “La adopción internacional: una aproximación general”, en *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*. J. Rodríguez Torrente (ed.). Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1998, p. 229 y ss.; E. Poisson-Drocourt, “L’adoption internationale”, *RCDIP*, núm. 76, 4, 1987, pp. 674-677; I. López Orellana, “La Adopción Internacional”, *RGD* 1996, pp. 8028-8034; C. Esplugues Mota, “El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *RDIPP*, 1997, pp.33-74; M.V. Cuartero Rubio: “Adopción internacional y tráfico de niños”, *BIMJ*, año LIII, 1 marzo 1999, n° 1840, pp. 405-418; S. Adroher Biosca y A. Berástegui Pedro-Viejo: “La adopción internacional: una nueva migración”, *Revista de Migraciones* n° 8, Madrid 2000, pp. 251-284

adoptiva, caracterizado por un aumento en la intervención de autoridades administrativas y judiciales. En efecto, la nueva dimensión pública de la adopción ha puesto en duda la adecuación de las regulaciones de Derecho Internacional Privado existentes hasta el momento, tanto en las normas de producción interna como en los diversos Instrumentos Internacionales, para hacer frente a las exigencias de una institución que ya no puede ser considerada, solamente, como un negocio jurídico privado<sup>2</sup>.

El rápido incremento del número de adopciones internacionales ha sido uno de los factores decisivos que impulsaron este cambio de orientación. En efecto, el traslado masivo de menores de uno a otro Estado ha sido una de las causas de potenciación de determinadas prácticas tales como la compraventa o tráfico de niños<sup>3</sup>, convirtiendo a la adopción, en demasiados casos, en un negocio *quasi-mercantil*, donde los menores pasan de ser sujetos de la adopción a ser considerados

2. Sobre la evolución de la institución adoptiva en especial R. de Nova, "Adoption in Comparative Private International Law", *RCADI*, 1961-III, pp. 75-158; E. Groffier, "L'adoption internationale privé comparé", *RCDIP*, 1976, pp. 603-655; D. Operti Badan, "L'adoption internationale", *RCADI*, t. 180, 1983-II, pp. 320-324; E. Jayme, "L'adozione internationale. Tendenze e riforme", *Riv. dr. civ.*, 1984, pp. 546-558; E. Poisson Drocourt, "L'adoption internationale", *RCDIP*, 1987, pp. 674-710; M. Milojevic, "L'adoption internationale", en R. Ganghofer (Dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'antiquité à nos jours*. Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 823-830; J.H.A. Van Loon, "International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption", *RCADI*, 1993-VII, pp. 261-300; A. Bucher, "La famille en droit international privé", *RCADI*, vol. 283, 2000, pp. 19-176

3. Vid al respecto M.V. Cuartero Rubio: "Adopción internacional y tráfico de niños", *BIMJ*, año LIII, 1 marzo 1999, n° 1840, pp. 405-418; J.H.A. Van Loon, "International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption", *RCADI*, 1993-VII, pp. 250-260; J.H.A. van Loon, "Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger. Document préliminaire 1 d'avril 1990", *Actes et documents de la Dix-septième session*, Tome II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, pp. 50-54; A. Mariana Hernando, "La adopción internacional. El tráfico de menores. Mecanismos de protección y control", *Infancia y Sociedad*, n° 33, 1995, pp. 201-211; N.

Meyer-Fabre, "La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale", *RCDIP*, 1994 n°2, p. 260; A. Moreno, "Aspects contractuels de l'adoption internationale (I)", *RCDIP*, t. 90-2, 2001, p. 303; J.M. Uhía Alonso, "Problemática de tipo legal derivada de la adopción internacional", *La Ley*, 1998-II, D-46, pp. 1960-1965; P. Orejudo Prieto de los Mozos, "El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)" *Aranzadi Civil*, 1998, n° 12, p. 150; B. Trillat y S. Nabingel, "Adoption internationale et trafics d'enfants: mythes et réalités", *Rev. int. de police criminelle*, Interpol, n° 428, 1991; H. Muir-Watt, "L'adoption d'enfants étrangers, regards sur l'évolution récente de la jurisprudence française", en *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Paris, 1993, LGDJ, pp. 147 y ss; W. DUNCAN, "The Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption", *Adoption & Fostering*, vol. 3, 1993, pp. 9-13

como meros *objetos de un negocio jurídico*<sup>4</sup>. Recientemente estas prácticas han vuelto a ser puestas de manifiesto por el Consejo de Europa en la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1443 (2000) relativa al respeto de los derechos del menor en la adopción internacional<sup>5</sup>.

Por otra parte, la nueva consideración de la adopción como institución orientada a la protección del menor en aras de su principal interés, ha aumentado las exigencias relativas a la *idoneidad de los adoptantes*. En efecto, además de cumplir los requisitos de capacidad exigidos por las leyes, se requieren exigentes exámenes psicológicos y sociológicos encaminados a buscar los mejores padres para un menor necesitado de una familia. De este modo se procura conseguir el *éxito* de la adopción, entendiendo por tal la plena y total integración del menor en el círculo familiar y social donde deberá convivir los años siguientes a la adopción. Es en la adopción internacional donde se pueden producir mayores riesgos de inadaptación de los menores adoptados con su nueva familia, con la cual va a convivir en un entorno cultural distinto<sup>6</sup>.

Estas circunstancias han provocado que en muchos ordenamientos jurídicos se aumente y fortalezca la intervención de diversas autoridades públicas en los procesos de adopción. En concreto, el procedimiento de marcado *carácter judicialista* propio de la concepción tradicional de la adopción sufre importantes modificaciones hasta llegar a ser considerado como un proceso en el que se pueden

---

4 En este sentido se hacen constantes referencias a expresiones tales como “exportación” e “importación” de niños.

5 El texto se puede consultar en <http://www.coe.int>

6 El temor al fracaso de la adopción desde una perspectiva puramente sociológica, como mecanismo de integración de un menor en una nueva familia, también ha impulsado importantes reformas legislativas que atienden a la búsqueda de la idoneidad de los adoptantes. No obstante, la mayoría de los estudios científicos sobre el impacto que causa en los adoptados las diferencias culturales entre el país de origen de los menores y el de acogida, no consideran esta diversidad cultural como un factor importante en el porcentaje de “fracasos” en la adopción, pero constituye un aspecto a tener en cuenta, especialmente en los casos de colocación de niños mayores. Vid S. Nabinger, “La adopción de niños brasileños por familias europeas”, *Infancia y sociedad*, núm. 12, 1991, pp. 122-130; R.A.C. Hoksbergen, “Generación de padres adoptivos. Cambios en las motivaciones para la adopción”, *Infancia y sociedad*, núm. 12, 1991, pp.25-48; J.H.A. Van Loon, “International Cooperation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption”, *RCADI*, 1993-VII, pp. 244-250; C. Carsten y M. Juliá, “Legal, policy and practice issues for intercountry adoptions in the United States”, *Adoption & Fostering*, vol. 19, 1995, nº 4, pp. 26-33.

diferenciar dos grandes fases<sup>7</sup>: en primer lugar, una fase de instrucción de naturaleza administrativa, en la cual se regulan una serie de actuaciones previas preparatorias, a seguir por autoridades administrativas, que culminan con la propuesta de adopción ante las autoridades judiciales. La segunda fase, conserva la tradicional intervención judicial, y sigue siendo considerada como un acto de jurisdicción voluntaria, en el cual, los sujetos interesados en la adopción consienten a la misma, y el juez, en vista de lo instruido en la fase previa, constituye la adopción. Son muchos los ordenamientos en los que se han incrementado los controles por parte de las autoridades públicas para prevenir el temido tráfico de menores, y asegurar la adecuada selección de los adoptantes, de este modo se acentúa la *dimensión pública de la institución adoptiva*.

La situación descrita supone un *nuevo reto* para el Derecho Internacional Privado del siglo XXI. En efecto, el incesante aumento en el número de las adopciones internacionales, el proceso de publicación de la institución adoptiva, así como las distintas concepciones sobre la adopción presentes en los diversos ordenamientos jurídicos, deben ser convenientemente conjugados por el Derecho Internacional Privado para poder hacer efectivo el interés superior del menor.

No obstante, hay que tener en cuenta que, a pesar de la preceptiva intervención de entidades de naturaleza administrativas en la adopción, “toda la materia de protección de menores se rige por estrictas normas de Derecho privado, tanto en el orden procesal como en el material, donde las entidades públicas no tienen ninguna posición de privilegio ni presunción de legalidad respecto a las demás partes como ocurre en las esferas jurídicas administrativas”<sup>8</sup>. Los entes públicos desarrollan labores de control y fiscalización de la actividad de los particulares al estar referida esta actividad a una cuestión de interés público: la protección del menor. En efecto, la publicación de la adopción se debe entender referida a los controles de las

---

7. En especial sobre el proceso de publicación de la adopción: D. Operti Badan, “*L’adoption internationale*”, *RCADI*, t. 180, 1983-II, pp. 295-412; M. Lücker-Babel, *L’adoption internationale et droit de l’enfant*, Friburgo, 1991; M. Verwilghen, *L’adoption internationale en droit belge*, Bruselas, 1991; E.D. Jaffe (ed.), *Intercountry Adoptions. Laws and Perspectives of “Sending” Countries*, Dordrecht, 1995; P. Vlaardingerbroeck, “Child Care and Protection Measures and Minor Foreigners: The legal Position of Minors”, *Family across Frontiers* (ed. N. Lowe y G. Douglas), 1996, pp. 499-513; M.J. Colton y W. Hellinck, *La atención a la infancia en la Unión Europea*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1993; P. Ziccardi, “Ordine pubblico e convenzioni internazionali nel riconoscimento di atti stranieri di adozione di minori”, *RDIPP*, 1995, pp. 5-16; T. Ballarino, “Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien”, *RCDIP*, 1996, pp. 32-34; Y. Lequette, “Le droit international privé de la famille à la éprouve des conventions internationales”, *RCADI*, 1994-II, t. 246, pp. 13-233.

8. A esta conclusión se llegó en el estudio doctrinal sobre “Problemas de protección de menores” en la Memoria del Fiscal general del Estado –1989-1990, Tapia, diciembre 1990, pp. 74-75, citado por F.J. Arellano Gómez, “Interacción entre el derecho público y el derecho privado en las fases previas al expediente judicial de la adopción”, *Rev. Crít. Derecho inmobiliario*, 1992-II, p. 2086.

actuaciones que preceden a la adopción, con la finalidad de establecer un marco garantista que ayude a cumplir el objetivo principal de la institución adoptiva. En este sentido existe una especial preocupación por la adecuada selección de los adoptantes y el control de los intermediarios que actúen en los procesos de adopción. Teniendo en cuenta estas premisas, a las entidades públicas se les encomienda, la propuesta de adopción a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad, y la inspección y control de los intermediarios en la adopción.

En la raíz de estas reflexiones subyace la tradicional discusión doctrinal sobre la integración del Derecho de familia en el Derecho privado. En efecto, en las materias relativas a la protección de menores resulta cada vez más difícil delimitar, de manera unívoca, las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado. Parece indiscutible que el legislador español, así como en Derecho comparado, se ha decantado por considerar a las instituciones jurídicas de carácter asistencial dentro del campo del Derecho privado, aún cuando se confirma un fuerte componente administrativista sin que, por ello, se desvirtúe su condición principal. Por tanto, la intervención preceptiva de entes de naturaleza administrativa y el protagonismo que tiene en la regulación del Convenio de La Haya de 1993, no excluye la naturaleza civil de la institución adoptiva como negocio jurídico propio del Derecho de familia<sup>9</sup>.

En el ámbito propio del Derecho Internacional Privado, estas nuevas atribuciones a entes de naturaleza administrativa ha sido acogido con fervor en la regulación de la adopción internacional que establece el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993. En efecto, en este Convenio confluyen estas concepciones. La preocupación esencial del Convenio de La Haya de 1993 se centra en la intervención de las Autoridades Centrales, normalmente entes de naturaleza administrativa, cuya actividad se dirige a estos dos planos: la adecuación de los sujetos de la adopción y el control de los mediadores privados en los procesos de

---

9. Vid en relación al ordenamiento español: F.J. Arellano Gómez, "Interacción entre el derecho público y el derecho privado en las fases previas al expediente judicial de la adopción", *Rev. Crít. Derecho inmobiliario*, 1992-II, p. 2091; L. Tolivar Alas, "Aspectos jurídicos-administrativos de la protección de menores", *RAP*, n° 124, 1991, pp. 35-63.

En Derecho comparado: W.E. von Steiger, "La protection des mineurs en Droit international privé", *RECADI*, t. 112, 1961-II, pp. 473-525; M. Simon Depitre, "La protection des mineurs en Droit international privé après l'arrêt Boll de la Court international de justice", *Trav. Com. Fr. Dr. Int. Pr.*, 1960-1962, pp. 109-138; J.L. Clergerie, "L'adoption d'une Convention internationale sur les droit de l'enfant", *Rev. Dr. Public.*, 1990-2, pp. 435-451; I. Barrière-Brousse, "L'enfant et les conventions internationales", *Journ. dr. int.*, 1996, pp. 843-888; Y. Lequette, "Le droit international privé de la famille à la éprouve des conventions internationales", *RCADI*, 1994-II, t. 246, pp. 13-233.

adopción, a esto se le une la preocupación por cuestiones propias de la transnacionalidad de la adopción: salida y entrada del menor y el desplazamiento del mismo de uno a otro Estado. La propuesta de adopción la realiza la Autoridad Central del Estado de constitución con la necesaria concurrencia de la voluntad de la Autoridad Central del otro Estado especialmente relacionado en el concreto proyecto de adopción internacional. En este sentido destaca la importancia que el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 otorga a la *fase administrativa de instrucción previa* a la constitución de la adopción. Al respecto, el Convenio de La Haya de 1993 regula varios pasos de obligado cumplimiento para todo proyecto de adopción incluido en su ámbito de aplicación. En este sentido, el Convenio acoge una visión *pragmática* para instrumentalizar un sistema de cooperación internacional que propicie la participación de los Estados de origen de los menores<sup>10</sup>.

