

## EL “INTERÉS SUPERIOR” DE LA NIÑEZ EN LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA: ENTRE LA PROTECCIÓN, LOS DERECHOS Y LAS INTERPRETACIONES

Diana Marre

Depto. de Antropología Social - Universitat Autònoma de Barcelona  
 Grupo de Investigación AFIN  
[diana.marre@uab.es](mailto:diana.marre@uab.es)

Beatriz San Román

Depto. de Psicología Social - Universitat Autònoma de Barcelona  
 Grupo de Investigación AFIN  
[beatrizsr@ono.com](mailto:beatrizsr@ono.com)

Recibido: 20 de noviembre de 2011. Aceptado: 15 de diciembre de 2011.

### El “interés superior de la niñez” en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones (Resumen)

El principio del interés superior del niño/a es profusamente citado en la legislación y las prácticas relacionadas con la protección de la infancia como principio inspirador a considerar en la toma de cualquier decisión sobre la situación o el futuro de un niño/a. Generalmente no se explicita una definición del mismo, dando por supuesta su evidencia. Sin embargo, los datos etnográficos sobre adopciones transnacionales muestran que su implementación no es inequívoca o universal. Al contrario, es una construcción cultural con base en la interpretación, es decir, en la ética personal y/o institucional. Proponemos que su aplicación habitualmente se inclina por la consideración de los niños y niñas como objetos de protección y cuidado, y por el reconocimiento de los derechos de quienes los adoptan, una interpretación que excluye a los niños y niñas como sujetos de pleno derecho y a sus familias de origen.

**Palabras clave:** infancia, interés superior, adopción, derechos, bienestar.

### The “best interest of the child” in adoption in Spain: between protection, rights and interpretations (Abstract)

The best interest of the child is widely cited in the legislation and practices related to child protection as a guiding principle to consider in making any decision about the situation or the future of a child. Generally no explicit definition of it is given, assuming its evidence. However, the ethnographic data on transnational adoptions show that its implementation is not certain or universal. On the contrary, it is a cultural construct based on the interpretation, i.e., personal and/ or institutional ethics. We propose that its application is usually inclined towards the consideration of children as objects of protection and care, and recognition of the rights of adopters, an interpretation that excludes children as subjects of rights and their families of origin.

**Key words:** childhood, best interest, adoption, rights, welfare.

En un programa vespertino de una de las cadenas con mayor audiencia de España, cinco periodistas comentaban y debatían el caso de un conocido torero que visitaría a su hija de doce años luego de más de año y medio sin verse, aparentemente por decisión de ella. La noticia había trascendido porque la madre de la niña, a partir de su relación con el torero, se transformó en comentadora y presentadora de programas de esa misma cadena en los que, durante más de diez años, ha dado cuenta de su vida personal y la de su hija. La noticia fue desgranada y analizada largamente por la mesa de tertulianos, quienes durante una tarde comentaron y criticaron diversas circunstancias de la relación. Las cinco periodistas no dudaron en alabar, reiteradamente, la actitud del padre por haber aceptado la decisión de la niña ya que, desde su perspectiva, hubiera podido –y hubo quien sugirió que hubiera debido– obligarla a visitarlo, en uso de sus derechos como padre. Significativamente, ninguna de las periodistas que integraban la mesa planteó que, si el padre hubiera ejercido tal derecho –al que consideraban no solo lógico y esperable sino incluso la demostración de su calidad de padre–, ello hubiera significado no atender ni respetar el derecho de la niña a no verlo o a decidir cuándo hacerlo. Se trata de un caso, entre tantos, que enfrenta el ejercicio de los derechos de padres y madres (personas adultas) con el de sus hijos o hijas (niños o niñas).

En 2008 *The International Journal of Children Rights* publicó un número monográfico integrado por una docena de artículos dedicado a analizar la participación de los niños, niñas y jóvenes en las decisiones que les atañen, involucran o afectan en distintos contextos. En enero de 2011, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, en el monográfico “*Children: From Rights to Citizenship*” –también integrado por más de una docena de artículos– realizaban un balance de la Convención de los Derechos de la Niñez de 1989 a veinte años de su creación, desde distintas perspectivas y ámbitos geográficos. Tanto en un monográfico como en otro se señalaba que, si bien no se dudaría acerca de la existencia de una mayor concientización, difusión y ampliación de la protección a la infancia, el reconocimiento y ejercicio de sus plenos derechos de ciudadanía estaba muy lejos de haberse logrado en la mayor parte de los países signatarios, aunque algunos de ellos muestran avances mucho más significativos que otros. Estaríamos ante un proceso similar al recorrido por otras “minorías”, como las mujeres, homosexuales y/o personas discapacitadas, acerca de cuya necesidad de protección y cuidado casi nadie duda, pero cuyo ejercicio de plenos derechos resulta de difícil aplicación e, incluso, reconocimiento, especialmente en sociedades o culturas patriarcales y paternalistas.

El objetivo de este artículo es realizar un aporte al balance propuesto por el mencionado monográfico del 2011, a través del análisis de distintas formas de interpretación y aplicación del principio del “interés superior” de la niñez en España en el ámbito de la adopción transnacional. En primer lugar, repasaremos brevemente la génesis de la infancia como una etapa con características y condiciones diferenciales en la vida de una persona, así como los antecedentes de la adopción transnacional. Luego, nos centraremos en el “interés superior” de la niñez, en las dificultades de su interpretación y en las tensiones y desigualdades que se (re)producen en su aplicación. Para ello mostraremos cómo en la legislación española y catalana y en otros textos sobre infancia, si bien se menciona el “interés superior del menor” como principio inspirador y rector de las decisiones que afectan a niños y niñas, su contenido no se explicita, dejando su interpretación y aplicación a criterio de profesionales de distintas administraciones quienes, frecuentemente, desde una posición adultocéntrica, subordinan el “interés superior” a los derechos de padres, madres y/u otras personas adultas responsables de su cuidado. Finalmente mostraremos, a través de dos casos recogidos en nuestro trabajo de campo, ejemplos de esas formas de interpretación y aplicación del principio, en las que en la tensión entre la niñez como *objeto* de protección y como *sujeto* de derechos se opta por la primera, así como por priorizar los derechos de las personas adultas sobre los de los niños y niñas.

### Sobre la infancia y sus derechos: el principio del “interés superior”

El siglo XX, que se identifica con el desarrollo de la adopción transnacional, coincide –no casualmente– con una época en que los niños y niñas comenzaron a ser considerados vulnerables, a diferencia de épocas precedentes en que se les consideraba adultos en miniatura[1]. A mediados del siglo XX, el historiador Ph. Ariès señaló que la niñez, como etapa cualitativamente diferente de la adultez –o, lo que es lo mismo, la idea de infancia–, era una construcción social reciente en la cultura occidental.

Desde su perspectiva, se trataba de una creación reciente a la que le había seguido un mundo obsesionado por los problemas físicos, morales y sexuales de la niñez[2]. Ariès atribuyó este cambio al desarrollo y crecimiento del sistema educativo, a través del cual los estados asumieron progresivamente la educación de los niños y las niñas. Therborn[3] subraya que la infancia se construye precisamente en relación con la educación en sus diversos niveles, la vivienda, la higiene, la enfermedad, la salud pública y el cuidado, la inmoralidad y el crimen, la pobreza y diferentes asuntos sociales, es decir en torno a la carencia. Por su parte, S. Howell, en un análisis con resonancias foucaultianas, ha señalado que esa progresiva asunción de la educación por parte de los estados sería una manifestación más de una gobernabilidad creciente por parte de disciplinas de base psicológica y jurídica[4]; un crecimiento que, desde nuestra perspectiva, es aún mayor en relación con la infancia y/o con los distintos ciclos de la vida de mayor *dependencia* o *minoridad*.

No obstante, si bien como señaló Ariès, la idea de infancia tiene su origen en el siglo XVIII, la idea de una infancia vulnerable, inocente y necesitada de una especial protección debe buscarse a principios del siglo XX. Si antes de la Revolución Industrial los niños y niñas se consideraban una propiedad[5], fue durante el siglo XX cuando se extendió la idea de que son un colectivo vulnerable e indefenso necesitado de protección[6].

En 1900, la feminista sueca Ellen Key publicó en Estocolmo un libro en dos volúmenes, *Barnets arhundrade*[7], traducido rápidamente al castellano (entre otros idiomas) en 1906 como *El siglo de los niños*. En él recogía y ampliaba diversos artículos publicados entre 1876 y 1900[8] y proponía convertir al siglo que se iniciaba en el de la niñez, a través de la educación en el ámbito de la familia y la escuela. Casi de inmediato, en 1910, el médico judío-polaco Janus Korczak escribía por primera vez sobre los “derechos de los niños”[9]. La mayor parte de las disciplinas, la antropología y la psicología social entre ellas, también participaron de ese creciente interés por la niñez.