Siguiendo lo anterior, el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 se caracteriza, principalmente, por acoger un serie de *enfoques novedosos* en la materia, sobre todo “teniendo en cuenta la experiencia de textos internacionales anteriores en materia de adopción, en un intento de mayor efectividad y aceptabilidad por parte de los Estados de origen y de recepción de los menores”<sup>11</sup>. Este objetivo se refleja en diferentes enfoques adoptados por el Convenio de La Haya de 1993:

## 2. LOS ENFOQUES NOVEDOSOS DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 29 MAYO 1993.

### A) El enfoque multilateral del Convenio de La Haya de 1993

Este nuevo enfoque pretende superar el *carácter parcial* en la regulación de la adopción internacional que presidía los instrumentos jurídicos internacionales existentes hasta el momento, principalmente el Convenios de La Haya de 15 de noviembre de 1965, relativo a la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción<sup>12</sup>, y la Convención

---

10. En este sentido, I. Barrière-Brousse, “L’enfant et les conventions internationales”, *Journ. dr. int.*, 1996, p. 876; Y. Lequette, “Le droit international privé de la famille à la épreuve des conventions internationales”, *RCADI*, 1994-II, t. 246, pp. 24-49

11. A. Borrás Rodríguez, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión Especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero (La Haya, 11-21 de junio de 1990)”, *REDI*, vol. XLII, 1990-2, p. 698;

12. El texto de Convenio, así como el Informe explicativo del mismo y la bibliografía principal se puede consultar en <http://www.hcch.net/>/f/conventions-/menu13f.html>. Una Traducción al Castellano en J.D. González Campos y A. Borrás Rodríguez (Coord.), *Recopilación de Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado 1951-1993*. Traducción al castellano. Marcial Pons, Madrid, 1996. pp. 132-141

interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, hecha en La Paz el 24 de mayo 1984<sup>13</sup>. En efecto, la *parcialidad* que se predica de las normas existentes se debe, principalmente, a que estas normas no tienen en cuenta los distintos intereses que confluyen y, en muchos casos, chocan, en la regulación de la adopción internacional, así como en el carácter regional de estos instrumentos. Supuso aceptar una serie de premisas iniciales<sup>14</sup>:

1) Se consideró como “indispensable” la participación en la elaboración del Convenio de aquellos Estados de donde proceden muchos de los menores adoptados, a pesar de que muchos de estos Estados no son miembros de la

---

Este Convenio no tuvo el éxito esperado; es más: toda la doctrina coincide en señalar su *fracaso*: Y. Loussouarn, “La X session de la Conférence de La Haye de droit international privé”, *Jour. pr. int.*, 1965-1, p. 11; J.H.A. Van Loon, “Noté sur l’opportunité de préparer une nouvelle convention sur une coopération internationale en matière d’adoption inter-étatique” Actes et documents de la Sixième session, t.I, Hague Conférence on Private International Law, 1991, pp. 164-185; A. Bucher, “L’avant-projet d’une Convention de La Haye sur l’adoption internationale”, *RSDIE*, 1993-2, p. 154; A. Borrás Rodríguez, “Adopciones transnacionales”, I Congreso Europeo de Derecho de Familia, Barcelona, 1993, n° 11; C. Esplugues Mota, “El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *RDIPP*, 1997, p. 49

13 Consultar texto en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados.html>. Los Estados partes son: Belice, Brasil, Chile, Colombia, México y Panamá. Vid al respecto A. Uriondo de Martinoli, “La adopción internacional”, A. Dreyzkin de Klor (Coord), *La protección internacional de menores. Restitución. Adopción. Tráfico. Obligaciones alimenticias*. Córdoba (Argentina), 1996, pp. 91-113; G. Parra-Aranguren, “Los trabajos preparatorios de la Tercera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (La Paz, 1984)”, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello*, n° 32, pp. 73-112; E. Tellechea Bergman, “La adopción transnacional en el actual Derecho Internacional”, *Revista Uruguaya de Derecho de familia*, n°8, 1993, pp. 139-145; E. Poisson-Drocourt, “Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière d’adoption de mineurs”, *RCADI*, 1987-3, pp. 640-643; U. Calvento Solari, “Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores”, *Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, n° 221, 1984, pp. 101 y ss.; D. Opertti Badán, *Comentarios a la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores*, Montevideo 1986.; G. Parra-Aranguren, “Codificación en América con particular referencia a la tercera Conferencia especializada en derecho Internacional privado (CIDIP- III) (La Paz, 1984)”, *International Law at the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago*, Milán, 1987, pp. 227-247; J.H.A. Van Loon, “International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption”, *RCADI*, 1993-VII, pp. 309-311

14 Este objetivo fue acogido desde el principio. Vid Conclusiones de la Comisión speciale de juin 1990 sur l’adoption d’enfants originaires de l’étranger. Recopiladas por A. Borrás Rodríguez, en “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión Especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero (La Haya, 11-21 de junio de 1990)”, *REDI*, vol. XLII, 1990-2, pp. 698-703; A. Borrás Rodríguez, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión Especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero o adopción transnacional (22 de abril a 3 de mayo de 1991)”, *REDI*, vol. XLIII, 1991-2, p. 574-581

Conferencia de La Haya. En este sentido, en el Documento preliminar núm. 9, preparado por la Oficina Permanente, ya se ponía de relieve la existencia de dos estrategias distintas: o bien la elaboración de un Convenio en el que participasen, exclusivamente, los Estados miembros de la Conferencia de La Haya, o bien un Convenio para cuya elaboración se invitara también a otros Estados no miembros con un interés directo en la materia. Al respecto se advirtió que cualquier actividad que emprendiera la Conferencia, en relación a la adopción internacional, sin contar con la participación de países de origen de los niños, aunque no fueran Estados miembros de la Conferencia, carecería de utilidad. Este razonamiento llevó a la Comisión Especial de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya a recomendar, a la Decimosexta Sesión, la inclusión en el orden del día de la sesión siguiente del tema de la adopción internacional, a *condición de que los Estados no miembros afectados expresaran a la Oficina Permanente su voluntad de participar en los trabajos*<sup>15</sup>.

Esta consideración inicial se traduce en uno de los aspectos más sobresalientes del actual Convenio de La Haya de 1993. En efecto, una condición imprescindible para elaborar un Convenio especialmente *útil* en la práctica de la adopción internacional, pasa por tener en cuenta todas las posiciones enfrentadas, en aras de facilitar la futura ratificación del Convenio por el mayor número de Estados posible, donde concurren tanto Estados de recepción como Estados de origen.

2) La consideración de todos los intereses, públicos y privados, en presencia: el interés de los menores a adoptar, de la familia biológica, de la familia adoptiva, del Estado de origen y del Estado de recepción. Sin embargo, en cumplimiento de lo previsto en diversos instrumentos internacionales, especialmente en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, la consideración primordial debe ser la del cumplimiento del interés superior del adoptando, siendo asimismo un objetivo inicial del Convenio de La Haya de 1993, conseguir un equilibrio entre los restantes intereses que concurren en la adopción internacional.

3) Abarca un amplio ámbito de aplicación material: siendo de aplicación a todas

---

15 Vid al respecto, H. Van Loon, "Note sur l'opportunité de préparer une nouvelle convention sur une coopération internationale en matière d'adoption inter-étatique", Documento preliminar n° 9, *Actes et documents de la Seizième Session* (1988), Tomo I, Matières diverses, La Haya, 1991, pp. 164-184; "Conclusions de la Commission spéciale de janvier 1988", établies par le Bureau Permanent, Documento preliminar núm. 14, *Actes et documents de la Seizième Session* (1988), Tomo I, Matières diverses, La Haya, 1991, pp. 194-202; G. Parra Aranguren, "Rapport explicatif", *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, núm. 1, 2

las adopciones que supongan la creación de un vínculo de filiación entre el adoptado y los adoptantes, incluyendo tanto las adopciones plenas como las adopciones simples o menos plenas. De este modo, a través de un convenio multilateral se puede favorecer la validez extraterritorial de las adopciones internacionales, evitando la constitución de adopciones “claudicantes”<sup>16</sup>.

B) Concreción de los principios recogidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989

El Convenio de La Haya de 1993 encuentra su fuente de inspiración directa en la CDN<sup>17</sup>. El elevado número de ratificaciones que ha tenido esta Convención de 1989 propició, sin duda, un punto de partida óptimo para las negociaciones del Convenio de La Haya de 1993. Este Convenio concreta en términos jurídicos más precisos la formulación genérica de los principios enunciados en la CDN<sup>18</sup>.

Acoge como eje de todo el proceso de adopción internacional el interés superior del menor proclamado en el art. 21 CDN. El Convenio de La Haya de 1993 se refiere en múltiples ocasiones al *interés del niño* como *interés superior* que preside la adopción internacional: en su preámbulo (párrafo 4º) y en el art. 1. a) se fija, como objetivo principal del Convenio de La Haya de 1993, garantizar que las adopciones internacionales tengan lugar en *interés superior del niño y en el respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional*. Este interés superior debe estar presente durante todo el proceso de adopción internacional –desde la consideración, por parte de las Autoridades competentes del Estado de origen del niño, que una adopción internacional responde a su interés superior (art. 4 CH 1993), hasta el momento en que la adopción constituida en un Estado contratante es reconocida en los demás Estados parte (art. 23 y 24 CH 1993)-. La consideración del *interés del menor* como interés superior, tiene como resultado el establecimiento de ciertas garantías destinadas a proteger los mejores

---

16 W. DUNCAN denomina a estas situaciones de “limbo legal”. Vid. W. DUNCAN, “Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (29 May 1993)”, *International Family Law*, July 1999, p. 31

17 Así declara expresamente en el Preámbulo la consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y su antecedente inmediato la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños (Resolución de la Asamblea General 41/1985, de 3 de diciembre de 1986).

18 Por todos M. Verwilghen, “La genèse d’une Convention sur l’adoption d’enfants originaires de l’étranger”, *Rev. belge dr. int.*, 1991-1, p. 440; W. DUNCAN, “Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (29 May 1993)”, *International Family Law*, July 1999, p. 31

intereses del menor, pero teniendo también en cuenta los intereses de los demás involucrados en la adopción, como la familia biológica del adoptando, la familia adoptiva, el Estado de origen y el Estado de recepción<sup>19</sup>.

La referencia a los *derechos fundamentales* que le reconoce el Derecho Internacional del art. 1.ª CH 1993, se refiere, principalmente, a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989, pero no únicamente a éste, sino en general a todos los Convenios Internacionales de Derechos Humanos<sup>20</sup>. No alcanza, pues, a los derechos reconocidos sólo en leyes internas. En este sentido, algunos autores advierten el peligro de una interpretación del Convenio de La Haya de 1993 según las concepciones nacionales, en vez de en conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales expresados en el propio Preámbulo del Convenio de La Haya de 1993<sup>21</sup>. Sin embargo, el Convenio de La Haya de 1993 insta un sistema peculiar para propiciar que sean las concepciones nacionales las que triunfen.

Como afirma la doctrina, el interés del menor no es una noción uniforme a pesar de su consagración en numerosos instrumentos internacionales<sup>22</sup>. En efecto, el interés superior del menor consagrado en la CDN, se encuadra dentro de la

---

19 G. Parra-Aranguren, "La Convención de La Haya de 1993 sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional", *Boletín de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Educación a Distancia)*, núm. 6, 1994, p. 160

20 J.H.A. Van Loon, "International Co-operation and Protection of Children with Regard to Inter-country Adoption", *RCADI*, 1993-VII, p. 335

21 Vid M. Jametti y A. Bucher, "La Dix-septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé", *RSDIE*, 1994, p. 64

22 Un completo mapa de las normas de génesis supranacional destinadas a la protección de los menores que destacan el interés del menor como interés superior, en M.I. Álvarez Vélez: "La política de protección de menores en el ámbito internacional", en *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*. J. Rodríguez Torrente (ed.). Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1998, pp. 173-188 y M.I. Álvarez Vélez: *La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1994; Y. Lequette, "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales", *RCADI*, 1994-II, vol. 246, pp. 19 y ss; H. Fulchiron, "L'évolution historique de la notion de l'enfant aux droits de l'enfant", *Les droits de l'enfant entre théorie et pratique*, Institut International des Droits de l'Enfant, Suiza, 1997, pp. 29-39 ; M. Vargas Gómez-Urrutia, *La protección Internacional de los Derechos de Niño y La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Secretaría de Cultura Gobierno de Jalisco, Universidad Panamericana Sistema Estatal DIF Jalisco, Instituto Cabañas, 1999

categoría de *los conceptos jurídicos indeterminados*<sup>23</sup>. En este sentido, se trata de un criterio que debe ser apreciado *in casu*, no obstante, la CDN establece unos principios tendentes a su concreción en la materia de la adopción internacional pues, a pesar de la diversidad jurídica existente reflejo del “conflicto de civilizaciones” que subyace en la regulación jurídica de la adopción en las distintas regiones del mundo<sup>24</sup>, la CDN pretende concretar unos principios comunes basados en unos *standards minimus* que tienden a asegurar ciertos valores considerados fundamentales por la comunidad internacional<sup>25</sup>. Sin embargo, al tratarse de criterios mínimos, algunos autores han puesto de manifiesto que la inconcreción del interés superior del menor puede llevar a un “oscurantismo nacionalista”<sup>26</sup>.

Los principios que se desprenden de la CDN en relación a la concreción del interés superior del menor en la adopción internacional se pueden sintetizar en los

---

23. Sobre el análisis jurídico del interés del menor: J. Rubellin-Devichi, “Le principe de l’intérêt de l’enfant dans la loi et la jurisprudence française”, *Droit de l’enfance et de la famille*, 1996-1, pp. 119-131; H. Fulchiron, “L’évolution historique de la notion de l’enfant aux droits de l’enfant”, *Les droits de l’enfant entre théorie et pratique*, Institut International des Droits de l’Enfant, Suiza, 1997, pp. 29-39 ; E. Pérez Vera, “El Convenio sobre los Derechos del Niño”, *Garantía internacional de los Derechos sociales*, Ministerio de Asuntos sociales, 1990, pp. 167-185; M. Aguilar Benítez de Lugo, “La protección del menor en Derecho internacional privado”, *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 33-46; P. Buirette, “Réflexions sur La Convention internationale des droits de l’enfance », *Rev. belge dr. int.*, vol. XXII, 1990, p. 62; A. Borrás Rodríguez: El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional privado. (Discurs d’ingrés Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, 1993), *RJC*, 1994, pp. 915-967. A.E. von Overbek, L’intérêt de l’enfant et l’évolution du Droit international privé de la filiation”, *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, 1979, pp. 361-380. La doctrina mayoritaria lo encuadra dentro de la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados; M. Vargas Gómez-Urrutia, *La protección Internacional de los Derecho de Niño y La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Secretaría de Cultura Gobierno de Jalisco, Universidad Panamericana Sistema Estatal DIF Jalisco, Instituto Cabañas, 1999, pp. 95-119.

24. La relación entre los conflictos de civilizaciones o culturas y la inconcreción del concepto interés del menor ha sido destacado por la doctrina, en especial E. Pérez Vera, “El Convenio sobre los Derechos del Niño”, *Garantía internacional de los Derechos sociales*, Ministerio de Asuntos sociales, 1990, p. 181; I. Barrière-Brousse, “L’enfant et les conventions internationales”, *Journ. dr. int.*, 1996, pp 883-888

25. A. Bucher, “La Famille en droit international privé”, *RCADI*, 2000, vol. 283, p. 78; S. Adroher Biosca: “Marco jurídico de la Adopción Internacional”, en *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Asociación española de Abogados de Familia, Dykinson, 1999, p. 102-104; S. Álvarez González: “Adopción internacional y sociedad multicultural”, en *Cursos de derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, 1998, pp. 102-103.