La I Guerra Mundial proporcionó al mundo occidental la visión más extensa y generalizada de esa nueva idea de infancia vulnerable y necesitada de protección a través de las niñas y niños

refugiados, los huérfanos y huérfanas de guerra y los hijos e hijas ilegítimos nacidos en zonas de conflicto. Ello estimuló diversos proyectos que, no solo son considerados los antecedentes más lejanos de la adopción transnacional, sino que además impregnaron dicha práctica de una solidaridad y ayuda a las personas más necesitadas a través de su desplazamiento o abandono del origen.

En Europa, durante los años treinta y cuarenta del siglo XX, se organizaron diversos grupos para *rescatar* las víctimas más jóvenes de distintos conflictos, especialmente de las acciones de Hitler y Franco. El bombardeo de Guernica por parte de este último y la Luftwaffe, el bombardeo alemán de Londres o el aliado de Dresden, las bombas atómicas lanzadas por Estados Unidos sobre Hiroshima y Nagasaki, y el Holocausto produjeron una enorme cantidad de niños y niñas en situación de vulnerabilidad.

En el caso de la guerra civil española, niños/as y jóvenes fueron enviados a familias de México, Escandinavia, la Unión Soviética y Bélgica. Entre 1937 y 1938, 2.895 niños y niñas, acompañados de 150 educadores/as y personal auxiliar, fueron evacuados a la Unión Soviética. En mayo de 1937, tras el bombardeo de Guernica, 3.840 niños y niñas, 80 educadores, 120 ayudantes, 15 curas y 2 médicos fueron embarcados en Bilbao, en el País Vasco, hacia Southampton, en el Reino Unido. Si bien inicialmente fueron alojados en campamentos, para el mes de septiembre del mismo año ya habían sido acogidos por diversas organizaciones –el Ejército de Salvación y la Iglesia católica entre otras– así como por familias. En 1939, cuando se inició la II Guerra Mundial, salvo 400 que todavía estaban en el Reino Unido, los demás niños y niñas ya habían regresado a España. Al final de la II Guerra Mundial, alrededor de 250 de estos niños y niñas aún permanecían allí, donde finalmente hicieron su vida.

El Reino Unido, Holanda y Bélgica también recibieron alrededor de 10.000 niños y niñas judíos no acompañados de Alemania, Austria y Checoslovaquia. Suecia recibió niños y niñas danesas luego de la ocupación nazi, hacia donde también fueron evacuados unos 70.000 finlandeses durante la guerra con Rusia. Un conjunto indeterminado fueron evacuados de Londres hacia áreas rurales y alrededor de 13.000 fueron enviados por sus familias hacia Estados Unidos y Canadá.

Estas primeras acciones destinadas a dar un hogar a niños y niñas refugiados de guerras –la Guerra Civil Española y la II Guerra Mundial– se distinguieron de otras acciones o prácticas posteriores –iniciadas con las guerras de Corea y Vietnam– en que los hogares ofrecidos eran, en la mayor parte de los casos, acogedores y no adoptivos. Cuando los padres y/o madres morían o desaparecían, como sucedió con muchos niños y niñas judíos, en general los servicios sociales internacionales procuraban hallar sobrevivientes de su familia extensa que pudieran criarlos.

La idea de la adopción como *rescate* sigue aún muy presente en los discursos y prácticas sobre la misma. En una carta al director, en relación con un reportaje sobre la hambruna en Somalia, publicada en el dominical del periódico de mayor circulación de España, se decía:

Cada vez que veo en televisión, leo en prensa o escucho en radio toda la hambruna que están pasando en toda la zona del cuerno de África, de donde esperamos que algún día venga mi nieto/a se me parte el corazón. Mis hijos y toda la familia no podemos comprender que con tantas dificultades como tienen, y después de tan larga espera, no agilicen los trámites de asignación de estos niños, que tanto nosotros como otros cientos de familias estamos esperando con los brazos abiertos. ¿No habría manera de que algún organismo internacional se ocupara de las adopciones internacionales y mediará entre familias y países?[10]

En la década de 1990, pasadas ya la mayor parte de las guerras que –junto a la “sacralización” del niño/a[11] característica del mundo occidental de renta alta– contribuyeron a la vulnerabilidad de la infancia, se observa un creciente interés por considerar a esta como agente activo, con capacidad para opinar e influir en las decisiones que le afectan[12]. Este interés se había incrementado significativamente durante la segunda mitad del siglo XX[13] y muy especialmente durante esta década de 1990 –coincidente con la aprobación de la Convención de los Derechos de la Niñez–, en que se produjeron más monografías y estudios sobre infancia desde la antropología social que en cualquiera de las décadas anteriores[14]. No obstante, podría sugerirse que el reconocimiento de la infancia como agente activo se produjo fundamentalmente ligado al interés de construir a la infancia y la adolescencia como nichos de mercado con características y demandas propias.

Para Lee[15], el siglo XX marcó el paso del “paradigma de la protección” al “paradigma de la persona” en la conceptualización de la infancia. Para Taylor y Percy Smith[16] el tema de la participación de niños y niñas en las decisiones que les afectan surgió básicamente a partir de la aprobación de la Convención, es decir, a finales de la década de los 80’s, cuando Lee[17] reconocía el cambio de paradigma en relación con la infancia. También Maurás[18] señaló a la *Convención de Derechos de la Niñez* de 1989 como un hito crucial en relación con ese cambio de paradigma: la inclusión del “interés superior” de los niños y niñas recogido en el artículo 3, y de su derecho a ser escuchados en el artículo 12, supondría un giro radical desde la consideración de los niños y niñas como objetos de protección, hacia sujetos de plenos derechos. Sin embargo, si bien es cierto que a partir de la Convención se les reconoce –o debiera reconocerse– cierta autonomía e independencia, los niños y niñas continúan siendo considerados, a menudo, “proyectos de seres humanos” (“human becomings”[19]). Esta ambigüedad entre los niños/as conceptualizados como personas autónomas competentes para participar en la toma de decisiones que les afectan y como “objetos de intervención”[20] o “receptores de servicios”[21] se manifiesta, como veremos más adelante, en la interpretación y aplicación del “interés superior”.

## En la Convención de los Derechos de la Niñez de 1989

El 20 de noviembre del año 2009 se cumplieron 20 años de la *Convención sobre los Derechos de la Niñez*, uno de cuyos logros más señalados es haber establecido “el interés superior” del niño y la niña como “consideración primordial” a atender en todas las medidas que se tomen sobre él o ella[22], es decir, sobre todo ser humano menor de dieciocho años[23]. Sin embargo, resulta difícil saber qué entiende la Convención por “interés superior”, más allá de los derechos a la vida, la educación o la salud, en tanto la formulación del principio resuena a algo del ámbito de la ética o de la moral.

En 1959, uno de los primeros libros sobre Antropología y Ética[24], señalaba en su primer capítulo qué entendía por ética y qué la diferenciaba de la moral y otros conceptos cercanos como virtud, derecho, bondad, pecado, sensación u otros más lejanos como conciencia, culpa o vergüenza[25]. El intento, a pesar del esfuerzo, no logró establecer una clara diferencia, ya que a lo largo del texto las palabras –y los conceptos– de “ética” y “moral” se superponían permanentemente, incluso desde el título: *Anthropology and Ethics. The Quest for Moral Understanding*. [26]

Como dicho libro señaló, si bien todos sabemos de qué hablamos cuando hablamos de –nuestra– moralidad, no siempre sabemos de qué hablan los demás cuando lo hacen –de la suya–. La dificultad se incrementa cuando comparamos o vinculamos diferentes culturas o sociedades. ¿Cómo estar seguros de que lo que pensamos es lo mismo que piensan otras personas o que lo que traducimos en términos de moral familiar tiene sentido en otros lenguajes o contextos culturales? O lo que es lo mismo, ¿a través de qué señal conoceríamos “lo moral”?[27]

En 1999, cuarenta años después, Pels[28] hablaba de *ética* como de un “significante vacío”, que puede ser utilizado para significar casi cualquier cosa. Por su parte, Shore[29], siguiendo a Lévi-Strauss, señalaba que la ética, sus códigos y los debates que la rodean son “algo bueno con qué pensar” porque ello informará nuestras prácticas profesionales.

En este sentido, podríamos tranquilizarnos pensando que uno de los grandes logros de la *Convención de los Derechos de la Niñez* de 1989 ha sido forzar a legisladores/as[30], administradores/as y políticos/as –al menos– a pensar en el “interés superior” de la niñez. Ello reduce –o debería haber reducido– en una mejor práctica profesional y el consecuente incremento del reconocimiento de los derechos y de la calidad de vida de niños y niñas. Nos referimos a legisladores/as, administradores/as y políticos/as porque la Convención señala que dicho principio debe ser una “consideración primordial” para los “Estados Partes” y/o las entidades que lo componen: “instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”[31].