26. Vid, en especial, A. Borrás Rodríguez: El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional privado. (Discurs d’ingrés Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, 1993), *RJC*, 1994, p. 926

siguientes<sup>27</sup>:

*Principio de subsidiariedad de la adopción*, en virtud del cual mientras que las funciones propias de la patria potestad se estén desempeñando con normalidad por los padres biológicos, no cabe la adopción, incluso cuando los deberes propios de la patria potestad han sido incumplidos por parte de la familia natural, prima la reinserción en su propia familia de origen (arts. 7.1, 8 y 9 de la CDN)<sup>28</sup>. Destacan especialmente, los artículos 20 y 21 de la misma, donde se refiere, en el primero de ellos, a título de ejemplo, a la adopción, junto con otras instituciones destinadas a asegurar la protección de los menores como la colocación en hogares de guarda y la kafala del derecho islámico. Estas instituciones sólo proceden en relación a los niños privados, temporal o permanentemente, de su medio familiar o cuyo *interés*

27 Vid en especial P. Brioso Díaz, *La constitución de la adopción en Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1990, pp. 17-32; S. Adroher Biosca: “Marco jurídico de la Adopción Internacional”, en *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Asociación española de Abogados de Familia, Dykinson, 1999, pp. 97-144; S. Álvarez González: “Adopción internacional y sociedad multicultural”, en *Cursos de derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, 1998, pp. 175-211; M.I. Álvarez Vélez: *La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1994; M.I. Álvarez Vélez: “La política de protección de menores en el ámbito internacional”, en *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*. J. Rodríguez Torrente (ed.). Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1998, pp. 173-188; A. Borrás Rodríguez: El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional privado. (Discurs d’ingrés Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, 1993), *RJC*, 1994, pp. 915-967; J.M. Espinar Vicente: *El Matrimonio y las Familias en el sistema de Derecho Internacional Privado*, Civitas, 1996; P. Rodríguez Mateos: “Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, *REDI* vol. XLIII (1991), 1, pp. 269-272; M.V. Cuartero Rubio: “Adopción internacional y tráfico de niños”, *BIMJ*, año LIII, 1 marzo 1999, n° 1840, pp. 405-418; J.H.A. Van Loon, “International Co-operation and Protection of Children with Regard to Inter-country Adoption”, *RCADI*, 1993-VII, pp. 191-456; P.P. Miralles Sangro, “La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño”, *AC*, 1991-3, pp. 525-538; P. Buirette, “Réflexions sur La Convention internationale des droits de l’enfance », *Rev. belge dr. int.*, vol. XXII, 1990, pp. 54-73; H. Fulchiron, “L’évolution historique de la notion de l’enfant aux droits de l’enfant”, *Les droits de l’enfant entre théorie et pratique*, Institut International des Droits de l’Enfant, Suiza, 1997, pp. 29-39; M.V. Mayor del Hoyo, “En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre derechos del niño”, *RDP*, n° 7, 1995, pp. 135-195; C. Esplugues Mota, “El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *RDIPP*, 1997, pp. 33-74;

28 En este sentido se expresan el principio 6° la Declaración de los Derechos del niño de 1959 y los arts. 1 a 5 de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños de 1986. Ambas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas muestran una clara preferencia porque los niños permanezcan al cuidado de sus padres biológicos. Sin embargo, reconocen que esto no siempre es posible, y declaran, como interés superior del niño, procurar, en todo caso, un ambiente de afecto y seguridad a los menores. Para alcanzar este objetivo se proponen distintas instituciones destinadas a la protección del menor, entre ellas la adopción.

*superior* exija que no permanezcan en ese medio<sup>29</sup>.

*Principio de subsidiariedad de la adopción transnacional*, es decir, aquellos casos en los que el menor susceptible de ser adoptado vaya a ser trasladado a otro Estado para proceder a constituir la adopción (art. 21. b, c y d CDN). La CDN contempla la figura de la adopción transnacional como otro medio de cuidar del niño, pero sólo en los casos en los que éste no pueda ser colocado en un hogar de guardia o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen (art. 21.b CDN)<sup>30</sup>. Por otra parte, el art. 20.3 *in fine* CDN, declara que a la hora de decidir entre las distintas soluciones, *se debe prestar particular atención a la conveniencia de que haya una continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico*. Estas consideraciones rigen tanto en la adopción nacional como en la internacional, aunque es en esta última donde existe una mayor probabilidad de que el menor sufra las consecuencias de un cambio en su entorno cultural<sup>31</sup>. Por otra parte, hay que destacar que lo pretendido por estos foros internacionales que declaran la subsidiariedad de la adopción transnacional es evitar al máximo los supuestos de *tráfico internacional de menores* (art. 11 CDN). En efecto, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la “subsidiariedad” sólo se predica de aquellos supuestos en los que el menor deba ser desplazado a otro Estado para ser adoptado. Esta circunstancia debe ser conectada directamente con las referencias a la lucha contra el *tráfico internacional de menores* pues, en la base de la adopción internacional, se

---

29. J.M. Espinar Vicente aclara que el colectivo de los posibles adoptandos se identifica, por lo general, con el de los menores que se encuentran bajo la tutela de una entidad pública, siempre que no exista la posibilidad de ser reinsertados en sus propias familias. J.M. Espinar Vicente: *El Matrimonio y las Familias en el sistema de Derecho Internacional Privado*, Civitas, 1996, p. 362

30. El antecedente inmediato se encuentra en el art. 17 de la Declaración sobre los Principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños de 1986: “Cuando no sea factible colocar a un niño en un hogar de guarda o darlo en adopción a una familia adoptiva, o cuando el niño no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, podrá considerarse la adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia”.

31. La mayoría de los estudios científicos sobre el impacto que causa en los adoptados las diferencias culturales entre el país de origen de los menores y el de acogida, no consideran esta diversidad cultural como un factor importante en el porcentaje de “fracasos” en la adopción, pero constituye un aspecto a tener en cuenta, especialmente en los casos de colocación de niños mayores. Vid S. Nabinger, “La adopción de niños brasileños por familias europeas”, *Infancia y sociedad*, núm. 12, 1991, pp. 122-130; R.A.C. Hoksbergen, “Generación de padres adoptivos. Cambios en las motivaciones para la adopción”, *Infancia y sociedad*, núm. 12, 1991, pp.25-48; J.H.A. Van Loon, “International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption”, *RCADI*, 1993-VII, pp. 244-250.

han detectado demasiados casos de “venta de niños”<sup>32</sup>.

*Principio de autoridad competente*, en virtud del cual únicamente las *autoridades estatales competentes*, a reserva de revisión judicial, son quienes pueden determinar la separación de un menor de sus padres naturales, siempre que dicha separación sea necesaria en el interés superior del niño (art. 9 CDN), el art. 21.a CDN es explícito al exigir que las adopciones *sólo* sean autorizadas por las autoridades competentes, y el art. 21.d CDN recoge la obligación de los Estados parte de esforzarse por garantizar que la “colocación del niño” en otro país se efectúe por medio de las *autoridades u organismos competentes*<sup>33</sup>.

*Principio de cooperación de autoridades*, la CDN reconoce la importancia de la cooperación internacional para la mejora de las condiciones de vida de los menores con carácter general y, especialmente, anima a los Estados partes de la Convención a concertar acuerdos bilaterales o multilaterales en relación a la lucha contra los traslados y retenciones ilícitos de niños en el extranjero (art. 11.2 CDN), así como a promover los objetivos propios de la adopción internacional (art. 21.e CDN).

*Prohibición de obtener beneficios financieros indebidos*, la redacción poco afortunada del precepto, llevó a las autoridades españolas a precisar, en el instrumento de ratificación de la Convención, la interpretación del art. 21.d CDN, aclarando que “de la interpretación del mismo nunca podrán deducirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios que puedan derivarse de la adopción en el supuesto de niños y niñas que residan en otro país”. No obstante, aunque esta reserva formulada por España a la Convención clarifica, de alguna manera, el contenido de esta prohibición, resulta criticable la utilización de la expresión “beneficios financieros

---

32. Como destaca M.V. CUARTERO RUBIO, “el riesgo de una venta de niños puede darse en cualquier adopción, ya sea interna o inteernacional, pero es en esta última donde el peligro de negocio se destaca: las diferencias socioeconómicas apuntadas entre familia de origen y de destino son generales, la necesidad de intermediación es flagrante, los costes de incrementan y diversifican, intervienen autoridades de distintos Estados, se trabaja con documentos extranjeros”, etc. M.V. CUARTERO RUBIO: “Adopción internacional y tráfico de niños”, *BIMJ*, año LIII, 1 marzo 1999, nº 1840, p. 406

33. En este sentido comenta A. Durán Ayago que “la adopción no es un asunto individual: es una medida social y legal de protección de la infancia. Por ello, los procedimientos que llevan a la adopción son de la responsabilidad de los Estados involucrados. Son ellos los que deben garantizar que la adopción responda realmente al interés superior del niño y que se respeten sus derechos fundamentales”. A. Durán Ayago: “La filiación adoptiva en el ámbito internacional”, *RJ La Ley* 2001-2, p. 1827

indebidos”, pues, el objetivo de evitar que las adopciones internacionales se conviertan en un “negocio”, exige la prohibición de *todo beneficio* –debido o indebido–, teniendo en cuenta que “los gastos estrictamente necesarios” no pueden ser considerados como beneficio (M.V. Cuartero Rubio)<sup>34</sup>.

*Principios relativos a los requisitos para la constitución de la adopción.* El art. 21.a CDN precisa que para decidir la admisibilidad de toda adopción, es necesario tener en cuenta la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales, sobre la base de toda *información pertinente y fidedigna*. Es decir, se exige un estudio sobre la institución jurídica que, en los momentos inmediatamente anteriores a la constitución de la adopción, rige la persona y bienes del menor y, sobre todo, el cumplimiento efectivo del interés superior del menor por parte de quienes tengan atribuida la patria-potestad, la tutela u otras instituciones destinadas a la protección de los menores. Por otro lado, el propio art. 21.a CDN se refiere a los *consentimientos* requeridos para la constitución de la adopción. Se trata de una formulación vaga e imprecisa, pues no exige directamente que se deba prestar consentimiento alguno. Sin embargo, si precisa que, las personas que deban consentir, hayan sido debidamente asesoradas para otorgar su consentimiento con conocimiento de causa. No obstante, el art. 9.2 CDN prescribe la necesidad de ofrecer a todas las partes interesadas la oportunidad de participar y dar sus opiniones en los procesos que conlleven la separación del menor de sus padres. Por otra parte, también exige a los Estados partes garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta la posición del niño en función de su edad y grado de madurez (art. 12 CDN).

*Principio de equivalencia de garantías.* El apartado c) del art. 21 CDN establece que los Estados partes “*velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen*”. Este artículo, refleja la preocupación de los Estados de origen de los menores por asegurar que, el menor que va a ser trasladado a otro país para ser adoptado, vaya a ser parte de una institución, denominada adopción, que cumpla unos requisitos mínimos. No supone una identidad absoluta en las normas que rigen la adopción en los distintos países vinculados, lo cual sería

---

34. Como señala M.V. Cuartero Rubio cabe afirmar que, en nuestro ordenamiento, cualquier beneficio es indebido, pues de la reserva formulada al art. 21 CDN y de la literalidad del art. 25.3 LO 1/1996, se desprende que sólo es admisible cubrir los gastos estrictamente necesarios. M.V. Cuartero Rubio: “Adopción internacional y tráfico de niños”, *BIMJ*, año LIII, 1 marzo 1999, nº 1840, p. 414

absurdo, sino que exige la presencia de unos pilares básicos comunes sobre los cuales, cada ordenamiento, construye esta institución. En este sentido, el precepto está destinado a favorecer la validez extraterritorial de la adopción constituida en un Estado, en todos los demás Estados, especialmente aquellos con los que los sujetos de la adopción están estrechamente vinculados, evitando la constitución de adopciones “claudicantes”.

Por su parte, el Convenio de La Haya de 1993 tampoco ofrece una definición unívoca del concepto del interés del menor (A. Bucher)<sup>35</sup>. En efecto, el Convenio de La Haya de 1993 pretende conciliar, en *cada caso concreto*, las diferentes concepciones de los Estados que intervienen en el procedimiento de adopción mediante el sistema de cooperación que instaura el Convenio. No obstante recoge y, en algunos casos concreta, los principios enunciados en la CDN como integrantes de este interés superior:

Siguiendo los parámetros del art. 21 CDN, el Preámbulo del Convenio de La Haya de 1993 es preciso en señalar que *cada Estado debe tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen*. Se refleja claramente la subsidiariedad de la adopción ante la reinserción del menor en su propia familia.

Sin embargo, debe ser destacado que mientras que la CDN se refiere en su art. 20 a la adopción como una más de las instituciones de protección de menores privados de su medio familiar, el Convenio de La Haya de 1993 sólo se ciñe a la adopción. De este modo, el Convenio resalta la importancia de propiciar al menor una vida familiar permanente en la que se forme y desarrolle su personalidad como la mejor alternativa al cuidado por la familia de origen<sup>36</sup>.

La importancia de la familia es asimismo resaltada en los supuestos en que el menor *no pueda encontrar una familia adecuada en su Estado de origen* (párrafo 3º del Preámbulo CH 1993). En efecto, el Convenio de La Haya de 1993 pretende enfatizar los beneficios que suponen para el menor la adquisición de una familia, siendo ésta la mejor alternativa entre todas las formas de cuidado del menor que no puede encontrar una familia adecuada en el Estado de su residencia. De este modo

---

35 A. Bucher, “Commentaire sur la Convention de la Haye du 29 mai 1993”, *Children on the Move - How to Implement Their Right to Family Life*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London 1996, p. 87

36 Vid al respecto G. Parra Aranguren, “Rapport explicatif”, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conference de La Haye de droit international privé, 1994, n° 43

la búsqueda de una familia permanente para un menor se convierte en objetivo prioritario del Convenio de La Haya de 1993, por este motivo, el preámbulo del Convenio de La Haya de 1993 se refiere directamente a la posibilidad de cuidar al menor mediante la adopción del mismo, sin mencionar las otras posibilidades que recoge la CDN<sup>37</sup>. Sin embargo, al referirse el Convenio de 1993 a las ventajas que suponen para el menor ser cuidado por una familia permanente, no niega otras posibilidades, tan sólo subraya la importancia de una vida familiar permanente como la mejor alternativa al cuidado del menor por la familia de origen, anteponiendo la adopción internacional, a otras alternativas, en particular, ha de preferirse al internamiento en una institución en el Estado de origen<sup>38</sup>. En este aspecto, el Convenio de La Haya de 1993 modifica considerablemente la *subsidiariedad* de la adopción internacional respecto a la colocación del menor en el propio Estado de residencia. En efecto, la CDN considera posible la adopción transnacional cuando el menor “no pueda ser colocado en un hogar de guardia o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen” (art. 21.b CDN), mientras que el Convenio de 1993 considera preferible la adopción internacional, relegando a un ulterior plano el internamiento del menor en una institución.

Otros principios proclamados por la CDN son reproducidos, con mayor o menor intensidad en el Convenio de La Haya de 1993. Tales como la declaración de “adoptable” del menor por parte de la autoridad competente del Estado de origen, la toma en consideración de las condiciones de educación, origen étnico, religioso y cultural del menor (arts. 4 CH 1993 y 16.1 CH 1993); La necesidad de que exista una *información y asesoramiento previo* a las personas que deban consentir a la adopción sobre las consecuencias del mismo (art. 4.c.1. CH 1993); La prohibición de obtener los consentimientos requeridos mediante pago o compensación alguna (art. 4.c.3 y 4.d.4 CH 1993), así como la *prohibición de obtener beneficios materiales indebidos* que establece el art. 32 CH 1993 con carácter general para todos los organismos y personas que intervengan en los procesos de adopción internacional; Por otra parte, el art. 4.d. CH 1993 desarrolla los principio recogidos en el art. 12 CDN relativo a todo asunto y procedimiento judicial o administrativo

37 La CDN sitúa en el art. 20.3 a la adopción, en plano de igualdad, junto a otras instituciones como la Kafala del derecho islámico y la colocación en hogares de guarda.