Si bien hablamos de una Convención que se define en relación a los derechos de los niños y niñas, supone y pone en manos de sus padres, madres y parientes adultos, el cumplimiento de estos derechos, para lo cual establece y garantiza los derechos de esas personas adultas en relación con ellos y ellas.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, *teniendo en cuenta* los derechos y deberes de sus *padres, tutores* u otras *personas responsables* de él ante la ley[32].

Los Estados Partes *respetarán* las responsabilidades, los derechos y los deberes de los *padres* [...] [33].

Los Estados Partes *velarán* porque el niño no sea *separado* de sus *padres contra la voluntad de éstos* [...] [34].

Los Estados Partes *respetarán los derechos y deberes de los padres* y, en su caso, de los representantes legales, de *guiar al niño* en el ejercicio de su derecho [...] [35].

[El énfasis es nuestro].

Esta constatación conduce, si no a la sospecha, sí al menos a la pregunta sobre si las personas adultas son siempre capaces de “considerar primordialmente” el “interés superior” del niño o de la niña –por sobre el propio– y, si lo hacen, cómo podría comprobarse que así es. Por otra parte, pareciera sugerirse que, por un lado, en el ámbito de la familia, no es necesario proteger los derechos de los niños y niñas, y, por otro, que sus padres/madres no necesitan consultarlos para decidir en su “interés superior”[36]. Esta última consideración pareciera dar por sentada la existencia de una ‘natural’ sabiduría parental o, lo que es peor, de una incuestionable capacidad de la mejor decisión de padres y/o madres para sus hijos e hijas.

La consideración de que el “interés superior” del niño o de la niña es “primordial” para la familia –sin más definición– se da por supuesta desde el Preámbulo, al considerarla “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros”. Esta idea se refuerza al señalar que el niño y la niña, para su pleno y armonioso desarrollo, “debe[n] crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. En la práctica, se trata de categorías que cada persona interpreta –y/o aplica– según su criterio. Las dificultades para saber qué entiende cada quien sobre ética o moral que mencionábamos anteriormente rigen también para la felicidad, el amor y la comprensión. Todas ellas son categorías culturalmente construidas, al igual que las de familia e infancia. Como ha demostrado largamente la antropología, no hay una forma universal de vivir en familia o de infancia, como tampoco de ser feliz, amar o comprender, como se advierte también en la siguiente reflexión de una madre adoptiva que vivió cuatro años en el país africano donde nació su hija:

¿Qué es exactamente lo que les damos a nuestros hijos que no les pueden dar sus familias? ¿Ropa, zapatos, colegios, clases de natación, terapias, prótesis dentales....? ¿De verdad que alguien puede sentarse delante de su hijo algún día y decirle “tu estás conmigo porque yo soy el que tenía el dinero”? ¿Alguien puede defender que esto es suficiente para arrancar de una familia un hijo querido y borrar de su vida a esa familia para siempre? ¿Porque son pobres? ¿Porque son incultos? ¿Porque viven tan lejos de nosotros que no van a coger un avión y presentarse en casa?

Cuando la Convención reconoce la voz del niño/a en el artículo 12 (1 y 2), prevé su consulta, aunque con limitaciones:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño *que esté en condiciones de formarse un juicio propio* el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, *en función de la edad y madurez del niño*”.
2. Con tal fin, se *dará* en particular al niño *oportunidad de ser escuchado*, en todo *procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño*, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, *en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*”.

[Nuestro énfasis].

El texto de la Convención bascula, pues, buscando un equilibrio entre los niños/as como objetos de protección y cuidado y como sujetos de plenos derechos, aunque el derecho a la protección y el cuidado predomine, en general, en las actuaciones [37].

La Convención constituye un marco amplio, en concordancia con el cual cada uno de los países que la ha ratificado emite sus propias legislaciones. La mayor parte de ellas –así como de los procedimientos y discursos relacionados con la infancia– parecen orientados por el principio del “interés superior”, al menos formalmente. Sin embargo, la mayor parte de las veces no se explicita a qué hace referencia exactamente. Se da por supuesto que cada estado signatario *rellenará* semánticamente las categorías “niño”, “familia”, “padres”, “interés superior”, “felicidad”, “amor” y “comprensión” de acuerdo a sus paradigmas culturales. De la misma manera, las legislaciones y regulaciones estatales también dan por supuesto que cada profesional *rellenará* semánticamente –es decir, interpretará– cada una de esas categorías de acuerdo a lo que su cargo, formación y/o ética personal le sugiera. Como señalábamos anteriormente en relación con la ética, el principio del “interés superior” es también un “significante vacío” que puede ser utilizado para significar casi cualquier cosa, aunque los códigos y debates que lo rodean al menos constituyen “algo bueno con qué pensar”, porque ello incidirá en las prácticas profesionales que orienten.

## Sobre la infancia en España y sus derechos: el principio del “interés superior” en la adopción transnacional

El “interés superior” es también el principio rector que debe regir la adopción, según señala el artículo 21 de la *Convención sobre los Derechos de la Niñez*:

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que *el interés superior del niño sea la consideración primordial*. [Nuestro énfasis].

Dicho principio fue retomado por el *Convenio de la Haya de 29 de Mayo de 1993 sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional* y en la revisión de la *Convención Europea sobre Adopción de Menores* de 2008 del Consejo de Europa[38], que confirmaron que la adopción es –o debe ser– una medida de protección de la infancia y no una solución para las familias o los estados.

### El “interés superior” en las leyes estatales posteriores a la Convención

En la legislación estatal española, el principio del “interés superior” aparece referido en la “Exposición de Motivos” de la *Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor* como el “principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto administrativas como judiciales”.

En la legislación específica sobre adopción, el principio se recoge tanto en el capítulo V del *Código Civil* (“De la adopción y otras formas de protección de *menores*”) como en la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional*, en la que aparece en la exposición de motivos y en los artículos 2, 23 y 31.

En esta última ley, se observa que, como en las demás normas, las alusiones al principio le suponen un significado inequívoco:

En aplicación de la Constitución y de los instrumentos legales internacionales en vigor para España, esta nueva norma concibe la adopción internacional como una medida de protección de los *menores* que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, *en interés superior del niño y con respeto a sus derechos*. (...) Cabe añadir que la presente Ley debe ser siempre interpretada *con arreglo al principio del interés superior de los menores*, que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en los procesos de adopción internacional[39].

La presente Ley establece el marco jurídico y los instrumentos básicos para garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar *en consideración al interés superior del menor*[40].

En ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto *se tendrá en cuenta el interés superior del menor* y los vínculos sustanciales del supuesto con España[41].

En ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera de adopción simple, o menos plena, si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español. A tal efecto, *se tendrá en cuenta el interés superior del menor*[42].

[Nuestro énfasis].

### El “interés superior” en la última ley sobre Infancia en Cataluña

En la legislación de Cataluña, la comunidad autónoma donde más adopciones transnacionales se han tramitado, las adopciones se rigen por el *Libro II del Código Civil sobre la Persona y la Familia*. En octubre de 2008 toda la prensa sin excepción[43] daba cuenta de un anteproyecto de ley impulsado por la Consellera M. Tura para la modificación de dicho *Libro*.

La reforma del articulado sobre adopción tenía por objetivo, se dijo, garantizar la completa equiparación de derechos entre hijos/as adoptados y biológicos. Sin embargo, en la presentación del Anteproyecto de ley y durante su tramitación parlamentaria, lo que más atención concitó fue la decisión de garantizar por ley el derecho de los niños y niñas adoptadas a conocer esa condición antes de los 12 años. Esta propuesta –según declaró M. Tura– no inventaba nada, ya que tenía equivalentes en las legislaciones italiana, noruega e islandesa, además de que tomaba en cuenta una recomendación explícita de la Organización Mundial de la Salud (OMS), preocupada por el síndrome de rechazo a los padres y madres adoptantes que suelen desarrollar los hijos e hijas que descubren tarde y mal que han sido adoptados[44].

El revuelo mediático y parlamentario suscitado durante la tramitación del anteproyecto sugiere que el principio del “interés superior” –además de ser un “significante vacío” que se *rellena* de acuerdo al contexto social y cultural en el que se crea, sanciona y aplica una legislación– se presta a una singular diversidad de interpretaciones. En este sentido, la obligación de informar a las personas adoptadas de que lo son antes de los doce años establecido por la ley contrasta con el silencio de la misma ley sobre idéntico tema –el de los orígenes– en relación con las personas gestadas por técnicas de reproducción asistida con donación de material genético o subrogación. Ese silencio, por otra parte, es coherente con una legislación sobre técnicas de reproducción asistida que, desde su primera aprobación y en todas las modificaciones posteriores[45], mantuvo el carácter anónimo de la donación de óvulos, semen o embriones con fines reproductivos, a diferencia de lo establecido en otros países de Europa (Inglaterra, Suecia, Austria, Alemania, Noruega, Finlandia), donde han desanonimizado la donación de material genético para garantizar los derechos de las personas gestadas por donación[46].