38 En especial G. Parra Aranguren, “Rapport explicatif”, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, nº 37-47; W. Duncan, “The Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption 1993. Some issues of special relevance to sending countries”, *Intercountry Adoptions: Laws and Perspectives of “Sending” Countries*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1995, p. 221

que afecte a los menores y los adapta a la adopción internacional, y prescribe, en los supuestos en los que no se requiere el consentimiento del menor, la obligación de recabar sus deseos y opiniones al respecto, los cuales deberán ser tenidos en cuenta por la autoridad competente; Además, el Convenio de La Haya de 1993 sigue la línea del art. 7 CDN en relación al derecho del niño a obtener la información relativa a sus orígenes sobre el derecho de los padres biológicos a no revelar su identidad. Al respecto, el Convenio de La Haya de 1993 precisa la Ley aplicable para determinar en qué medida el menor puede tener acceso a estas informaciones. Esta Ley es la Ley del Estado donde se conserve la información, y no cualquier otra Ley relacionada con el supuesto, ad. ex la Ley del Estado de origen o la Ley del Estado de residencia cuando no coincidan con la anterior<sup>39</sup>. Con independencia de la concreta regulación material del Estado donde se conserven, el Convenio exige que el acceso a dicha información sea siempre “con el debido asesoramiento” (art. 30.2 CH 1993).

En efecto, el concepto que aporta el CDN sobre la adopción es un buen punto de partida para coincidir en unos mínimos: la integración, con carácter permanente, en una familia, a través de la creación un vínculo de filiación, orientada al interés del adoptado. Estas características son las que debe cumplir toda institución para poder ser considerada como adopción. Dicho concepto sobre la adopción se refleja en los artículos 1, 2 y 26 del CH 1993, directamente inspirado en la CDN que muestra la necesaria orientación de la misma como institución de protección de menores (art. 20 CDN), de la cual no pueden derivarse únicamente derechos para los padres adoptivos, sino también, y principalmente, obligaciones.

#### C) Convenio centrado en la cooperación de autoridades

El mecanismo o instrumento elegido por el Convenio de La Haya de 1993 para asegurar el respeto a dichos principios y garantías es la instauración de un sistema de cooperación entre los Estados contratantes. En este sentido, el Convenio de 1993 hace efectiva la recomendación establecida en el art. 21.e CDN.

La fisonomía general del texto se corresponde con un convenio de cooperación

---

<sup>39</sup> No obstante, hay que tener en cuenta la relación entre el art. 30.2 CH 1993 y el art. 16.2.CH 1993 Aunque la Ley del Estado que conserve estas informaciones permita abiertamente el acceso del menor a los datos relativos a los padres biológicos, las autoridades del Estado de origen pueden no haber proporcionado dicha información en virtud de lo dispuesto en el art. 16.2. CH 1993.

internacional de autoridades<sup>40</sup>. No obstante, hay que reseñar que la cooperación de autoridades instaurada por el Convenio de La Haya de 1993 no es un objetivo en sí mismo, sino un instrumento para facilitar la consecución de los objetivos propuestos. En efecto, la cooperación entre las autoridades del Estado de origen y las autoridades del Estado de recepción, se mostró como el mecanismo más idóneo para asegurar el respeto a las garantías preconizadas por el Convenio y evitar todo tipo de abusos en las adopciones internacionales (art. 1.b CH 1993).

La prevención de la sustracción, venta y tráfico de menores es otro de los objetivos del Convenio de La Haya de 1993: la Organización Internacional de Policía Criminal (INTRPOL) mostró un especial interés en los trabajos preparatorios del Convenio. En la sexagésimo segunda sesión de su Asamblea General, reunida en Aruba (29 de septiembre a 5 de octubre de 1993), aprobó una Resolución para recomendar a los Estados parte de la Organización que “sin perjuicio de los principios fundamentales que rigen la adopción en algunos países, los Miembros revisen su legislación y prácticas a fin de permitirles, tan pronto como sea posible, convertirse en Parte de la Convención de La Haya sobre Protección de Niños y Cooperación respecto a la Adopción Internacional, y para introducir cuando fuere necesario, normas penales que complementen las disposiciones contenidas en la Convención de La Haya”.

La prevención de la sustracción, venta y tráfico de menores, se muestra como una consecuencia del funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993. En este sentido, se dice que se trata de un *objetivo indirecto*, en tanto que se espera que el cumplimiento de las disposiciones convencionales traiga consigo la eliminación de tales abusos<sup>41</sup>. En efecto, el cumplimiento de las garantías convencionales actúa como un *mecanismo preventivo* de las actividades ilícitas que han rodeado a la adopción internacional.

En líneas generales, el modelo de cooperación construido por el Convenio de La Haya de 1993 se basa, en un primer momento, en la distribución, entre el Estado de

---

40 Vid en especial N. Meyer-Fabre, “La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *RCDIP*, 1994 n°2, p. 263; C. González Beilfuss, “La entrada en vigor en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”, *REDI*, vol. XLVII (1995-2), p. 485

41 Vid G. Parra-Aranguren, “La Convención de La Haya de 1993 sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional”, *Boletín de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Educación a Distancia)*, núm. 6, 1994, p. 160

origen y el Estado de recepción, de concretas funciones y responsabilidades integrantes de un procedimiento de instrucción previo a la constitución de la adopción internacional, así como en el intercambio de documentos referidos a los sujetos de la adopción y otras informaciones recíprocas de carácter general (arts. 4-5, 14-16 CH 1993). Posteriormente, el sistema de cooperación de autoridades llega a requerir un *acuerdo final* de las autoridades de ambos Estados como condición sin la cual el proceso de adopción no puede entrar en la fase de constitución, no regulada en el Convenio de La Haya de 1993 (art. 17 CH 1993).

Además, la cooperación se articula sobre la figura de las Autoridades Centrales nombradas por cada uno de los Estados contratantes (art. 6 CH 1993). No obstante, el propio Convenio de La Haya de 1993 posibilita la delegación de la mayoría de las funciones inicialmente asignadas a estas Autoridades Centrales a otras autoridades públicas, organismos privados acreditados e, incluso, a otras personas u organismos no acreditados (art. 22 CH 1993).

D) Establecimiento de un sistema privilegiado de reconocimiento de las adopciones consideradas por el Convenio de La Haya de 1993

El siguiente objetivo del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 se centra en la fase posterior a la constitución de la adopción. El sistema de cooperación previsto se preocupa por impedir la constitución de adopciones claudicantes. En este sentido, el Convenio de La Haya de 1993 pretende que pierda importancia el hecho de que la adopción se formalice en el Estado de origen o en el Estado de recepción, y ello posibilita la instauración de un sistema de reconocimiento de privilegiado de las adopciones así constituidas (art. 1.c CH 1993)<sup>42</sup>.

Este objetivo supone dotar de una importante *utilidad práctica* al Convenio de La Haya de 1993, puesto que toda adopción internacional llevada a cabo según las pautas establecidas en el mismo, *será reconocida de pleno derecho* en los demás Estados parte cuando la adopción haya sido certificada en conformidad con el Convenio (art. 23.1 CH de 1993), sin necesidad de ulteriores procedimientos

---

42 En especial N. Meyer-Fabre, "La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale", RCDIP, 1994 n°2, p. 264; R. Frank, "The Recognition of Intercountry Adoptions in the Light of the 1993 Hague Convention on Intercountry Adoptions", en N. Lowe y G. Douglass (Eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 591-604; I. Barrière-Brousse, "L'enfant et les conventions internationales", *Journ. dr. int.*, 1996, p. 871; M. Guzmán Zapater, "Adopción internacional: ¿cuánto queda del Derecho Internacional Privado clásico?", *Mundialización y familia*, A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (Eds.), COLEX 2001, pp. 88-102

destinados a obtener la eficacia extraterritorial de la adopción internacional. Sólo puede denegarse el reconocimiento de la adopción internacional certificada según Convenio en los supuestos previstos en los arts. 24 y 25 CH 1993.

Por otra parte, establece reglas especiales para determinar algunos de los *efectos* derivados del nuevo vínculo de filiación creado en virtud de la adopción. Esta previsión beneficia al menor, pues el Convenio de La Haya de 1993 garantiza la continuidad en el espacio, en todos los demás Estados contratantes, de parte del estatuto jurídico de adoptado, con un contenido similar en todos los Estados contratantes (art. 26 CH 1993).

Ambas cuestiones, validez extraterritorial y efectos de la adopción, son cuestiones propias del Derecho Internacional Privado. La regulación convencional desplaza, en estos aspectos, a las distintas regulaciones de los Estados contratantes.

E) Regulación parcial del fenómeno jurídico de la adopción internacional: la falta de regulación de algunas cuestiones “clásicas” del Derecho Internacional Privado

Como se ha señalado anteriormente, la intención de este Convenio de La Haya de 1993 se centra en establecer mecanismos de protección de los intereses de los menores que son desplazados de uno a otro Estado con fines de adopción, siendo imprescindible para asegurar una mínima *utilidad práctica* la participación, y ratificación, por parte del mayor número de Estados. Desde esta óptica, pretender una armonización de las normas de competencia judicial internacional y de las normas que resuelven los conflictos de leyes, se vio inapropiado para alcanzar los objetivos propuestos<sup>43</sup>. La justificación de este abandono merece, sin embargo, ser comentada:

Algunos autores afirman la inadecuación de una regulación convencional destinada a solucionar los conflictos de jurisdicciones y los conflictos de leyes, por no adaptarse suficientemente a los nuevos problemas planteados por la adopción internacional<sup>44</sup>. En efecto, la instauración de un sistema de cooperación de autoridades es un mecanismo a todas luces apropiado para velar por el

---

43 N. Meyer-Fabre, “La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *RCDIP*, 1994 n°2, pp. 263-264

cumplimiento del interés del menor en los procesos de adopción internacional. Sin embargo, la pretensión de elaborar un convenio centrado en la cooperación de autoridades no implica, por sí mismo, el abandono de las cuestiones denominadas “clásicas” del Derecho Internacional Privado. Ambas cuestiones son compatibles en un mismo convenio dedicado a regular una institución que comparte una doble naturaleza: jurídico-pública, como institución de protección del menor, y jurídico-privada, como institución propia del Derecho de familia, en virtud de la cual nace un vínculo de filiación el adoptante y adoptado.

No obstante, otra justificación más fundada puede ser aducida demostrando que la tesis precedente es errónea. El abandono definitivo de estas cuestiones pretende evitar el importante *esfuerzo conciliador* que requieren<sup>45</sup>. En efecto, las diferencias en las soluciones materiales y de Derecho Internacional Privado presentes en los diversos ordenamientos y el fracaso del Convenio de La Haya de 1965 y del Convenio de La Paz de 1984 llevaron a descartar, deliberadamente, de las negociaciones la mayoría de estas cuestiones. Como señala W. Duncan, los países de origen de los menores suelen reivindicar la aplicación de la Ley personal del menor a los requisitos de la adopción, y en muchos de estos ordenamientos se exige que la adopción sea constituida en el Estado de residencia del menor antes de permitir la salida del menor hacia el Estado de recepción. Por otra parte, muchos de los Estados de recepción se decantan por la aplicación de la Ley personal del adoptante o por la *Lex fori*, y afirman la competencia de sus tribunales para constituir la adopción<sup>46</sup>.

A la vista de lo anterior, se prefirió propiciar una ratificación numerosa que posibilitase la puesta en práctica del sistema de cooperación de autoridades entre Estados de origen y Estados de recepción. En este sentido se puede afirmar que el

---

44 Entre otros, A. Ortiz-Arce de la Fuente y P.P. Miralles Sangro, “El tratamiento de los menores en el Derecho Internacional Privado español”, *Problemas candentes en los procesos de familia*, Madrid, Dykinson, 1995, pp. 49 y ss.; A. Borrás Rodríguez: El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional privado. (Discurs d’ingrés Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, 1993), *RJC*, 1994, pp. 933; E. Fernández Masía, “Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España”, *Actualidad Civil*, 1998, nº 19, pp.429 y ss

45. E. POISSON-DROCOURT, entiende que no abordar los problemas de conflicto de leyes y jurisdicciones se debe a la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre estas cuestiones. Vid E. POISSON-DROCOURT, “L’entrée en vigueur de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *JDI*, 1999-3, pp. 708

46. Vid al respecto W. DUNCAN, “Conflict and Co-operation. The Approach to Conflicts of Law in the 1993 Convention Hague Convention on Intercountry Adoption”, en N. LOWE Y G. DOUGLAS (Eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 580-581

Convenio de La Haya de 1993 denota una “*escasa sensibilidad de Derecho Internacional Privado*” al no regular dichas cuestiones. Sin duda alguna, el “conflicto de civilizaciones” que subyace en las diferentes regulaciones materiales y de Derecho Internacional Privado presentes en el panorama mundial, dificulta la concertación de convenios multilaterales destinados a unificar estas cuestiones. Sin embargo, aunque el Convenio de La Haya de 1993 no aborde la reglamentación directa de estas materias, la importancia de la determinación de la competencia de autoridades para constituir toda adopción internacional y de la ley aplicable a los requisitos y efectos de la misma, no pueden ser minimizadas ni ignoradas.

La no regulación de estas cuestiones por el Convenio de La Haya de 1993 no significa que esta fase no deba ser cumplida, o que pierda relevancia, pues la adopción continúa siendo, también, un negocio jurídico propio del Derecho privado, dependiendo su constitución, no sólo de la aplicación de las normas del Convenio de La Haya de 1993, sino asimismo de la concurrencia de los requisitos exigidos en las normas de Derecho Internacional Privado del Estado en el que se constituye, teniendo el juez u otra autoridad competente, en todo caso, la potestad de decidir sobre la constitución de la adopción propuesta<sup>47</sup>. Estas cuestiones, simplemente, no son objeto de regulación por parte del Convenio de La Haya de 1993. Por consiguiente, los conflictos de Leyes y de jurisdicciones deberán ser resueltas en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado de cada Estado.

Al presentar el Convenio de La Haya de 1993 este carácter parcial en la regulación de la adopción internacional, aparece una de las principales dificultades de las adopciones internacionales consideradas por el Convenio de La Haya de 1993: las relaciones existentes entre el *procedimiento administrativo previo* regulado por el Convenio de La Haya de 1993, de carácter preparatorio de la decisión judicial, y la *decisión judicial* misma que constituye la adopción según las normas de Derecho Internacional Privado de cada Estado contratante. En virtud de esta *regulación parcial* de la adopción internacional que contempla este Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación de autoridades en materia de adopción internacional de 29 mayo 1993, la fase administrativa de génesis

---

47. En contra M. Guzmán Zapater, quien afirma una “desconflictualización” y “desjudicialización” de la adopción internacional regulada por el Convenio de La Haya de 1993. Vid M. Guzmán Zapater, “Adopción internacional: ¿cuánto queda del Derecho Internacional Privado clásico?”, *Mundialización y familia*, A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (Eds.), COLEX 2001, pp. 83-120

convencional se configura como una *etapa previa, de obligado cumplimiento, que no incluye la decisión final, normalmente judicial, sobre la constitución de la adopción.*

Debe, sin embargo, ser aclarado que no es un objetivo del Convenio de La Haya de 1993 fomentar o facilitar la constitución de las adopciones internacionales<sup>48</sup>. En efecto, el Convenio de La Haya de 1993 no impone a los Estados contratantes la constitución de adopciones que no cumplan con las normas aplicables en su Estado o que sean consideradas inapropiadas. La esencia del Convenio de La Haya de 1993 radica en asegurar, al máximo, que las adopciones finalmente constituidas hayan sido tramitadas teniendo en cuenta las garantías que supone la aplicación del procedimiento convencional. En palabras de E. Poisson-Drocourt, el objetivo esencial del Convenio es el de moralizar la adopción<sup>49</sup>.