En el *Parlament de Catalunya*, Convergència i Unió –por entonces el primer partido de la oposición pero que había presidido el gobierno entre 1980 y 2003 y, posteriormente, desde 2010– señaló que, si bien no cuestionaba el derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes, la disposición suponía una intromisión inaceptable en la vida familiar. Por su parte, el representante del Partido Popular, Jordi Montanya, fue un paso más allá, calificándola como “totalmente desafortunad[a]”, por “vulnera[r] la libre autonomía de los padres para informar *o no* a su hijo de su condición de hijo adoptado y buscar el momento más adecuado para hacerlo”[47].

Frente a estos argumentos, que evidencian la tensión entre los plenos derechos de los niños/as en tanto personas (adoptadas) y el de sus padres y madres en el ejercicio de la potestad parental, Agnès Pardell –del grupo parlamentario socialista– defendió que la ley se limitaba a “recoger la aspiración de muchos hijos adoptados y seguir las recomendaciones de *la psicología y la psiquiatría* en este punto”[48] [nuestro énfasis]. El recurso a la ciencia (a la que se supone objetiva) fue también el argumento esgrimido para contrarrestar las críticas de intervención en el ámbito privado de la familia:

(...) lo admitimos, este intervencionismo. Consideramos que es necesario este intervencionismo y que de lo que estamos tratando, justamente, es de persona y familia, en la que tenemos en cuenta los elementos civilistas, pero también los fundamentos de la psicología. Y entendemos claramente que no es aplicable al Código de familia la asepsia civilista, que es propia del derecho patrimonial[49].

Significativamente, ningún representante parlamentario de ningún partido parece haber pensado en los derechos de los niños y las niñas adoptadas o, si lo hicieron, consideraron que no era una argumentación lo suficientemente fuerte para esgrimirla en el debate, lo que da cuenta de cuán adultocéntricas suelen ser, paradójicamente, las decisiones sobre la infancia.

El artículo, finalmente, fue aprobado con el siguiente redactado:

Los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como máximo, *cuando cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor*[50]. [Nuestro énfasis].

La referencia al “interés superior” (la única explícita en los 52 artículos de la sección de la ley dedicada a la filiación adoptiva) no constaba en el anteproyecto de ley presentado en 2008, sino que apareció posteriormente, en el proyecto de ley de enero de 2009. Nada se dice acerca de cuáles son las circunstancias en que el *derecho* a conocer su condición de adoptado/a puede

ser negativo para el niño o la niña. No obstante, parece evidente que –como sucedía hace años en relación con la mujer u otros colectivos ‘minorizados’, sobre cuyos derechos y la manera de ejercerlos decidían las personas *encargadas de protegerlas*–, el texto señala que son los padres y/o madres –quizás también asesorados por psicólogos/as y psiquiatras– quienes decidirán sobre ello. Así, la polémica obligación quedaba de antemano vacía de contenido, es decir, era un “significante vacío”.

### El “interés superior” en otros textos

La referencia recurrente al principio del “interés superior” no es exclusiva de la legislación española y catalana. También está presente en otros textos relacionados con la infancia en general.

En el *Plan Estratégico de Infancia y Adolescencia 2006-2009*, elaborado por el Observatorio de la Infancia dependiente de la Dirección General de las Familias[51] y la Infancia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, encontramos uno de los escasos intentos de definir el contenido del principio del interés superior del niño/a, probablemente para eliminar –o reducir– las dificultades para su interpretación y aplicación:

El principio del interés superior del niño/a [...] se refiere a que, en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se realizará una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño. Ello conlleva el compromiso de *asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él* ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.[52] [Nuestro énfasis].

El texto alude al compromiso de cuidado y protección en aras de asegurar el bienestar del niño/a, pero siempre teniendo en cuenta los derechos y deberes de “sus padres, tutores u otras personas responsables”. Una vez más, el “interés superior” se orienta hacia la protección, eludiendo cualquier referencia a otros derechos de los niños/as. Asimismo, resulta significativo que los únicos derechos que se mencionan en el texto sean los de las personas adultas.

La *Guía para solicitantes de adopción internacional* publicada por el Ministerio de Sanidad y Política Social en 2011, por su parte, recomienda:

Como en el caso de la adopción nacional, [en la adopción internacional] el principio inspirador fundamental es siempre el *interés superior del menor*, que es el bien fundamental a proteger en todos los casos, aunque, *como es lógico*, se tengan también en cuenta los *legítimos intereses de las demás personas implicadas*.[53] [El énfasis es nuestro].

Este texto explicita muy claramente la tensión entre el interés *superior* del niño y la niña –a quienes, como toda la legislación española y catalana siguen denominando “menor”– y otros “legítimos intereses” que, “como es lógico”, deberían tenerse en cuenta en los procesos de adopción. Estos intereses legítimos no parecen ser otros que intereses adultos. Si bien constituye una evidencia de cómo se propone aplicar el “interés superior” en el contexto de la adopción, sorprende que la prevalencia de los intereses adultos por sobre el de los niños y niñas se considere lógica. En puridad, si hay un interés superior (el del “menor”) que debe prevalecer sobre los demás (los de las personas adultas), no tiene sentido que “se tengan también en cuenta” estos últimos, a no ser que sea para supeditarlos al primero. A ello no parece dar lugar la palabra *aunque* que vincula ambas partes de la oración. Tampoco el hecho de que no se señale que los “*legítimos intereses de las demás personas implicadas*” se tendrán en cuenta siempre y cuando no interfieran en el “interés superior” de los niños y las niñas, por lo que su mención en este contexto resulta, cuando menos, llamativa.

En la adopción transnacional, se ponen en contacto no solo dos legislaciones y procedimientos sino también dos construcciones culturales de “la infancia”, “la familia”, “la felicidad”, “el amor” y “la comprensión”. Por ello, resulta aún más difícil saber si todas las instancias intervinientes están interpretando y decidiendo de la misma manera en función del “interés superior” de tener una familia del niño o la niña –un ciudadano/a que no vota ni contribuye–, o del derecho a tener un hijo/a de las personas adultas –votantes y contribuyentes–. Esta dificultad se evidenció cuando un grupo de familias que habían adoptado en Nepal, al saber que los niños y niñas que habían adoptado no eran huérfanos, acudieron a plantearle esta cuestión a un alto cargo del organismo responsable de adopciones transnacionales, quien les respondió que aquí ya lo sabían, pero que “eso” formaba parte del ámbito de decisiones de las autoridades de Nepal.

E. J. Graff[54] ha señalado que, para muchas familias estadounidenses, la adopción transnacional resulta “más segura, más fiable y con más probabilidades de éxito” que las adopciones nacionales, donde hay “un enorme miedo a que la madre biológica cambie de opinión a última hora”. Esto no sucede en las adopciones transnacionales, señala la autora, favorecidas por un océano de por medio, pero también por la menor regulación existente en los estados donde se adopta. Cabe señalar que los padres –generalmente madres– biológicos, pobres y analfabetos, gozan de menor protección que en los países adoptantes. Por tanto, en las adopciones transnacionales, el (*des*)encuentro entre dos legislaciones, procedimientos, formas de hacer familias e infancias, “morales”, “éticas” e interpretaciones del “interés superior” es, además, un (*des*)encuentro desigual.

En otros sitios[55] hemos señalado que no siempre las adopciones constituyen un sistema de protección de la infancia como pretenden las convenciones internacionales, aunque los países las hayan ratificado. Ello es así, entre otras cosas o quizás fundamentalmente, porque cada estado, cada administración y/o cada profesional interpreta y aplica el principio del “interés superior” de acuerdo no solo a su contexto cultural sino también a su propio criterio, en la convicción –muy humana por otra parte– de que “como lo hago yo o nosotros, es decir, mi cultura, es como se hace”. Esta interpretación y aplicación ‘libre’ es, de alguna manera, propiciada por las mismas convenciones, legislaciones y normativas, al no señalar explícitamente qué se entiende por “amor”, “felicidad” y “comprensión”, así como por familia, niño/a o “interés superior”, para mencionar lo establecido por la *Convención de Derechos de la Niñez*.

### El “interés superior” en la práctica

La referencia recurrente al principio del “interés superior” también está presente en las prácticas relacionadas con la infancia en general y la adopción en particular, las que analizadas detalladamente evidencian una singular heterogeneidad en su aplicación, lo que probablemente insinúa o esconde dificultades en la interpretación del principio.

A través de dos casos, mostraremos cómo la interpretación y aplicación del principio del “interés superior” de la niñez en la adopción transnacional son con frecuencia orientadas por la consideración de la infancia como objeto de protección más que como sujeto de derechos y por una particular interpretación de esa protección, así como por las desigualdades inherentes a la circulación infantil a través de la adopción[56]. Se trata de dos casos que, si bien no se presentan como ejemplos de la generalidad de las prácticas e, incluso, podrían considerarse –o al menos eso esperamos– casos extremos o excepcionales, dan cuenta de la compleja resolución en la práctica de la tensión entre el niño/a como objeto de protección y las personas adultas como sujetos de derechos en la adopción transnacional y en la toma de decisiones que se fundamentan en la aplicación del principio del “interés superior”.

#### El caso de Raju

Una conocida ONG internacional preguntó a un integrante de nuestro grupo de investigación (AFIN) si podía ayudarla a contactar con la familia adoptiva de Raju[57], un niño al que probablemente –como ha sucedido con otras adopciones realizadas en Nepal– habrían adoptado sin saber que su madre de nacimiento no había dado su consentimiento, a pesar de lo cual, ahora “solo” deseaba tener noticias de su hijo y que él supiera que no lo había abandonado.

De acuerdo con la información enviada por la ONG, Raju había nacido en 1998 y fue adoptado en 2003, a la edad de cinco años. Su primera madre tenía catorce años cuando dio a luz a su único hijo, producto de un matrimonio concertado con un hombre de treinta y tres, alcohólico, sin empleo y violento. Estas circunstancias no le impidieron aceptar, cuidar y sostener a su hijo con el apoyo de su familia hasta que, para evitar el acoso y el maltrato, dejó el lugar donde vivía y se trasladó a la capital con su hijo. Allí, para poder trabajar, encontró a una mujer que regentaba un hogar infantil que se ofreció a cuidar de Raju a cambio de una retribución. Bina lo visitaba semanalmente pero, por un trabajo en la agricultura, hubo de ausentarse tres semanas, durante las cuales su hijo fue dado en adopción.

Seis años después, tras realizar las comprobaciones correspondientes y averiguar los datos de la familia que había adoptado a Raju, la ONG contactó con la administración responsable de las adopciones transnacionales. En respuesta, recibió una carta que decía que “la niña” (sic) había sido adoptada de acuerdo con las leyes nepalíes, españolas y catalanas que implican un corte definitivo con la familia de origen y crean una relación irreversible con la familia adoptiva.

Si bien la carta manifestaba respeto por los sentimientos de Bina, indicaba a continuación que “*la menor*” tiene nacionalidad española y “su vida está en este país donde está completamente integrada, es una hija deseada y con sus necesidades materiales y afectivas completamente cubiertas”. No obstante, y dado que la legislación catalana “regula el derecho de las personas adoptadas cuando legalmente llegan a la edad para hacerlo, a buscar sus orígenes” –para lo cual obliga a las autoridades competentes a preservar toda la documentación en relación con ellas– sugerían que

La sra. [Bina] les envíe una carta dirigida a “la” menor y, si cuando posteriormente alcance legalmente la edad, *ella* (sic) desea descubrir más sobre sus orígenes, podrá acceder a esta información. Hasta ese momento, como autoridad competente en términos de la ley catalana e internacional en temas de adopción internacional, creemos que el contacto con la menor no es posible porque implicaría un severo daño *para sus propios intereses y los de su familia*. [Nuestro énfasis].

No reiteraremos aquí el rol de las disciplinas de base jurídica en todo aquello que tiene que ver con la gobernabilidad y la construcción de subjetividades. Sí insistiremos en cambio en la necesidad de repensar a la familia (y la nación) como un ámbito de pertenencia exclusiva y excluyente[58], como ha propuesto la academia y, sobre todo, las personas adoptadas[59], que reclaman su derecho a la doble pertenencia o a una filiación aditiva en lugar de exclusiva y excluyente.

La carta no hace ninguna referencia a si se ha consultado con el niño y/o con su familia adoptiva, a pesar de que la Convención de Derechos de la Niñez reconoce derechos plenos a los niños y las niñas. Tiene sentido preguntarse, entonces, si el hecho de que Raju tuviera nacionalidad española y una vida en el país era una razón suficiente e incontestable para evitar cualquier tipo de contacto entre su familia adoptiva y su madre de nacimiento, hasta que él lo decidiera por sí mismo en su mayoría de edad. Tiene sentido la pregunta también en relación con la *Ley de Adopción Internacional de 2007*, que recoge expresamente en su artículo 12 que “las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o *durante su minoría de edad representadas por sus padres*, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas Españolas” [nuestro énfasis]. Asimismo, la pregunta tiene sentido también en el



contexto de la nueva ley de familia catalana, que establece los doce años –la edad que tendría Raju cuando se emitió dicha carta– como la máxima para que los niños y las niñas sepan que han sido adoptados. La respuesta presenta, una vez más, un caso claro de tensión entre el reconocimiento y ejercicio de los derechos de Raju como persona y lo que alguien consideró que era la mejor forma de protegerlo a él y a su familia adoptiva. O tal vez solo a esta última, pues como manifestaba recientemente un alto cargo del organismo responsable de las adopciones en Catalunya en el contexto de un curso de especialización en adopción y acogimiento para profesionales, “podríamos decir que, mientras para la DGAIA [la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia] el cliente son los niños, para nosotros [el Instituto Catalán de Acogimiento y Adopción] *el cliente son las familias*”. [Nuestro énfasis].

### El caso de Ángel

El siguiente caso que presentamos es el de un niño de origen etíope de algo más de cuatro años, a cuya ciudad natal llegó un día un funcionario de los servicios sociales buscando menores ‘adoptables’ para un orfanato de la capital. El niño fue declarado huérfano de padre y madre, y trasladado a la casa-cuna de una ECAI[60] española en la capital del país. Dos semanas después, conocería allí a quienes serían sus padres y sus dos hermanos mayores, hijos biológicos de la pareja que lo adoptaba. Con un nuevo nombre, Ángel[61], el pequeño viajó a España con su nueva familia.

Quince días después, el padre y la madre adoptivos de Ángel acudieron a los servicios sociales porque el niño, según la versión de un técnico testigo del proceso, les parecía “difícil, muy movido”. Según la visión de esa misma persona, se trataba de “un niño asustado al que se le estaba pidiendo demasiado”. Tres meses después, y tras un breve paso de quince días por una familia voluntaria, Ángel ingresó en un centro de menores. A pesar de que en España existía y existe una larga lista de familias declaradas idóneas para adoptar esperando la asignación de un niño o niña –y de que Etiopía es el segundo país donde más adoptan las familias catalanas y españolas–, un año después Ángel seguía institucionalizado porque el niño estaba aún demasiado “esvarat” (palabra catalana que se traduciría por “agitado”) para intentar su integración en una nueva familia.

Entretanto, y a través de otra mujer española que adoptó al primo de Ángel y que viajó en repetidas ocasiones a Etiopía, se supo que su madre de nacimiento no solo seguía viva, sino que preguntaba y pedía noticias sobre él. A través de esta madre adoptiva, le envió una carta en la que le decía que esperaba que tuviera una mejor vida y le pedía que fuera un buen hijo con su nueva familia:

[Nombre de la madre] quiso saber insistentemente dónde había ido a parar su hijo, me pidió fotografías, me preguntó si podrían hablar por teléfono y me dio fotos de ella con sus dos hijos. [Madre adoptiva del primo biológico de Ángel. Cita original en catalán].

El caso de Ángel, en apariencia tramitado de acuerdo a las normativas nacionales e internacionales y al principio del “interés superior”, es representativo de las múltiples interpretaciones del mismo que pueden producirse en relación con un mismo caso. Su familia adoptiva cumplió con los requisitos para obtener el certificado de idoneidad[62] y una entidad (ECAI) acreditada por la administración tramitó su adopción. Sin embargo, su primera madre nunca firmó el consentimiento informado que requiere el artículo 4 del *Convenio de la Haya* de 1993, sino que en su lugar se emitió un certificado de orfandad que señalaba que su padre y madre habían muerto, y que no había nadie en la familia cercana para hacerse cargo de él. De esta manera, Ángel fue declarado huérfano y, por tanto, *adoptable*. Tras el fracaso de la adopción, pasó a estar de nuevo bajo tutela estatal, aunque esta vez en territorio español, una situación peculiar, cuando menos, aunque acorde al principio del ‘*clean break*’[63] y, por tanto, de filiación excluyente que garantiza la pertenencia a una nación –aunque no a una familia en este caso–: repudiado por su familia legal y añorado por su madre biológica con quien ya no tenía ningún lazo legal, Ángel quedó bajo tutela de la administración, viviendo y creciendo en un centro de menores.

El *Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional* contempla en su artículo 21 la posibilidad de que “el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no respond[a] a su *interés superior*”. Para estos casos, el convenio prescribe que se tomarán “las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para”:

a) *retirar* al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado *provisional*;

b) en consulta con la Autoridad Central del Estado de origen, *asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción* o, en su defecto, *una colocación alternativa de carácter duradero*; la adopción del niño solo podrá tener lugar si la Autoridad Central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos;

c) como último recurso, *asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés*.