#### F) Regulación material con carácter de mínimos

Otra de las características del “enfoque novedoso” del Convenio de La Haya de 1993, se refiere a las técnicas de reglamentación. En efecto, N. Meyer-Fabre ha puesto de manifiesto que el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 tiene por objeto definir, mediante *normas materiales*, los principios y las condiciones mínimas que deben ser respetadas en todo *proyecto de adopción*<sup>50</sup>. En este sentido, el Convenio de La Haya de 1993 ha sido caracterizado de “Convenio marco”<sup>51</sup>, pues se limita a trazar las líneas generales de actuación y de organización institucional, pero sin que se desprenda la necesidad de que los Estados contratantes renuncien o modifiquen los principios rectores en su ordenamiento en relación a la adopción internacional.

---

48. Esto ha sido puesto de relieve por parte de la doctrina, entre otros: S. Álvarez González: “Adopción internacional y sociedad multicultural”, en *Cursos de derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, 1998, p. 194; E. Poisson-Drocourt, “L’entrée en vigueur de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *JDI*, 1999-3, p. 730; W. DUNCAN, “The Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption 1993. Some issues of special relevance to sending countries”, *Intercountry Adoptions: Laws and Perspectives of “Sending” Countries*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1995, p. 218.

49. E. Poisson-Drocourt, “L’entrée en vigueur de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *JDI*, 1999-3, p. 730

50. N. Meyer-Fabre, “La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *RCDIP*, 1994 n°2, p. 263

51. En especial C. González Beilfuss, “La entrada en vigor en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”, *REDI*, vol. XLVII (1995-2), p. 315

Como Convenio marco, se establecen unas normas mínimas relativas al procedimiento administrativo de instrucción y a la organización institucional necesaria para llevar a cabo dicho procedimiento. Para la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1993, se requiere que cada uno de los Estados contratantes promulguen normas que desarrollen las disposiciones convencionales relativas a la organización institucional que propone y a las distintas fases que forman el proceso de instrucción convencional. Algunos Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1993 han modificado recientemente las normas aplicables a la adopción internacional para adaptar su normativa a este Convenio. Es el caso de España: expresamente la exposición de motivos LOPJM se refiere a la ratificación del Convenio de La Haya de 1993 como uno de los argumentos que motivan la promulgación de la norma<sup>52</sup>, en el mismo sentido se expresan la práctica totalidad de los preámbulos y exposiciones de motivos las más recientes Leyes y Decretos de las Comunidades Autónomas que regulan cuestiones relacionadas con la adopción internacional. También responde a la finalidad de hacer compatible la legislación nacional con el Convenio de La Haya de 1993 la reforma del Título III de la Ley de adopción italiana (Ley 184/1983) por parte de la Ley 476/1998, de 31 diciembre 1998<sup>53</sup>, y la Ley francesa nº 2001-111, de 16 febrero, relativa a la adopción internacional y su antecedente inmediato, la Circular de 16 febrero 1999, también tienen una evidente inspiración en el Convenio de La Haya de 1993<sup>54</sup>.

No obstante, la amplitud y flexibilidad con que se formulan las normas convencionales también propicia un *acoplamiento* de la organización ya existente en los diversos Estados.

---

52. La necesidad de que en España se promulguen normas que posibiliten una correcta aplicación del Convenio por parte de las autoridades españolas ha sido destacado por C. González Beilfuss, "La entrada en vigor en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", *REDI*, vol. XLVII (1995-2), p. 485

53. En este sentido G. Facci, *Diritto Internazionale Privato*, CEDAM, 2000, p. 95; T. Ballarino, *Diritto Internazionale Privato*, terza edizione, Padova, CEDAM, 1999, p. 472

54. En especial J. Foyer, "La lente gestation d'une règle jurisprudentielle: la loi applicable à l'adoption internationale", en *Mélanges offerts à Pierre Drat*, 2000, Dalloz, p. 559 y ss; F. Monéger, "Le Parlement à la recherche d'une règle de conflit de lois en matière d'adoption internationale", *JCP* 1996, Actualités nº 9; E. Guigou, "Circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale", *RCDIP*, t. 88, 1999-3, pp. 586-604; F. Monéger, *Mise au point du ministère de la Justice en matière d'adoption internationale*, *JCP* 1999, Actualité p. 837; M.P. Diago Diago, "La Ley francesa número 2001-111, de 16 de febrero, relativa a la adopción internacional", *REDI*, vol. LIII, 2001, pp. 736-739; P. Lagarde, "La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification", *RCDIP*, 2001-2, pp. 275-300; H. Muir Watt, "La loi nationale de l'enfant comme métaphore: le nouveau régime législatif de l'adoption internationale", *JDI*, 2001-4, pp. 995-1031; H. Muir watt, "Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à la adoption internationale", *RCDIP*, 1999-3, pp. 469-492

Por tanto cada Estado desarrolla o adapta, según sus propias criterios, las disposiciones convencionales. Sin embargo las dificultades para la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 es manifiesta. El propio Convenio de 1993, en su art. 42, atiende a esta dificultad, y prevé que el Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado convoque Comisiones Especiales a intervalos regulares para examinar el funcionamiento práctico del Convenio. En cumplimiento de esta disposición se han celebrado dos Comisiones Especiales, la primera del 17 al 21 de octubre de 1994, antes de la entrada en vigor del mismo, y la segunda del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2000<sup>55</sup>.

Por otra parte, el Convenio de La Haya de 1993 también aborda algunas de las cuestiones de fondo o requisitos materiales que deben concurrir para que proceda la constitución de toda adopción internacional considerada por el Convenio. Parte de la doctrina pone de manifiesto que el objetivo del Convenio de La Haya de 1993 de abandonar el método conflictual para solucionar los problemas derivados de la internacionalización de la adopción, implica la necesidad de acudir a *otros métodos de reglamentación* capaces de satisfacer las insalvables diferencias presentes en los diversos ordenamientos jurídicos<sup>56</sup>. Sin embargo, esto no es cierto: aunque el Convenio de La Haya de 1993 propone una suerte de resultados materiales a concretar por los ordenamientos vinculados por un concreto proceso de adopción, el propio sistema de reglamentación material mínima que instaura el Convenio de La Haya de 1993 hace “revivir” al método conflictual, sin que haya sido posible encontrar otras técnicas normativas que sustituyan, por completo, al método conflictual clásico.

En este sentido, es preciso aclarar que no es objetivo del Convenio de La Haya de 1993 crear un marco normativo único para las adopciones internacionales. En efecto, la regulación convencional sólo presenta un *carácter de mínimos*. Por un lado acoge fórmulas abiertas e imprecisas para señalar los requisitos sustantivos mínimos que deben concurrir en toda adopción internacional, y por otro, los

---

55. Las conclusiones de ambas se pueden consultar en <http://www.hcch.net/f/conventions/menu33f.html>, Además, vid al respecto A. Borrás Rodríguez, “Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 sobre cooperación internacional en materia de adopción (17-21 de octubre de 1994)”, *REDI*, vol. XLVI (1994) 2, pp. 908-912; A. Borrás Rodríguez, “Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: reunión de la Comisión especial sobre la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional (La Haya, 28 de noviembre a 1º de diciembre de 2000)”, *REDI*, vol. LII (2000) 2, pp. 653-659.

56. En especial H. Muir Watt, “La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *Travaux du Comité Français de DIPr*, Années 1993/1995, pp. 49-63

Estados contratantes son libres para exigir el cumplimiento de otros requisitos exigidos por su ordenamiento, incluso cuando la adopción no se constituye ante sus autoridades, sino ante las autoridades del otro Estado especialmente implicado en el proceso de adopción. Como pone de manifiesto A. Borrás Rodríguez, el Convenio de La Haya de 1993 no pretende, por tanto, unificar las normas materiales reguladoras de la adopción internacional<sup>57</sup>. Simplemente recoge unas consideraciones mínimas que responden a los puntos comunes de los diversos ordenamientos, con la intención de propiciar el mayor número posible de ratificaciones<sup>58</sup>. Se trata, pues, de cuestiones sustantivas aceptadas por toda la comunidad internacional, fiel reflejo del objetivo convencional de seguir los principios inspiradores de la adopción internacional preconizados por la CDN<sup>59</sup>.

Siguiendo estas premisas<sup>60</sup>, en la Décimo Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya de derecho Internacional Privado se reunieron no sólo los Estados Miembros sino también treinta y un Estados No Miembros y dieciocho organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales<sup>61</sup>.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993

Para delimitar los supuestos en los que el Convenio de La Haya de 1993 resulta aplicable es preciso analizar separadamente los distintos ámbitos que los conforman:

---

57. A. Borrás Rodríguez, "Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del Menor", en Fernández Rozas (Coord.), *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado*, Consejo general del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho judicial (I), 1997, pp. 173-174; En contra, M.T. Martínez Fandos y A.I. Gimeno Ferrer, "Tan difícil resulta adoptar en nuestro país? La adopción más allá de nuestras fronteras", *La Ley*, 1997-I, D-27, p. 1927

58. En este sentido B. Sturlèse, "La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale", *JCP*, I, 1993, p. 429

59. Vid en especial A. Bucher, "La famille en droit international privé", *RCADI*, vol. 283, 2000, pp. 78-86

60. J.H.A. van Loon señala que el Convenio de La Haya de 1993, en muchos aspectos, es un instrumento novedoso, difícil de encuadrar dentro de uno de la tipología entre las que se enmarcan los Convenios ya existentes. Lo considera un instrumento "multidimensional", en el que confluyen aspectos propios de los instrumentos de Derechos humanos, de Derecho Internacional Privado, y de cooperación de autoridades. Vid las consideraciones recogidas en J.H.A. Van Loon, "International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption", *RCADI*, 1993-VII, pp. 335-338.

61. La participación de la delegación española puede ser consultada en C. Bas Short, "Participación de España en la Decimoséptima sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado", *REDI*, vol. XLVIII (1996-1), pp. 471-473;

## 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL

El Convenio de La Haya de 1993 es un Convenio *inter partes*, por lo que sólo se aplica en aquellos supuestos de adopciones constituidas en alguno de los Estados contratantes que pretende ser reconocida en otro u otros Estados parte del Convenio. A fecha de diciembre de 2002, son Estados contratantes<sup>62</sup>: Albania, Alemania, Andorra, Australia, Austria, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Canadá, Chile, Chipre, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Mauricio, México, Moldova, Mónaco, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, República Checa, Rumania, Sri Lanka, Suecia, Suiza y Venezuela. El aumento de los Estados parte en este Convenio es constante. Además ha sido firmado, sin que haya sido ratificado aún, por Uruguay, Reino Unido, Estados Unidos de América, Irlanda, Bielorusia, Portugal, Bélgica, Federación Rusa, China y Turquía.

Como se puede observar, son parte del mismo, tanto Estados considerados “de origen” de los menores como “Estados de recepción”. Esto supone, además de un gran éxito de ratificaciones y adhesiones, asegurar una efectiva puesta en práctica de los objetivos convencionales.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

El Convenio de La Haya de 1993 delimita su ámbito de aplicación material en función de dos variables (art. 2 CH 1993): 1. el desplazamiento transfronterizo de un menor entre dos Estados contratantes, y 2. la institución adoptiva. Al respecto es necesario realizar los siguientes comentarios<sup>63</sup>:

### A) El desplazamiento de un menor.

El Convenio de La Haya de 1993 se aplica cuando un menor se desplaza entre

---

62. Los Estados contratantes y firmantes se pueden consultar en <http://www.hcch.net> para mantenerse actualizados.

63. Art. 2.1 CH 1993 “El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.” 2. “El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación”.

dos Estados contratantes. La finalidad de dicho desplazamiento debe estar relacionada con una adopción internacional, presente o futura:

a) Será futura cuando el menor sea desplazado hacia el Estado de recepción antes de constituir la adopción. Esta futura adopción, para que sea aplicable el Convenio de La Haya de 1993, sólo puede tener lugar bien en el propio Estado de recepción o bien en el Estado de origen. Esta previsión convencional implica que el Convenio de La Haya de 1993 es aplicable no sólo a los supuestos en los que finalmente se constituya la adopción, sino también cuando se traslada a un menor sin que finalmente se constituya la adopción proyectada (vid art. 21 CH 1993).

b) Será presente, cuando el desplazamiento tenga lugar tras la constitución de la adopción. Sin embargo, según el tenor literal del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, sólo contempla el supuesto de desplazamiento del menor ya adoptado cuando la adopción ha sido constituida en el *Estado de origen*, no cuando el desplazamiento del menor tiene lugar tras haber sido constituida la adopción en el Estado de recepción. No obstante no parece que se excluya del ámbito de aplicación del Convenio éste último supuesto, sino que es más bien un error de redacción. En efecto, el Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1993 al referirse a los supuestos a los que se aplica el Convenio, incluye aquellos casos en los que la adopción se constituye en el Estado de recepción antes del desplazamiento del menor<sup>64</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Convenio de La Haya de 1993 no se refiere a todos los supuestos que pueden ser calificados como adopción internacional. Sólo se aplica, en función de la exigencia de *desplazamiento* del adoptando, o ya adoptado, desde el Estado de su residencia habitual (Estado de origen) hacia el Estado de la residencia habitual del adoptante (Estado de recepción), a las *adopciones transnacionales*. No obstante la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 a las adopciones transnacionales, la referencia constante, tanto en el Título del Convenio de 1993 como en el articulado del mismo, a la “adopción internacional”, es consecuencia de la traducción literal de los términos expresados en uno de los idiomas oficiales de la Conferencia de la Haya: la expresión francesa “adoption internationale”. El texto aprobado en lengua inglesa utiliza los términos “intercountry adoption”. Esta denominación parece más acertada, por ser más acorde con el objeto de regulación del Convenio de La Haya de 1993. Sin embargo, la expresión francesa “adoption transnationale” fue rechazada debido a las

---

64. Vid G. Parra Aranguren, “Rapport explicatif”, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conference de La Haye de droit international privé, 1994, n° 74.

connotaciones mercantilistas de la misma. Se propusieron otras soluciones: “adoption sur le plan international”, “adoption transfrontière”, “adoption interétatique” y “adoption internationale”. Finalmente se aprobó la propuesta “adoption internationale”, puesto que, si bien no resulta enteramente satisfactoria, tiene a su favor la tradición y el que no exista una alternativa mejor<sup>65</sup>. Es decir, no cubre otros supuestos de adopción internacional cuyo elemento de extranjería no sea la residencia de los sujetos de la adopción en distintos Estados contratantes. En concreto, no se aplica el Convenio de La Haya de 1993 a las adopciones internacionales en las que los sujetos de la misma son nacionales de distintos Estados contratantes pero residen en el mismo Estado contratante.

- *Caso*: un matrimonio francés residente en Francia pretende adoptar a un menor de nacionalidad chilena residente en Francia. El Convenio de La Haya de 1993 no se aplica a este supuesto de adopción internacional, pues la adopción no implica, por si misma, el desplazamiento transfronterizo del menor. Una vez constituida la adopción en Francia, ésta no se beneficia, en Chile ni en ningún otro Estado contratante, del régimen privilegiado de reconocimiento que establece el Convenio, a pesar de que ambos Estados son parte del Convenio de La Haya de 1993.

- *Caso*: un sujeto alemán residente en Alemania solicita adoptar a un menor venezolano residente en Venezuela. Este supuesto entra en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993, ya que la adopción proyectada implica el desplazamiento del menor desde Venezuela hacia Alemania.

Acotar su aplicación a las “adopciones transnacionales” se justifica por las circunstancias que dieron lugar al nacimiento del Convenio de La Haya de 1993. En efecto, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, esta modalidad de adopción internacional experimentó un espectacular aumento desde finales de los años sesenta, suscitando problemas humanos serios y complejos, que plantearon numerosas cuestiones jurídicas debido a la insuficiencia de las normas nacionales e internacionales existentes. Estas mismas circunstancias impulsaron la especial consideración de esta modalidad de adopción internacional por la CDN.

De este modo, el núcleo central del Convenio de La Haya de 1993 pretende instaurar un sistema de cooperación y un reparto de funciones entre los Estados que

---

65. Vid sobre las dificultades de orden terminológico J.H.A. van Loon, “Rapport sur l’adoption d’enfants originaires de l’étranger. Document préliminaire 1 d’avril 1990”, *Actes et documents de la Dix-septième session*, Tome II, Conference de La Haye de droit international privé, 1994, pp. 36-37.

participan en el *desplazamiento* del menor: el Estado de su residencia habitual y el Estado donde presumiblemente va a residir con su nueva familia. Con este sistema se pretende, además de asegurar el reconocimiento de la adopción en los Estados contratantes y otros objetivos comunes a toda adopción como la consideración primordial del interés superior del menor, prevenir la sustracción, venta o tráfico de niños. En efecto, estas deplorables prácticas han aflorado especialmente en la adopción transnacional, provocando una importante desconfianza hacia la adopción transfronteriza<sup>66</sup>.

#### B) Adopciones a las que se aplica el Convenio de La Haya de 1993

El art. 2.2 CH 1993 establece la aplicación del Convenio a las adopciones que establecen un *vínculo de filiación*. Con esta formulación, el Convenio define a la institución adoptiva por referencia, solamente, a su efecto jurídico principal. Esta sumariedad en la determinación de su ámbito de aplicación material resuelve, sin embargo, importantes cuestiones<sup>67</sup>:

a) Es indiferente, a la hora de determinar la aplicación del Convenio de La Haya de 1993, otros efectos que se deriven de la adopción. En efecto, el Convenio de 1993 se aplica tanto a las adopciones que rompen los vínculos de filiación preexistentes entre el adoptado y sus padres biológicos (adopciones plenas), como a las adopciones en las que persisten algunos de estos vínculos (adopciones simples o menos plenas). Asimismo se aplica a las adopciones revocables como a las irrevocables<sup>68</sup>.

b) *Sensu contrario*, el Convenio de La Haya de 1993 no se aplica, por tanto, a otras instituciones, que independientemente de su nomen iuris, no conlleven el

66. Vid en especial M.V. Cuartero Rubio: "Adopción internacional y tráfico de niños", BIMJ, año LIII, 1 marzo 1999, n° 1840, pp. 405-418; B. Trillat y S. Nablingel, "Adoption internationale et trafics d'enfants: mythes et réalités", *Rev. int. de police criminelle*, Interpol, n° 428, 1991; H. Muir-Watt, "L'adoption d'enfants étrangers, regards sur l'évolution récente de la jurisprudence française", en *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Paris, 1993, LGDJ, pp. 147 y ss; J.H.A. van Loon, "Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger. Document préliminaire 1 d'avril 1990", *Actes et documents de la Dix-septième session*, Tome II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, p. 24

67. N. Meyer-Fabre, "La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale", *RCDIP*, 1994 n°2, pp. 264-265; E. Poisson-Drocourt, "L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale", *JDI*, 1999-3, pp. 711.

68. Algunos Estados manifestaron su preferencia por la aplicación del Convenio únicamente a las adopciones plenas irrevocables. Sin embargo se puso de manifiesto la convenciencia de posibilitar la aplicación del Convenio a las adopciones simples. Con esta amplitud en el ámbito de aplicación se hizo necesario abordar, al menos parcialmente, la determinación de los efectos que producen las

nacimiento de vínculo de filiación alguno entre el adoptado y los padres adoptivos. Especial referencia merece la Kafala, institución propia de los ordenamientos musulmanes que no crea ningún vínculo nuevo de filiación, por lo que queda excluida del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993.

c) El Convenio de La Haya de 1993 se aplica tanto a las adopciones constituidas ante una autoridad judicial o administrativa como a aquellas adopciones que son fruto del acuerdo entre particulares, bajo la supervisión de un autoridad administrativa o judicial o, incluso, sin que esté prevista ningún tipo de supervisión<sup>69</sup>.

### 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL

El Convenio de La Haya de 1993 limita su ámbito de aplicación a los casos en los que los sujetos de la adopción proyectada o constituida cumplan con una serie de requisitos:

A) Residencia habitual de los sujetos de la adopción en Estados contratantes.

El Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 exige para su aplicación, que adoptante y adoptando tengan su *residencia habitual* en alguno de los Estados contratantes (art.2.1 CH 1993). Además establece como condición para su aplicación que los sujetos de la adopción residan habitualmente Estados contratantes distintos. *Sensu contrario*, el Convenio de La Haya de 1993 no se aplica a aquellas adopciones internacionales en las que adoptante o adoptando tenga su residencia habitual en un Estado no contratante, ni a aquellas otras en las que adoptante y adoptando sean nacionales de distintos Estados contratantes pero residan en el mismo Estado. La nacionalidad de los sujetos es indiferente a la hora de determinar la sujeción de un supuesto de adopción internacional al Convenio de La Haya de 1993<sup>70</sup>.

---

adopciones internacionales constituidas en virtud del Convenio en los diversos Estados contratantes, en los cuales, pueden estar reguladas las adopciones simples, las adopciones plenas o ambas.

69. J.H.A. Van Loon, "International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption", *RCADI*, 1993-VII, p. 348

70. No obstante, en el Informe Parra Aranguren se recuerda que, si bien la nacionalidad de las partes no debe erigirse en un obstáculo para las adopciones internacionales, puede ser uno de los elementos, junto a otras características personales, a tener en cuenta por el Estado de origen y el Estado de recepción antes de aceptar que se siga con el procedimiento de adopción, de acuerdo con lo que establece el apartado c del art. 17 CH 1993. G. Parra Aranguren, "Rapport explicatif", *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conference de La Haye de droit international privé, 1994, nº 71

- *Caso*: un matrimonio de nacionalidad rumana residente en España pretende adoptar a un menor rumano residente en Rumania. El Convenio de La Haya de 1993 es aplicable a este supuesto, pues el Convenio determina su ámbito de aplicación personal en función de la residencia habitual de los sujetos, siendo indiferente que sean de la misma o distinta nacionalidad.

Por otra parte, el Convenio de La Haya de 1993 aclara en su art. 38, que no se aplica en aquellos supuestos en los que adoptante y adoptando residen en distintas unidades territoriales de un mismo Estado con normas propias en materia de adopción. Por tanto, el Convenio de La Haya de 1993 no se aplica a los eventuales casos de “adopción transregional” que puedan suscitarse en Estados compuestos.

- *Caso*: un menor de nacionalidad marroquí residente en Madrid pretende ser adoptado por un matrimonio de vecindad civil catalana residentes en Barcelona. Este supuesto se rige por las normas de producción interna de Derecho Internacional Privado y Derecho interregional.

Con la consagración del criterio de la *residencia habitual*, el Convenio de La Haya de 1993 pretende que exista una vinculación *actual y efectiva* de adoptante y adoptando con las autoridades de los Estados implicados. En efecto, para favorecer las labores de información que llevan a cabo las Autoridades de cada Estado, en especial la preparación de los informes requeridos por los arts. 15 y 16, es acertado prescindir de los criterios *nacionalidad o domicilio*, y acoger el de la *residencia habitual*.

El Convenio de La Haya de 1993, al igual que otros Convenios elaborados por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, no define lo que ha de entenderse por residencia habitual. Sin embargo es comúnmente aceptado que se trata de un *concepto propio* de los Convenios elaborados por la Conferencia de La Haya, entendiéndose por tal el lugar que se corresponde con el centro de vida de los sujetos<sup>71</sup>. Aunque es cierto que la residencia habitual es fácilmente mutable a voluntad de los sujetos, los exhaustivos informes que exige el Convenio, tienden a asegurar la idoneidad de la adopción y merman, en gran medida, las posibles actuaciones fraudulentas. Sin embargo, la facilidad en el cambio de residencia supone una *vía de escape* a la aplicación del Convenio de La Haya de 1993. En efecto, es suficiente establecer la residencia de uno de los sujetos de la adopción en un Estado no contratante para que el Convenio de 1993 no sea aplicable *forum*

---

71. Vid por todos J.H.A. Van Loon, “International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption”, *RCADI*, 1993-VII, p. 346; M. Aguilar Benitez de Lugo, “La familia en los Convenios de la Haya”, *REDI* vol. XLV-1993, p. 19.

*schopping*). Además, tampoco sería aplicable el Convenio de La Haya de 1993 cuando el cambio de residencia habitual se produce entre Estados contratantes, siempre que coincidan en un único Estado contratante, la residencia del adoptando y la residencia del adoptante.

No obstante, en la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 2000, se ha puesto de manifiesto que las autoridades de los Estados contratantes deben precisar si los sujetos de la adopción tienen o no residencia habitual dentro de sus fronteras en virtud de las posibilidades reales de cumplir las previsiones convencionales previstas en los arts. 4 y 5<sup>72</sup>.

El momento en el cual deben tener su residencia en un Estado contratante el adoptando y los adoptantes viene asimismo previsto en el Convenio de La Haya de 1993, solucionando, de este modo, los eventuales problemas de *conflicto móvil* para determinar la aplicación del Convenio: el adoptante debe tener su residencia habitual en un Estado contratante al tiempo de presentar la solicitud de adopción (art. 14 CH 1993), este Estado será considerado como el “Estado de recepción” a los efectos del Convenio de La Haya de 1993. Por otra parte, el adoptando debe residir en un Estado contratante cuando la Autoridad Central del Estado en el que reside elabore el informe previsto en el art. 16. CH 1993, éste será considerado como el “Estado de origen”. Estas previsiones tienen como consecuencia la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 a los supuestos en que el adoptando o los adoptantes cambian su residencia a otro Estado contratante durante el curso del procedimiento<sup>73</sup>.

Por tanto, siguiendo a J.H.A. van Loon, la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 dependerá de los siguientes parámetros<sup>74</sup>: 1) quién traslade su residencia, el menor o el adoptante; 2) dónde traslade su residencia, a otro Estado contratante o a un Estado no contratante; 3) y si el cambio de residencia se ha producido antes o después del momento jurídicamente relevante fijado por el Convenio.

---

72. Vid al respecto Bureau permanent, “Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale 28 novembre au 1er décembre 2000”, <http://www.hcch.net>/f/conventions/menu33f.html>

73. Así los aclara el Informe explicativo del Convenio, G. Parra Aranguren, “Rapport explicatif”, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, n° 76

74. J.H.A. Van Loon, “International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption”, *RCADI*, 1993-VII, p. 346-347

- *Caso*: un sujeto residente en Andorra solicita ante la Autoridad Central andorrana la constitución de una adopción internacional. Posteriormente traslada su residencia habitual a España. El Convenio de La Haya de 1993 resulta asimismo aplicable. Las autoridades competentes para realizar las funciones previstas en el Convenio de La Haya de 1993 son las de la residencia habitual del adoptante en el momento de presentar la solicitud (art. 14 CH 1993) (las autoridades andorranas), no las de su nueva residencia habitual.

- *Caso*: un menor residente en Filipinas ha sido declarado adoptable por las autoridades competentes de aquél país. Sin embargo, antes de que la Autoridad Central filipina haya elaborado el informe al que se refiere el art. 16 CH 1993, el menor establece su residencia habitual en un tercer Estado no contratante. En este caso, el Convenio de La Haya de 1993 no es aplicable.

- *Caso*: Un matrimonio estadounidense con residencia habitual en Madrid presenta una solicitud de adopción internacional ante la Autoridad Central madrileña. Posteriormente, trasladan su residencia a Estados Unidos sin que haya finalizado el proceso de adopción. El Convenio de La Haya de 1993 no continúa siendo aplicable, pues el futuro desplazamiento del menor no será a un Estado contratante.

Sin embargo, como pone de manifiesto N. Meyer-Fabre, a pesar de que el Convenio de La Haya de 1993 establezca su aplicación cuando los sujetos de la adopción trasladan su residencia a otro Estado contratante una vez iniciado el procedimiento de instrucción previsto en el mismo (arts. 14 y 16 CH 1993), el buen funcionamiento de los mecanismos de cooperación establecidos por el Convenio entre las autoridades del Estado de origen y las autoridades del Estado de recepción parecen difícilmente compatibles con un cambio en la residencia habitual de los sujetos antes de la finalización del proceso de adopción o, en todo caso, antes del momento crucial de la decisión sobre la atribución del menor a sus futuros padres adoptivos<sup>75</sup>. Este problema se refiere a los supuestos de *conflicto móvil* para determinar la Autoridad Central y demás autoridades competentes a las que el Convenio de La Haya de 1993 atribuye las responsabilidades y funciones convencionales.

Al respecto, N. Meyer-Fabre, se inclina por que sean las autoridades del Estado

---

75. N. Meyer-Fabre, "La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale", *RCDIP*, 1994 n°2, p. 266

contratante de la *nueva residencia* de los sujetos las competentes para realizar las funciones establecidas por el Convenio de La Haya de 1993. Esta autora se basa en que el reparto de funciones y competencias entre las autoridades del Estado de origen y las autoridades del Estado de recepción, se justifica por ser, las autoridades de estos Estados, las que se encuentran en una mejor posición para realizarlas<sup>76</sup>. Sin embargo el Convenio de La Haya de 1993 establece lo contrario, pues fija el momento jurídicamente relevante para determinar, no solo la aplicación del mismo, sino también cuál debe ser considerado como Estado de origen y como Estado de recepción y, por tanto, cuáles deben ser las autoridades intervinientes.

En efecto, el art. 14 y el art. 16 CH 1993 fijan, también, el momento jurídicamente relevante para determinar cuáles son las Autoridades Centrales y demás autoridades competentes para continuar la tramitación del proceso de adopción: el Estado de recepción es aquél donde residen los solicitantes de adopción en el momento de presentar dicha solicitud (art. 14 CH 1993), y el Estado de origen es aquel que ha elaborado el informe relativo al adoptando residente en su territorio en dicho momento (art. 16 CH 1993). No obstante, habrá que tener en cuenta la naturaleza de las funciones a realizar. En efecto, el propio Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1993 se refiere al supuesto en el cual, los adoptantes cambian su residencia habitual hacia otro Estado contratante tras haber iniciado el procedimiento de adopción. En este caso establece que se debe considerar como “Estado de recepción” el de la nueva residencia de los adoptantes a los efectos de determinar en relación a qué Estado se debe haber obtenido, o se obtendrá, la autorización del menor a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción<sup>77</sup>. *Sensu contrario*, el Convenio de La Haya de 1993 considera, a todos los demás efectos, el “Estado de recepción” como aquél Estado en el que los solicitantes de adopción residían en el momento de presentar la solicitud. Del mismo modo, el “Estado de origen” del menor es en el que residía al tiempo de elaborar el informe relativo al adoptando previsto en el art. 16 CH 1993, las autoridades de este Estado son las que deben realizar las funciones previstas en el Convenio de La Haya de 1993. Sin embargo, a la hora de advenir si el menor ha sido o será autorizado a salir del “Estado de origen”, este permiso deberá ser obtenido en relación al Estado contratante de la nueva residencia habitual del menor.

---

76. N. Meyer-Fabre “La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *RCDIP*, 1994 n°2, p. 266

77. G. Parra Aranguren, “Rapport explicatif”, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, n° 18

- *Caso*: un matrimonio con residencia habitual en España, tras haber iniciado el procedimiento de adopción, traslada su residencia habitual a Francia. La Autoridad Central española es la encargada por el Convenio de La Haya de 1993 para tramitar todo el expediente de adopción. No obstante, cuando la Autoridad Central española deba constatar que el menor ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción, estos permisos irán referidos a la entrada y permanencia del menor en Francia, expedidos por las autoridades francesas.