*Teniendo en cuenta especialmente la edad y grado de madurez* del niño *se le consultará* y, en su caso, se obtendrá su consentimiento en relación a las medidas a tomar conforme al presente artículo[64].

[Nuestro énfasis].

Quienes decidieron la institucionalización de Ángel, aplicaron –a petición de la familia adoptiva, es decir, ‘sus clientes’– el apartado a), pero al parecer no contemplaron ninguno de los siguientes. Aun sabiendo que Ángel no era huérfano y que tenía una madre de nacimiento que preguntaba por él, la posibilidad de retorno no parece haber estado nunca en consideración y, al menos durante un tiempo prolongado, tampoco su colocación en otra familia adoptiva. ¿Se habrá pensado que para su “interés superior” era más adecuada una institución en destino que su madre o familia de nacimiento con limitados recursos económicos en origen?

Todos quienes tomaron decisiones sobre el niño dijeron que lo hicieron pensando en su “interés superior”. En su “interés” y en la posibilidad de un futuro promisorio en Europa pensó alguien en su país de origen ante una madre de nacimiento, sola y con otro hijo mayor a su cargo, a la que ninguna institución, etíope o española, le ha dicho aún que “su” hijo ya no está con una familia en España sino que es un “huérfano social” que crece en un centro porque, desde la perspectiva jurídica y a todos los efectos, Ángel ya no es su hijo. También en su “interés superior” dicen que pensó su familia adoptiva, renunciando a él para que los servicios de protección asumieran su tutela. Quienes aceptaron su abandono o ‘devolución’ también dicen que pensaron en su “interés superior”, y decían seguir pensando en ello mientras lo mantenían en un centro porque era “muy difícil buscar una nueva familia para el niño por su desestabilización emocional”. Lo que no se sabe es qué pensaba Ángel de “su interés” porque, cuando ingresó en el centro, no había aprendido castellano o catalán pero también porque, en tanto que “menor”, tampoco se lo hubiera consultado.

Este caso pone de relieve de nuevo la tensión entre el niño/a como sujeto de derechos y como objeto de protección. De acuerdo a la *Convención de Derechos del Niño* de 1989, se debe garantizar a los niños/as el derecho “a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos”[65] y “a un nivel de vida adecuado”[66]. En la adopción transnacional, la pobreza y la falta de recursos caracterizan a muchas familias y países de origen. Si bien reiteradamente se ha señalado que la pobreza no debe ser causa de adopción, frecuentemente quienes interpretan la Convención parecen priorizar el derecho a “un nivel de vida adecuado” –aunque suponga vivir en un centro– en detrimento del derecho “a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos”. Es la pobreza –y la posibilidad de “un nivel de vida adecuado” con arreglo a la noción occidental o euro-americana del bienestar– la que actúa como legitimadora de algunas adopciones transnacionales, a pesar de que el artículo 2 de la *Convención de Derechos de la Niñez* señala que sus derechos deben garantizarse con independencia de la situación económica del niño/a o su familia.

## Algunas consideraciones finales

Más de una década de adopciones transnacionales a gran escala en Cataluña y España parecen mostrar que, más allá de la temprana ratificación de las Convenciones internacionales relacionadas con la infancia realizada por España, no es posible asegurar que la “consideración primordial” que las orienta sea “el interés superior” del niño o la niña ni a qué alude este principio exactamente. Como hemos demostrado, este principio se ve frecuentemente atravesado por una concepción de la infancia como *objeto* de – cierta forma de– protección antes que como *sujeto* de derechos, así como por las desigualdades entre las familias y países entre los cuales circulan los niños/as adoptados.

Como ha señalado Judith Modell, en la actualidad la adopción solo es posible –es decir, las familias adoptivas solo pueden ser habilitadas a serlo– si alguien, generalmente una madre, previamente ha sido desposeída o ha renunciado a su hijo o hija –en otras palabras, si ha sido inhabilitada–[67]. Por tanto, desde el inicio mismo, la interrelación, plantea una jerarquización entre partes. Modell señala que, en el caso de las adopciones abiertas[68] en Estados Unidos, la relación entre familias de nacimiento y adoptivas no crea parentesco porque las desigualdades entre ellas, muy presentes en las prácticas adoptivas estadounidenses, favorecen a las segundas[69].

Las desigualdades entre las familias de origen –es decir, las que ‘producen’ y ‘dan’ los niños/as en adopción– y las que los adoptan impregnan los discursos y prácticas en torno a la adopción transnacional. La adopción en España se ha construido sobre una paradójica intersección entre la solidaridad con la infancia y la reproducción asistida[70] pero, sobre todo, sobre la necesidad de externalizar ciertas etapas de la reproducción –o de la ‘producción’ de niños/as–, por lo que la solidaridad con la infancia se ha supeditado a esa necesidad reproductiva.

Por ello, los discursos sobre el rescate se centran en los niños/as ‘adoptables’, entendiendo la adoptabilidad como la posibilidad de incorporarlos a familias que adoptan porque desean –‘necesitan’– una hija o un hijo lo más pequeño y saludable posible, es decir, lo más semejante al hijo/a al que se hubiera accedido a través de la reproducción y de la reproducción asistida. En otras palabras, lo más semejante al que proporciona el modelo biológico de reproducción. La lógica del *rescate*, por tanto, olvida a aquellos niños y niñas en condiciones más difíciles pero que no encajan en los rangos de edad y perfiles demandados por la mayor parte de quienes desean ser padres y madres a través de la adopción. Al margen de los discursos de la solidaridad, quedan también sus madres y padres de nacimiento, invisibilizados y convertidos –no siempre de forma voluntaria[71]– en donantes –‘productores’– de hijos e hijas.

Los casos de Raju y Ángel son ejemplos de las desigualdades inherentes y permanentes que rodean a la adopción. A sus madres de nacimiento no se les reconoce ningún derecho, ni siquiera a tener noticias de quienes fueron sus hijos y a los que no renunciaron expresa e informadamente –como exige el Convenio de la Haya de 1993– ni les fueron retirados por negligencia[72].

Más de dos décadas después de la aprobación de la *Convención de Derechos de la Niñez*, la penetración de los discursos que construyen la infancia como un estadio de vulnerabilidad y dependencia del mundo adulto sigue dificultando el reconocimiento de la autonomía y los derechos de los niños y niñas. Cuando se examinan de cerca las decisiones tomadas en nombre del “interés superior”, se constata el acierto de Shanahan[73] al señalar que la frontera entre la infancia y la edad adulta es a menudo manipulada en beneficio de esta última y de sus intereses.

En la práctica, tanto las disposiciones legislativas como la ejecución y aplicación de las mismas transmiten un pertinaz adultocentrismo: antes y después de la adopción, los derechos de los niños y niñas son con frecuencia supeditados a su *necesidad de protección* y a los *derechos* de las personas adoptantes (adultas). Los padres y madres en primera instancia, y los y las profesionales de forma subsidiaria, deciden por y sobre ellos y ellas, sobre su presente y su futuro, con apoyo en el principio del “interés superior”. Si bien la legislación reconoce a los niños y niñas el derecho a ser consultados y escuchados, como señala Shanahan[74], son los adultos quienes “controlan la conversación”, decidiendo si y cuándo conviene a *su* interés consultarlos o escucharlos.

En este sentido, no es extraño aunque sí significativo que, a más de veinte años de ratificada la Convención, en España los discursos sobre la adopción y la protección de la infancia aún sigan refiriéndose a los niños y niñas como “menores”. Esta denominación –crecientemente cuestionada en otros ámbitos y que desapareció, por ejemplo, en la nueva legislación brasilera sobre la materia[75]– no solo acentúa la distancia entre la edad adulta y la niñez, sino que, como señaló García Méndez[76], su uso para referirse a los jóvenes delincuentes o los niños y niñas en situación de riesgo construye una categoría residual respecto del mundo de la infancia. Quienes deben tomar decisiones sobre su situación o su futuro se enfrentan (probablemente en muchas ocasiones no de forma consciente) a la disyuntiva entre priorizar sus intereses y derechos o los de sus padres y madres que, en tanto que personas adultas, son titulares indiscutibles de derechos, además de ciudadanos contribuyentes.

## Agradecimientos

Este artículo se realizó en el contexto del proyecto I+D “Adopción Internacional y Nacional. Familia, educación y pertenencia: perspectivas interdisciplinarias y comparativas” (MICINN CSO2009-14763-C03-01 subprograma SOCI).

Agradecemos la lectura y los comentarios a versiones previas de este texto a Claudia Fonseca, Barbara Yngvesson y Dolors Comas.

## Notas

[1] Ariès 1962 [1960], Qvortrup 2005a, Qvortrup 2005b, Zelizer 1985, Zelizer 2005.