- *Caso*: un menor residente en Paraguay ha sido declarado adoptable por las autoridades competentes de aquél país y la Autoridad Central paraguaya ha elaborado el informe y la propuesta de colocación a que se refiere el art. 16 CH 1993. Posteriormente el menor establece su residencia habitual en Panamá. En este caso, el Convenio de La Haya de 1993 es aplicable, pues Panamá es Estado contratante. A todos los efectos del Convenio de La Haya de 1993, la Autoridad Central paraguaya es la Autoridad Central del Estado de origen del menor. No obstante, a la hora de advenir si el menor ha sido o será autorizado a salir del Estado de origen, este permiso deberá ser obtenido en relación al Estado de la nueva residencia habitual del menor.

No obstante, no se debe perder de vista que esta solución al conflicto móvil se refiere a la competencia de las autoridades que intervienen en la fase de instrucción previa a la constitución de la adopción. En efecto, el Convenio de La Haya de 1993 no pretende establecer normas de competencia judicial internacional, ni por tanto, solucionar los problemas de conflicto móvil que se susciten en relación a la competencia de las autoridades (judiciales) que constituyan la adopción, lo que puede dar lugar a importantes desajustes.

Por otra parte, en la Primera Comisión Especial sobre la aplicación práctica del Convenio se elaboró una Recomendación sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 a menores refugiados<sup>78</sup>, instando a los Estados contratantes a evitar toda discriminación en la determinación de la residencia habitual de estos menores internacionalmente desplazados en su territorio. A los efectos de determinar la

---

78. En el acta final de la decimoséptima sesión de la Conferencia de La Haya se puso de manifiesto la preocupación por la aplicación del Convenio a los menores refugiados. El estudio de esta cuestión se retomó en la reunión del Grupo de trabajo encargado de estudiar la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 a los menores refugiados (reunidos del 12 al 14 de abril de 1994). Finalmente, la Comisión especial sobre la aplicación del CH adoptó una Recomendación al respecto. En <http://www.hcch.net/f/conventions/menu33f.html>, se pueden consultar el Rapport du Groupe de travail y el Rapport de la Commission spéciale y la Recomendación.

aplicación del Convenio de La Haya de 1993 para estos menores, se recomienda entender como “Estado de origen” aquél Estado contratante donde el menor reside después de haber sido desplazado”, modificando, para estos casos, el criterio de la residencia habitual por el de mera residencia.

#### B) Delimitación del ámbito de aplicación personal en relación a los adoptandos

El Convenio de La Haya de 1993 sólo se refiere a adopciones de menores, ya que en su articulado siempre se refiere a “niños”. El momento jurídicamente relevante para precisar la edad del adoptando es el de las aceptaciones a las que se refiere el art. 17.c) CH 1993: éstas deben haber sido otorgadas antes de que el niño alcance la edad de 18 años (art. 3 CH 1993). En este ámbito, las Declaraciones, Convenios y Tratados internacionales que inciden en la materia de la adopción internacional, sólo se refieren al interés del adoptando menor de edad: así las disposiciones relativas a la adopción internacional contenidas en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños de 1986 y en la Convención de los Derechos del Niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 son de aplicación sólo a niños –definidos en su art. 1 como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad<sup>80</sup>.

No obstante, esta previsión convencional no puede ser interpretada como una norma que establezca un requisito de capacidad del adoptando. En efecto, el Convenio de La Haya de 1993 no establece su aplicación imperativa a todas las adopciones internacionales sobre menores de 18 años, sino que establece una edad máxima para la aplicación del Convenio<sup>81</sup>. Por tanto, dentro de este límite máximo, la ley llamada por el sistema de Derecho Internacional Privado de cada Estado

---

79. Vid al respecto A. Borrás Rodríguez, “Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de la Haya de 1993 sobre cooperación internacional en materia de adopción (17-21 de octubre de 1994)” *REDI*, 1994-2, pp. 909-910

80. En relación a la consideración de menor en los distintos Convenio internacionales vid en especial P. Rodríguez Mateos en “Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, *REDI* vol. XLIII (1991), 1, p. 270, y M.I. Álvarez Vélez: “La política de protección de menores en el ámbito internacional”, en *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*. J. Rodríguez Torrente (ed.). Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1998, p. 177.

81. Como ponen de manifiesto M. Aguilar Benítez de Lugo y B. Campuzano Díaz, este límite dio lugar a que la RDGRN de 4 octubre 1996 [*BIMJ*, nº 1794, pp. 890-891] dispusiera la invocabilidad de la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 en relación a la adopción de un brasileño de 22 años por sobrepasar la edad máxima para la aplicación del Convenio de 1993. No obstante, estos autores critican que la Resolución citada no tuviese en cuenta que el Convenio de La Haya de 1993 no estaba vigente en Brasil. Vid M. Aguilar Benítez de Lugo y B. Campuzano Díaz, “El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del derecho internacional privado español”, *BIMJ*, núm. 1888, 2001, p. 828

contratante para regular los requisitos de capacidad del adoptando será la que determine la edad mínima y máxima para declarar “adoptable” a un menor, siempre con el tope máximo de 18 años.

- *Caso*: el art. 233 del Código de familia boliviano permite la adopción plena sólo para menores de seis años abandonados o de padres desconocidos. En los supuestos en que sea aplicable el Derecho boliviano para determinar la adoptabilidad de un menor, el Convenio de La Haya de 1993 sólo se aplica a los menores de dicha edad (seis años). Esta exigencia debe ser respetada para constituir la adopción, aunque el art. 3 CH 1993 se refiera a menores de 18 años.

- *Caso*: El ordenamiento uruguayo posibilita la constitución de adopción simple sobre menores de edad. En este Estado la mayoría de edad se alcanza a los 20 años (art. 280 Cc uruguayo). No obstante, el Convenio de La Haya de 1993 sólo se aplicará a aquellas adopciones de menores de 18 años residentes en Uruguay. En efecto, a pesar de que el Derecho Internacional Privado uruguayo establece la aplicación de las normas uruguayas para determinar la adoptabilidad de los sujetos (art. 3Cc uruguayo), el Convenio de La Haya de 1993 no se aplica a las adopciones de mayores de 18 años (art. 3 CH 1993).

- *Caso*: un sujeto brasileño residente en Brasil es adoptado a la edad de 18 años por un matrimonio portugués residente en España. No obstante, cuando se otorgan las aceptaciones a que se refiere el art. 17.c CH 1993 el adoptado tenía 17 años. Esta adopción se beneficia del régimen privilegiado de reconocimiento automático en todos los Estados contratantes (art. 23, en relación con el art. 3 CH 1993).

### C) Delimitación del ámbito personal en relación a los adoptantes

El art. 2.1 CH 1993 establece la aplicación del Convenio a aquellas adopciones internacionales solicitadas bien por *cónyuges*, bien por una *persona sola*.

Estas expresiones han llevado a algunos autores a afirmar la posible exclusión, por parte del Convenio de La Haya de 1993, de los restantes supuestos de adopción previstos por las leyes de los diferentes ordenamientos<sup>82</sup>, en concreto la adopción por parejas de hecho - homosexuales y heterosexuales -, matrimonios formados por

---

82. Entre otros M.V. Mayor del Hoyo, “Notas acerca del Convenio de la Haya sobre adopción internacional”, REDP, 1995, p. 1026; E. Poisson-Drocourt, “L’entrée en vigueur de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *JDI*, 1999-3, pp. 712

homosexuales, y adopción unilateral por parte de personas casadas.

No obstante, para aclarar esta confusión, hay que poner de manifiesto que la determinación de quiénes pueden ser futuros padres adoptivos fue extensamente debatida por los Estados participantes en la redacción del Convenio de La Haya de 1993. Sin embargo no se pudo llegar a un acuerdo en relación a los supuestos especialmente problemáticos –parejas no casadas del mismo o distinto sexo, o matrimonios de homosexuales, principalmente - debido a las distintas y distantes posiciones al respecto. Se llegó, pues, a una *solución de compromiso* en virtud de la cual, el artículo 2.1 CH 1993 se limita a mencionar los supuestos menos problemáticos, comúnmente aceptados por la mayoría de los ordenamientos: adopción por cónyuges (hombre y mujer) o por una persona sola<sup>83</sup>.

Por tanto, el Convenio de La Haya de 1993 no excluye de su ámbito de aplicación las adopciones solicitadas por otras personas –parejas de hecho heterosexuales u homosexuales, matrimonios homosexuales, personas casadas que solicitan la adopción de manera unilateral-<sup>84</sup>. Este extremo será determinado por la Ley que regule la capacidad del o de los adoptantes, cuestión no resuelta por el Convenio. No obstante, el Convenio de La Haya de 1993 establece un mecanismo para que las autoridades de ambos Estados – el de recepción y el de origen - estén de acuerdo sobre este aspecto problemático: las autoridades del Estado de recepción debe determinar, según su Derecho Internacional Privado, la capacidad de los adoptantes (arts. 5.a y 15.1 CH 1993), mientras que la Autoridad Central del Estado de origen puede denegar su acuerdo a que continúe el procedimiento de adopción por este motivo (art. 17.c CH 1993). En este sentido se ha puesto de manifiesto que la discusión relativa a la inclusión de estos supuestos en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993 se trata de un “falso problema”<sup>85</sup>.

- *Caso*: una pareja de hecho heterosexual formada por dos belgas residentes en España, inician un procedimiento de adopción internacional. La Autoridad Central española, para determinar la capacidad jurídica de estos solicitantes aplica la Ley española (art. 9.5.I Cc). En virtud de la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987 pueden ser considerados adoptantes, para adoptar simultáneamente, el

---

83. G. Parra Aranguren, “Rapport explicatif”, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conference de La Haye de droit international privé, 1994, n° 79 y ss

84. J.H.A. Van Loon, “International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption”, *RCADI*, 1993-VII, p. 346

85. Vid G. Parra Aranguren, “Rapport explicatif”, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conference de La Haye de droit international privé, 1994, n° 80 y ss

hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal. Se podrá iniciar un proceso de adopción internacional en aplicación del Convenio de La Haya de 1993.

- *Caso*: una pareja de hecho heterosexual formada por dos Italianos residentes en Italia, solicitan adoptar a un menor residente en el extranjero, con vistas a una adopción plena. La Autoridad Central Italiana, para determinar la capacidad jurídica de estos solicitantes aplica la Ley Italiana (art. 38 Ley italiana 218/1995, redacción dada por Ley italiana 476/1998). Según el art. 6 de la Ley italiana de adopción (Ley 184/1983, modificada por Ley italiana 476/1998), en relación a una adopción plena (adozione legittimante) sólo pueden ser adoptantes los cónyuges no separados unidos en matrimonio al menos tres años, y no parejas de hecho ni persona sola. La Autoridad Central italiana no tramitará la solicitud de adopción, sin embargo esto no quiere decir que el Convenio no sea aplicable a estos supuestos.

#### 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

El Convenio de La Haya de 1993 es *irretroactivo*, se aplica siempre que la solicitud de adopción por parte del adoptante sea recibida después de la entrada en vigor del mismo en el Estado de origen y en el Estado de recepción (art. 41 CH 1993). La pretensión del Convenio de La Haya 1993 es clara: sólo es posible asegurar el cumplimiento de las garantías que establece el Convenio si las adopciones han sido preparadas según las reglas convencionales, y no según el Derecho interno de cada Estado, por ello toma en consideración el momento en el que se inicia el proceso de adopción<sup>86</sup>.

- *Caso*: se constituye una adopción internacional en Albania el 5 de enero de 2001, por adoptantes españoles residentes en España sobre un menor albanio residente en Albania. El Convenio de la Haya de 1993 no se aplica, pues a pesar de que la adopción se constituyó después de la entrada en vigor para los dos Estados (para Albania entró en vigor el 1 de enero de 2001), la solicitud de adopción fue presentada antes. Por tanto, es irrelevante que un Estado no contratante pase a ser Estado contratante una vez presentada la solicitud de adopción. La adopción no se beneficia del régimen privilegiado de validez extraterritorial previsto en el art. 23 CH 1993.

---

86. España fue el primero de los Estados “de recepción” que ratificó el Convenio, y entró en vigor para España el 1 de noviembre de 1995. La fecha de ratificación y adhesión de todos los Estado contratantes, así como la fecha de entrada en vigor del Convenio para cada uno de estos Estados se puede consultar en <http://www.hcch.net>

Sin embargo, el artículo 41 CH 1993 sólo se refiere al ámbito de aplicación temporal del Convenio entre los dos Estados contratantes que participan en el proceso de adopción, el Estado de origen y el Estado de recepción, dejando al margen la determinación de su aplicación en las relaciones con los demás Estados contratantes. En efecto, cuando el Convenio de La Haya de 1993 entra en vigor en un Estado, éste tiene la obligación de reconocer de pleno derecho las adopciones constituidas en virtud de lo dispuesto en el Convenio, en los demás Estados contratantes.

- *Caso*: un matrimonio francés residente en España adoptó en Chipre en 1997 a un menor residente en Chipre en aplicación del Convenio de La Haya de 1993. El Convenio entró en vigor en Francia el 1 de octubre de 1998. El Estado francés tiene la obligación convencional de reconocer automáticamente esta adopción constituida en virtud del Convenio de La Haya de 1993, sin que pueda denegar el reconocimiento por haber sido constituida antes de la entrada en vigor del Convenio para Francia.

##### 5. APLICACIÓN IMPERATIVA DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993

La doctrina mayoritaria considera que, dentro de su ámbito de aplicación, el Convenio de La Haya de 1993 es *imperativo*. En efecto, el art. 2.1 CH 1993 muestra el carácter vinculante del Convenio al utilizar la expresión “se aplica”. Por consiguiente, todo supuesto de adopción internacional que cumpla las premisas establecidas en el Convenio de La Haya de 1993 para su aplicación, deberá sujetarse al mismo sin que quepa reserva alguna al respecto (art. 40 CH 1993)<sup>87</sup>. Sin embargo, la *imperatividad* del Convenio de La Haya de 1993 debe ser matizada por varias razones:

En primer lugar, el Convenio de La Haya de 1993 tiene en cuenta la situación de aquellos Estados que, antes de ratificar el Convenio, ya estaban vinculados por otros Tratados con disposiciones relativas al objeto material del Convenio<sup>88</sup>. El art. 39.1

87. Así lo establece G. Parra Aranguren, “Rapport explicatif”, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conference de La Haye de droit international privé, 1994, en nº 70, y lo recuerda la doctrina. En especial B. Sturlèse, “La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, JCP, I, 1993, p. 428; J.

Carrascosa González: “Comentario al art.9.5 Cc.” en M. Pascuau Liaño (director): *Jurisprudencia Civil Comentada* Tomo I, COMARES, Granada 2.000, p. 167; M. Aguilar Benítez de Lugo y B. Campuzano Díaz, “El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del derecho internacional privado español”, BIMJ, núm. 1888, 2001, p. 827

88. En especial, otros convenios multilaterales en materia de adopción internacional como el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, Convenio de la Paz de 24 de mayo de 1984, y el Convenio entre los países nórdicos de 6 de febrero

CH 1993 precisa que este Convenio de La Haya de 1993 no deroga otros instrumentos internacionales en los que los Estados contratantes sean parte y contengan disposiciones relativas al objeto material del mismo, salvo declaración contraria de los propios Estados contratantes.