[2] Ariès 1962 [1960], p. 295-296.

[3] Therborn 1996, p. 30.

[4] Howell 2006, p. 43-46.

[5] Lee 1993.

[6] Freeman 1992, Holloway 2000.

[7] Key 1900a, Key 1900b.

[8] Lengborn 1993.

[9] Therborn 1996.

[10] *EP* (suplemento dominical del diario *El País*), 30 octubre de 2011.

[11] Zelizer 1985.

[12] Hinton 2008, Shanahan 2007.

[13] Whiting 1953, Whiting 1963, Whiting 1966, Whiting *et al.* 1975, Whiting y Edwards 1988, Hardman 1973.

[14] LeVine 2007.

[15] Lee 1993.

[16] Taylor y Percy Smith 2008.

[17] Lee 1993.

[18] Maurás 2011.

[19] Holloway y Valentine 2000 p. 5.

[20] Freeman 1992.

[21] Hinton 2008.

[22] Artículo 3.1.

[23] Artículo 1.

[24] Edel y Edel 1968 [1959].

[25] Edel y Edel 1968 [1959], p. 4.

[26] Edel y Edel 1968 [1959]).

[27] Ver Edel y Edel 1968 [1959], p. 7.

[28] Pels 1999, citado por Caplan 2003, p. 3.

[29] Shore 1999, 124 citado por Caplan 2003, p 4.

[30] Therborn (1996, p.30) señala que, junto a la filantropía y la medicina, la ley y los legisladores han jugado un rol importante en la preocupación por la infancia, aunque se trataría de una visión de la misma ligada a la delincuencia juvenil y a la infancia en peligro moral o legal: “en Europa el cuidado y la protección de la infancia fueron, al menos hasta los 60, términos legales que hacían referencia a niños y niñas que transgredían la ley o en peligro de hacerlo”.

[31] Artículo 3.1.

[32] Artículo 3.2.

[33] Artículo 5.

[34] Artículo 9.

[35] Artículo 14.

[36] Podríamos acudir a varios casos recientes que han mostrado que las decisiones de los padres y madres no siempre son las más adecuadas para los niños y niñas. En algunos casos, las situaciones se han agravado especialmente por la confianza depositada en padres, madres y otras personas adultas responsables, o por la necesidad de respetar los derechos de esas personas adultas por parte de una larga cadena de profesionales y técnicos/as encargados del bienestar y la protección infantil. El caso Baby P de Gran Bretaña, los casos Alba y Claudia de Cataluña o el conocido como el del Monstruo de Amstetten en Austria, además de los incluidos en el Informe Ryan de la República de Irlanda sobre los abusos cometidos con menores de edad por parte de miembros de la Iglesia Católica, a quien se había confiado la educación y protección de la infancia irlandesa, son sólo algunos ejemplos –es de esperar que extremos y excepcionales– que, sin embargo, podrían estar ilustrando la paradójica situación de la infancia en el mundo contemporáneo señalada por J. Qvortrup (2005), según la cual, la mayor ‘protección’ implica en realidad una mayor invisibilidad y silenciamiento a través de apropiación y/o el ‘secuestro’ de la voz de los niños y niñas.

[37] Fass 2011.

[38] El Convenio entró en vigor el 1 de septiembre de 2011.

[39] Ley 54/2007, Exposición de motivos.

[40] Ley 54/2007, art. 2.

[41] Ley 54/2007, art.23.

[42] Ley 54/2007, art.31.

[43] *El Mundo* 10/10/2008, *El País* 10/10/2008, *La Vanguardia* 11/10/2008, *El País* 12/10/2008, *El Periódico* 19/10/2008.

[44] *El Periódico* 19/10/2008, *El Mundo.es* 10/10/2008.

[45] La *Ley 14/2006, de 26 de mayo*, vigente en la actualidad, prevé el anonimato total de las y los donantes de material genético con fines reproductivos, de manera que su identidad nunca será revelada. El anonimato de las personas donantes estaba ya recogido en la *Ley 35/1988* (BOE de 26 de noviembre de 1988, con corrección de errores en BOE de 24 de diciembre de 1988), la primera aprobada en España sobre la materia, que fue modificada por la Disposición *final tercera de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, y la *Ley 45/2003* (BOE de 22 de noviembre de 2003).

[46] En relación a este tema, ver Collard y Kashmeri 2009.

[47] *Diari de Sessions del Parlament de Catalunya*, 4 de marzo de 2009, p. Serie P - Núm. 75, p. 32-33.

[48] *idem* p. 29.

[49] *idem* p. 29-30.

[50] *Libro II del Código Civil sobre la Persona y la Familia*, artículo 235-50.

[51] La denominación de este organismo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales reconocía, a partir de la inclusión de *Familias* en plural, la diversidad de prácticas familiares, pero no así las diversas infancias. En diciembre de 2011, con la asunción del gobierno del Partido Popular, la dirección ha pasado a denominarse “Dirección General de *Servicios* para la *Familia* y la Infancia” (Real Decreto 1887/2011; BOE 315 de 30/12/2011). El Ministerio del que depende también ha cambiado su denominación para pasar a ser de “Sanidad, *Servicios* Sociales e Igualdad” (Real Decreto 1823/2011; BOE 307 22/12/2011). A él corresponde “la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de cohesión e *inclusión social*, de familia, de *protección del menor* y de atención a las personas *dependientes* o con *discapacidad*, y de igualdad” (Art. 14 del Real Decreto 1823/2011). En esta definición de las funciones del organismo, la protección del “menor” ya no solo es prioritaria sobre el ejercicio pleno de sus derechos, sino que estos últimos ni siquiera se mencionan.

[52] p. 17.

[53] Palacios 2010, p. 94.

[54] Graff, 2008.

[55] Marre 2009, Marre y Briggs 2009 y Marre 2010.

[56] Ver por ejemplo Smolin 2005, Kapstein 2003; Bergquist 2009.

[57] Nombre ficticio.

[58] Ver Yngvesson 2002.

[59] Ver por ejemplo San Román en prensa.

[60] Las siglas ECAI se corresponden con Entidades Colaboradoras de la Adopción Internacional. Son organismos seleccionados mediante concurso público y acreditadas para gestionar adopciones en otros países.

[61] Utilizamos este nombre ficticio para preservar la identidad del menor. Con este mismo nombre, la historia se reprodujo en el dominical del diario La Vanguardia en diciembre de 2008 (San Román 2008).

[62] El certificado de idoneidad es un documento imprescindible para iniciar un proceso de adopción. Tras asistir a los cursos de formación obligatoria, los adoptantes son evaluados por profesionales que elaboran un informe psicosocial sobre su candidatura. Si este es favorable, la administración expide el correspondiente certificado que les declara aptos para adoptar.

[63] El principio del “clean break” (ruptura limpia) supone la ruptura total con el pasado (y con la familia de nacimiento). Se supone que de este modo se garantiza una total inclusión de los niños y niñas adoptadas en su nueva familia y en su nueva nación (Yngvesson 2000). Este principio de ruptura total con el pasado está siendo cuestionado de forma creciente pero en España, donde la adopción abierta no está contemplada en la legislación, sigue siendo la norma tanto para las adopciones nacionales como para las transnacionales.

[64] Conferencia de la Haya, 1993, art. 21.

[65] ONU, 1989, Artículo 7.

[66] ONU, 1989, Artículo 27.

[67] Modell 2002.

[68] Por adopciones abiertas nos referimos a aquellas en las que la familia de origen y la adoptiva mantienen algún tipo de contacto. Este tipo de adopciones no están contempladas en la legislación española, pero sí en la de algunos países, incluidos los EE.UU.

[69] Modell 2001. En el mismo sentido argumentan Ragone y Twine (2000) respecto a la gestación subrogada.

[70] Berástegui Pedro-Viejo 2010.

[71] Ver los artículos de Briggs y Rotabi en este mismo volumen.

[72] Su caso contrasta con el de la célebre Madeleine McCann, la pequeña inglesa desaparecida en 2007 en Praia da Luz, Portugal. Cuatro años después del suceso, el tema sigue vivo en los medios catalanes y españoles. Entre otros muchos ejemplos, el 18/05/2011 La Vanguardia, el diario de mayor tirada en Cataluña, publicaba una noticia firmada por la agencia EFE bajo el título “Scotland Yard dedicará 30 detectives a buscar a Madeleine”; El País del 19/10/2011 dedicaba su contraportada a una entrevista con el matrimonio McCann titulada, firmada por María R. Sahuquillo. Si una ONG localizara ahora a la niña en Catalunya, quienes negaron a Bina –mujer de escasos recursos, nepalí, lejana no solo geográficamente– la posibilidad de establecer contacto o tener noticias de su hijo ¿tendrían dudas sobre los derechos del matrimonio McCann –blancos, europeos y de clase acomodada– para contactar con su hija?

[73] Shanahan 2007.

[74] Shanahan 2007.

[75] *Estatuto da Criança e do Adolescente*, aprobado por la Ley 8.069 de 13 de julio de 1990.

[76] García Méndez, 1997.

## Bibliografía

ARIÈS, Ph. *Centuries of Childhood: A Social History of Family Life*. New York: Vintage Books, 1962 [1960].

BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. Adopción Internacional: ¿Solidaridad con la Infancia o Reproducción Asistida? Aloma, *Revista De Psicología, Ciències de l'Educació i de l'Esport*, 2010, vol. 27. p. 15-38.

BERGQUIST, Kathleen Ja Sook. Operation Babylift Or Babyabduction? Implications of the Hague Convention on the Humanitarian Evacuation and “rescue” of Children. *International Social Work*, 2009, vol. 52, no. 5. p. 621-633.

CAPLAN, Patricia. Introduction. The ethics of anthropology: debates and dilemmas. In CAPLAN, Patricia (ed.). *Anthropology and Ethics*. London; New York: Routledge, 2003, p. 1-33.

COLLARD, Ch. y KASHMERI, S. “De Embriones Congelados a Siempre Familias”: Ética del Parentesco y Ética de la Vida en la Circulación de Embriones entre las Parejas Donantes y las Adoptantes en el Programa Snowflakes™. *Revista De Antropología Social*, 2009, vol. 18. p. 43-67.

EDEL, M. y EDEL, A. *Anthropology and Ethics: The Quest for Moral Understanding*. Cleveland: Press of Case Western Reserve University, 1968 [1959].

FASS, Paula S. A Historical Context for the United Nations Convention on the Rights of the Child. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2011, vol. 633, no. 1., p. 17-29.

FREEMAN, Michael. Children, rights, and the law. In ALSTON, Philip, *et al.* (eds.). *Taking Children's Rights More Seriously*. Oxford; New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1992, p. 52-72.

GARCÍA MÉNDEZ, E. *Derecho de la infancia/ adolescencia en América latina: de la situación irregular a la protección integral*. Ibagué: Forum Pacis, 1997.

GRAFF, E. J. The Lie we Love. *Foreign Policy*, nov./dic., 2008.

HARDMAN, Charlotte. Can there be an Anthropology of Children? *Journal of the Anthropological Society of Oxford*, 1973, vol. 4, p. 85-99.

HINTON, Rachel. Children's Participation and Good Governance: Limitations of the Theoretical Literature. *The International Journal of Children's Rights*, 2008, vol. 16, no. 3, p. 285-300.

HOLLOWAY, Sarah y VALENTINE, Gill. *Children's Geographies: Playing, Living, Learning*. Routledge (Critical Geographies), 2000.

HOWELL, Signe. *Kinning of Foreigners: Transnational Adoption in a Global Perspective*. New York: Berghahn Books, 2006.

KAPSTEIN, Ethan B. The Baby Trade. *Foreign Affairs*, vol. 82 (6), 2003.

- KEY, Ellen. *Barnets Århundrade Studie* (Vol.I). Stockholm: Bonniers, 1900a.
- KEY, Ellen. *Barnets Århundrade Studie* (Vol.II). Stockholm: Bonniers, 1900b.
- LE VINE, Robert Alan. Ethnographic Studies of Childhood: A Historical Overview. *American Anthropologist*, 2007, vol. 109, no. 2, p. 247-260.
- LEE, John Alan. Three Paradigms of Childhood. *Canadian Review of Sociology/Revue Canadienne de Sociologie*, 1993, vol. 30, no. 4, p. 591-608.
- LENGBORN, Thorbjörn. Ellen Key (1849-1926). *Perspectivas: Revista Trimestral de Educación Comparada*, 1993, vol. XXIII, no. 3-4, p. 873-886.
- MARRE, D. Los silencios de la adopción en España. *Revista de Antropología Social*, 2009, vol. 18, p. 97-126.
- MARRE, D. Entre el 'Superior Interés del Menor' y el 'Derecho al Hijo': Los Dilemas de la Adopción en España. In VILLALTA, Carla (comp.). *Infancia, justicia y derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad de Quilmes, 2010.
- MARRE, D. y BRIGGS, L. (eds.). *International Adoption: Global Inequalities and the Circulation of Children*. New York: New York University Press, 2009.
- MAURÁS, Marta. Public Policies and Child Rights: Entering the Third Decade of the Convention on the Rights of the Child. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2011, vol. 633, no. 1, p. 52-65.
- MODELL, J. S. New Directions in Anthropological Kinship. In STONE, Linda (ed.). *Open Adoption: Extending Families, Exchanging Facts*. Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 2001.
- MODELL, J. S. *A Sealed and Secret Kinship: The Culture of Policies and Practices in American Adoption*. New York; Oxford: Berghahn Books, 2002.
- PALACIOS, Jesús. *La Aventura de Adoptar. Guía para solicitantes de adopción internacional*. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Sanidad y Política Social, 2010.
- QVORTRUP, Jens. Varieties of Childhood. In QVORTRUP, Jens (ed.). *Studies in modern childhood: society, agency, culture*. New York; Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2005a, p. 1-20.
- QVORTRUP, Jens. *Studies in Modern Childhood: Society, Agency, Culture*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire; New York: Palgrave Macmillan, 2005b.
- RAGONE, Helena y TWINE, France Winddance. An Introduction: Motherhood on the fault lines. In RAGONE, H. y Twine, F. W. (eds.). *Ideologies and technologies of motherhood, race, class, sexuality, nationalism*. New York; London: Routledge, 2000, p. 1-10.
- SAN ROMÁN, Beatriz. Cuando las adopciones fallan. *La Vanguardia/ Magazine*, 7 de diciembre de 2008, p. 38-42.
- SAN ROMÁN, Beatriz. "I Am White ...Even if I Am Racially Black"; "I Am Afro-Spanish": Confronting Belonging Paradoxes in Transracial Adoptions. *Journal of Intercultural Studies*, in press.
- SHANAHAN, Suzanne. Lost and found: The Sociological Ambivalence Toward Childhood. *Annual Review of Sociology*, 2007, vol. 33, no. 1, p. 407-428.
- SMOLIN, David M. Child Laundering: How the Inter-country Adoption System Legitimizes and Incentivizes the Practices of Buying, Trafficking, Kidnapping, and Stealing Children. *Bepress Legal Series*, 2005, Working Paper 749, no. de agosto, p. 113-200.
- TAYLOR, Marilyn y PERCY-SMITH, Barry. Children's Participation: Learning from and for Community Development. *The International Journal of Children's Rights*, 2008, vol. 16, no. 3, p. 379-394.
- THERBORN, G. Child Politics: Dimension and Perspectives. *Childhood*, 1996, vol. 3, p. 29-44.
- WHITING, John W. M. *Child Training and Personality: A Cross-Cultural Study*. New Haven: Yale University Press, 1953.
- WHITING, Beatrice B. (ed.). *Six Cultures: Studies of Child Rearing*. New York: Wiley, 1963.
- WHITING, John W. M. *Field Guide for a Study of Socialization*. New York: Wiley, 1966.
- WHITING, Beatrice B.; WHITING, John Wesley Mayhew; LONGABAUGH, Richard and FISCHE, John. *Children of Six Cultures: A Psycho-Cultural Analysis*. Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press, 1975.
- WHITING, Beatrice B. y EDWARDS, Carolyn Pope. *Children of Different Worlds: The Formation of Social Behavior*. Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press, 1988.
- YNGVESSON, B. "Un Niño De Cualquier Color": Race and Nation in Inter-country Adoption. In JENSEN, J. y SOUSA SANTOS, B. (eds.). *Globalizing Institutions: Case Studies in Regulation and Innovation*. Aldershot: Ashgate, 2000, p. 247-305.
- YNGVESSON, B. Placing the "Gift Child" in Transnational Adoption. *Law & Society Review*, 2002, vol. 36, no. 2, p. 227-256.
- ZELIZER, Viviana. *Pricing the Priceless Child: The Changing Social Value of Children*. New York: Basic Books, 1985.
- ZELIZER, Viviana. Studies of Modern Childhood: Society, Agency and Culture. In QVORTRUP, Jens (ed.). *The Priceless Child Revisited*. New York; Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2005, p. 184-199.

© Copyright Diana Marre y Beatriz San Román, 2012.  
© Copyright Scripta Nova, 2012.

Edición electrónica del texto realizada por Beatriz San Román Sobrino.

Ficha bibliográfica:

MARRE, Diana y SAN ROMÁN, Beatriz. El "interés superior de la niñez" en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones. *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. [En línea]. Barcelona: Universidad de Barcelona, 15 de marzo de 2012, vol. XVI, n° 395 (9). <<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-395/sn-395-9.htm>>. [ISSN: 1138-9788].

Índice del nº 395



Índice de Scripta Nova

Menú principal