Por tanto, los conflictos que puedan surgir entre diversos instrumentos internacionales deben ser resueltos según la declaración de los propios Estados contratantes vinculados por estos otros instrumentos, por las normas previstas en estos otros instrumentos, y en conformidad con las reglas generales del Derecho de Tratados (art. 30 Convenio de Viena sobre el Derecho de Tratados).

España tiene suscritos con diversos Estados, que asimismo son contratantes del Convenio de La Haya de 1993, convenios bilaterales que incluyen en su ámbito de aplicación el reconocimiento de resoluciones de jurisdicción voluntaria y requieren solventar un procedimiento de *exequatur* para el reconocimiento de las mismas: Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil o mercantil entre España y Francia hecho en París el 28 de mayo de 1969<sup>89</sup>, Convenio sobre asistencia judicial entre España e Italia hecho en Madrid el 22 de mayo de 1973<sup>90</sup>, Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles entre España y Checoslovaquia hecho en Madrid el 4 de mayo de 1987<sup>91</sup>, Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria hecho en Sofía el 23 de mayo de 1993<sup>92</sup>. Y otros Convenios bilaterales que establece un régimen especial de reconocimiento incidental para dotar de eficacia a las resoluciones dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria. Es el caso del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania hecho en Bonn el 14 de noviembre de 1983<sup>93</sup>, y el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y Austria hecho en Viena el 17 de febrero de 1984<sup>94</sup>. Algunos de estos Convenios contienen cláusulas especialmente dedicadas a aclarar que no afectan a otros Convenios sobre materias especiales que

---

de 1931 modificado el 26 de marzo de 1953. Así como otros Convenios bilaterales como el Convenio suscrito entre Francia y Polonia de 5 de abril de 1967.

89. BOE núm. 63 de 14 de marzo de 1970

90. BOE núm. 273 de 15 de noviembre de 1997

91. BOE núm. 290 de 3 de diciembre de 1988

92. BOE núm. 155 de 30 de junio de 1994

93. BOE núm. 40 de 16 de febrero de 1988

94. BOE núm. 207 de 29 de agosto de 1985

suscriban las Partes regulando el reconocimiento de decisiones (arts. 19 Convenio hispano-francés, 23 Convenio hispano-alemán, 19 Convenio hispano-austríaco), en cuyo caso se aplicará, al reconocimiento de las adopciones constituidas en estos Estados, el régimen privilegiado del art. 23 CH 1993.

Además, el Convenio de La Haya de 1993 también prevé la posibilidad de que los Estados contratantes concluyan acuerdos futuros entre sí para favorecer la aplicación del Convenio (art. 39.2 CH 1993)<sup>95</sup>. Estos acuerdos pueden derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21, sin que se vean afectadas las reglas procedimentales básicas del Convenio de La Haya de 1993<sup>96</sup>. Los Estados que concluyan estos acuerdos deben transmitir una copia de los mismos al depositario del Convenio<sup>97</sup>.

Fuera de estos supuestos, sigue siendo dudosa la imperatividad del Convenio de La Haya de 1993. En primer lugar, hay que tener presente que el régimen convencional es imperativo dentro de su ámbito de aplicación. Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, el art. 2.1 CH 1993 muestra el carácter vinculante del Convenio de La Haya de 1993 al utilizar la expresión “se aplica”.

En España, la imperatividad del Convenio de La Haya de 1993 ha sido seguida de un modo *inflexible*: la doctrina mayoritaria así lo afirma<sup>98</sup>, y varias resoluciones de la DGRN han denegado la inscripción de adopciones constituidas en el extranjero por no haber observado las prescripciones convencionales. Por ejemplo,

95. El precepto sólo se refiere a acuerdos destinados a favorecer la aplicación del presente Convenio, no se refiere a la conclusión de futuros tratados sobre materias reguladas por el mismo, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en las normas generales sobre derecho de tratados (vid art. 30 del Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados)

96. Esta precisión supone una restricción a la libertad de los Estados para concluir tratados multilaterales o bilaterales derogando un convenio multilateral ya existente previsto en el art. 41.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de Tratados de Naciones Unidas. Vid al respecto G. Parra Aranguren, “Rapport explicatif”, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conference de La Haye de droit international privé, 1994, nº. 574

97. Esta previsión convencional, tiene una relevancia especial, ya que permite a los terceros Estados contratantes realizar la declaración prevista en el art. 25 CH 1993, según la cual no estarán obligados por el Convenio a reconocer, ex art. 23 CH 1993, las adopciones tramitadas conforme a tales acuerdos. No obstante, el Convenio de La Haya de 1993 no establece un plazo para la transmisión de la copia ni prevé sanción alguna para el supuesto de incumplimiento de la obligación impuesta. Vid al respecto, G. Parra Aranguren, “Rapport explicatif”, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conference de La Haye de droit international privé, 1994, nº 575 y 576.

98. Así lo establece G. Parra Aranguren, “Rapport explicatif”, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conference de La Haye de droit international privé, 1994, en nº 70, y lo recuerda la doctrina. En especial B. Sturlèse, “La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *JCP*, I, 1993, p. 428; J. Carrascosa González: “Comentario al art.9.5 Cc.” en M. Pascual Liaño (director): *Jurisprudencia Civil Comentada Tomo I, COMARES*, Granada 2.000, p. 167; N. Meyer-Fabre, “La Convention de

la RDGRN 29 noviembre 1996 afirma que “las autoridades rumanas prescindieron del régimen de colaboración entre autoridades de los Estados partes, previsto en el Convenio de La Haya de 1993”<sup>99</sup>. En virtud de la imperatividad del Convenio de La Haya de 1993, no puede ser reconocida en ningún Estado contratante una adopción considerada por el mismo si no ha obtenido la preceptiva *certificación de conformidad* con el Convenio de La Haya de 1993, aunque cumpla con todos los requisitos previstos en el régimen de producción interna, en España en el art. 9.5 Cc<sup>100</sup>.

- *Caso*: un matrimonio de españoles residentes en Madrid se dirigen al Comité Rumano de Adopciones, coincidente con la Autoridad Central rumana, para solicitar la adopción de un menor residente en Rumania. La adopción se constituye en Rumania prescindiendo de los trámites previstos en el Convenio de La Haya de 1993, sin embargo la adopción cumple con todos los requisitos exigidos por el art. 9.5 Cc para que sea válida en España e inscribible en el Registro Civil español,

la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale”, *RCDIP*, 1994 n°2, p. 286; H. Muir Watt, “La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, Années1993/1995, p. 50-51; S. Adroher Biosca: “Marco jurídico de la Adopción Internacional”, en Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional, Asociación española de Abogados de Familia, Dykinson, 1999, pp. 120-121; M. Aguilar Benítez de Lugo y B. Campuzano Díaz, “El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del derecho internacional privado español”, *BIMJ*, núm. 1888, 2001, p. 827; M. Guzmán Zapater, “Adopción internacional: ¿cuánto queda del Derecho Internacional Privado clásico?”, *Mundialización y familia*, A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (Eds.), COLEX 2001, p. 96

99. Vid RDGRN 29 noviembre 1996 [BIMJ 1997\1808, pp.2238-2241], aunque se deniega la inscripción de tal adopción en el Registro Civil español por causas externas al Convenio. En realidad, el Convenio no era aplicable a este supuesto por no haber entrado aún en vigor para España (art. 46.2.a CH 1993), sin embargo la DGRN no lo aclaró oportunamente. Vid B. campuzano Díaz, “Nota a la RDGRN 29 noviembre 1996”, *REDI*, vol. L (1998), 1, p. 316. En un sentido similar la RDGRN 17 enero 1997 [BIMJ 1998\ 1814, pp.283-287]. En aplicación estricta del Convenio RDGRN [1ª] de 22 de enero de 1998 [BIMJ 1998\1826, pp. 1984-1984], RDGRN [2ª] 22 enero 1998 [BIMJ\1826, pp.1984-1985], RDGRN [3ª] 22 enero 1998 [BIMJ\1826, pp.1987-1990], RDGRN [1ª] 25 mayo 1998 [BIMJ 1999\1839, pp. 330-332], RDGRN 23 julio 1998 [BIMJ 1999\1844, pp. 1203-1205], RDGRN [1ª] 23 febrero 1999 [BIMJ \1855, pp. 3093-3095]. Por otra parte, la RDGRN [2ª] 21 diciembre 2001 [BIMJ 2002\ 1911, pp. 653-654] aclara que “no se aplica el Convenio de La Haya de 1993 aunque España y Chile sean parte del Convenio, porque la solicitud de adopción se presentó antes de que el Convenio entrara en vigor para Chile (art. 41 CH)”.

100. En este sentido varias RRDGRN que deniegan la inscripción de adopciones constituidas en Rumania por no haber observado el Convenio de La Haya de 1993. Vid B. Campuzano Díaz, “Nota a la RDGRN (1ª) 23 febrero 1999”, *REDI*, vol. LII (2000), 1, p. 214; P. Orejudo Prieto de los Mozos, “El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)” *Aranzadi Civil*, 1998, n° 12, pp. 139 y ss.; F. Calvo Babio, “Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania:

incluso los adoptantes cuentan con el certificado de idoneidad expedido por la Comunidad de Madrid. Sin embargo la DGRN rechazó la inscripción de la adopción en el Registro Civil (RDGRN 23 julio 1998).

No obstante, algunos autores se cuestionan la adecuación de esta postura con el interés superior del menor en aquellos supuestos en los que sólo existe una irregularidad en cuanto a los trámites previstos por el Convenio de La Haya de 1993, pero no una ilegalidad en la constitución de la misma<sup>101</sup>. Por otra parte, el Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1993 parece dejar entreabierta una posibilidad para solucionar estos supuestos en virtud del criterio del interés superior del menor adoptado, flexibilizando la imperatividad inicial que se predica del Convenio. En efecto, el Informe explicativo reconoce que el Convenio de La Haya de 1993 no responde específicamente a esta cuestión. Precisa que, en estos casos, “es indudable que el Estado contratante que constituye tal adopción está violando el Convenio, pues sus disposiciones son vinculantes y tal conducta podría dar lugar a una queja en virtud de lo dispuesto en el art. 33 CH 1993, pero la cuestión del reconocimiento de dicha adopción quedaría al margen del Convenio, dependiendo la respuesta de la Ley aplicable del Estado donde se pretenda el reconocimiento, debiendo tener siempre en cuenta el interés superior del menor”<sup>102</sup>.

Por tanto no se puede negar, de manera absoluta, el reconocimiento de estas adopciones irregulares según el Convenio de La Haya de 1993, pero válidas según las normas de Derecho Internacional Privado de producción interna en un Estado contratante. La intención convencional es clara: se centra en favorecer el reconocimiento de las adopciones constituidas según el procedimiento previo previsto en el Convenio de La Haya de 1993, y no en impedir la validez de aquellas adopciones constituidas sin haber observado las previsiones convencionales. En efecto, el régimen favorable de validez extraterritorial diseñado por el Convenio de 29 mayo 1993 es resultado directo del severo marco regulador de las condiciones

---

situaciones patológicas”, La Ley, 1998-V, D-241, pp. 1585 y ss; M. Aguilar Benítez de Lugo y B. Campuzano Díaz, “El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del derecho internacional privado español”, *BIMJ*, núm. 1888, 2001, pp. 819-844.

101. M.F. Lucher-Babel, “Adoption Internationale: comprendre les nouvelles normes. Principes et mécanismes de la Convention de la Haye du 29 mai 1993”, *Les Cahiers des Droits de l'enfant*, vol. 4. DEJ, 1996, pp. 22-23; F. Calvo Babio, “Nota a las RDGRN 23 julio 1998”, *REDI*, vol. LI (1999), 1, pp. 237-238. Analizan también esta posibilidad M. Aguilar Benítez de Lugo y B. Campuzano Díaz, “El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del derecho internacional privado español”, *BIMJ*, núm. 1888, 2001, pp. 836-837

102. G. Parra Aranguren, “Rapport explicatif”, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, n°. 411

de fondo y de procedimiento de la adopción internacional<sup>103</sup>, por tanto, si para constituir una adopción internacional no han sido observadas las reglas convencionales, no merece ser favorecida por el reconocimiento de pleno derecho. Sin embargo, el Convenio de La Haya de 1993 no impide su validez en los demás Estados contratantes si así resulta de la aplicación de su sistema de Derecho Internacional Privado supletorio.

No obstante, ratificar un Convenio para no cumplir sus prescripciones no parece tener mucho sentido. Algunos autores han entendido que la constitución de adopciones internacionales sin observar las prescripciones convencionales, a pesar de estar incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993, obedece una situación de carácter transitorio en aquellos Estados que, al ratificar el Convenio de 1993, no cuentan aún con la estructura organizativa necesaria para poner en práctica el Convenio de La Haya de 1993<sup>104</sup>. Sin embargo, el Informe explicativo del Convenio no se refiere ni directa ni exclusiva a estos supuestos transitorios. En efecto, la posibilidad de constituir adopciones extraconvencionales entre Estados partes es asumida por el Informe explicativo aunque ambos países cuenten la organización precisada en el Convenio de La Haya de 1993. Estas adopciones no se verán favorecidas por el régimen de reconocimiento privilegiado del Convenio de La Haya de 1993, pero pueden ser válidas si cumplen con los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado supletorio de cada Estado contratante, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor.

- *Caso*: un matrimonio de españoles residentes en Madrid se dirigen al Comité Rumano de Adopciones, coincidente con la Autoridad Central rumana, para solicitar la adopción de un menor residente en Rumania. La adopción se constituye en Rumania prescindiendo de los trámites previstos en el Convenio de La Haya de 1993. Esta adopción no se beneficia del régimen privilegiado de reconocimiento instaurado por el Convenio de La Haya de 1993, pues no ha sido constituida observando las prescripciones convencionales (art. 23 CH 1993). Si la adopción internacional así constituida cumple con todos los requisitos exigidos por el art. 9.5 Cc para que sea válida en España e inscribible en el Registro Civil español, el Convenio de La Haya de 1993 no impide que pueda ser reconocida en España e inscrita en el Registro Civil español.

103. P.A. de Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, EUROLEX, Madrid, 1997, p. 219

104. J.I. Esquivias Jaramillo, las denomina “adopciones en tránsito”, Vid J.I. Esquivias Jaramillo, *La Adopción Internacional*, Madrid, Colex, 1998, p. 154 y ss.; M. Ballesteros de los Ríos, “Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera”, *Aranzadi Civil*, junio 1999, pp. 1746-1749

## 6. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993

El Convenio es *ambicioso* en la amplitud de su ámbito de aplicación material<sup>105</sup>, pues es susceptible de ser aplicado a cualquier adopción transnacional, siendo irrelevante, a estos efectos, el contenido de la institución adoptiva -salvo la exigencia de creación de un vínculo de filiación-, los sujetos susceptibles de ser adoptantes y adoptandos, el procedimiento previsto para su constitución e, incluso, la intervención de autoridades públicas. Sin embargo, esta amplitud no debe sorprender en exceso pues, como se pretende demostrar en esta tesis, la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 no conlleva, en ningún caso, la constitución de una adopción que no se adecue con el modelo de adopción imperante en los dos Estados más relacionados con el supuesto (Estado de origen y Estado de recepción). En efecto, la ratificación del Convenio de La Haya de 1993, no implica para los Estados partes, la unificación de sus normas materiales ni de Derecho Internacional Privado sobre la adopción, sino que cada Estado mantiene sus propias concepciones.

Esta amplitud “sin compromiso” es una de las causas que ha favorecido su ratificación o adhesión por parte de 50 Estados en sólo ocho años.

---

105. J.H.A. Van Loon, “International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption”, RCADI, 1993-VII, p. 345