

LOS PERFILES DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA LEY 54/2007 DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

THE RULES ON THE INTERNATIONAL JURISDICTION IN THE SPANISH INTERNATIONAL ADOPTION LAW (LAW 54/2007, DECEMBER 28TH)

Esther Gómez Campelo*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS OBJETIVOS DE LA NUEVA NORMATIVA. III. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. IV. VALORACIONES ANTE UN RESULTADO DISPAR

RESUMEN: El 30-XII-2007 entró en vigor la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, con el objetivo de facilitar los instrumentos normativos necesarios para que el proceso adoptivo tenga lugar con las máximas garantías y el respeto de los intereses de los adoptandos. La nueva Ley quiere reunir todos los aspectos de Derecho Internacional Privado relativos a este tema; es decir, se quiere agrupar en un único texto la regulación de la competencia, la ley aplicable y los efectos de las resoluciones extranjeras en materia de adopción. El legislador español ha pretendido eliminar las deficiencias jurídicas que han motivado desafortunados fallos judiciales, aunque a veces no lo logra. El interés de la nueva ley es evidente por muchas causas y no todas jurídicas.

ABSTRACT: The Law 54/2007 of 28 December, on International Adoption, which entered in force on 30th December 2007, has amended the rules of procedure relating to international adoption. The objective of this law is to provide the necessary legal instruments so that the adoptive process takes place with maximum guarantees and the respect for the interests of the children to be adopted. The new Act wants to cover all the involved issues of Private International Law: applicable law, jurisdiction, recognition and enforcement of foreign decisions in matters of adoption. The Spanish legislator has intended to eliminate - although sometimes fails - the legal deficiencies which have motivated in the past unfortunate judicial judgments. The interest of this new Act is evident for many reasons and not all of a legal character.

PALABRAS CLAVES: adopción internacional, normativa española, regulación competencia judicial internacional (reglas sobre la competencia judicial internacional)

KEYWORDS: International adoption, Spanish legislation, International jurisdiction of courts (rules on the international jurisdiction of courts)

Fecha de recepción del artículo: 14 de octubre de 2009. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de noviembre de 2009

* Prof. Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos. Página web esgomez@ubu.es

I. INTRODUCCIÓN

1. Algunas precisiones acerca del concepto

La adopción es un acto jurídico a través del cual se crea un vínculo de parentesco que establece relaciones jurídicamente análogas a las que resultan de la relación paterno-filial por naturaleza. Pero además y sobre todo, la institución se concibe como un mecanismo de protección de aquellos menores que se encuentran en situación de “*abandono y desamparo estructural*”¹, de forma que ambas funciones se complementan e implican. Será internacional cuando alguna de las partes intervinientes -adoptante o adoptando, bien por su nacionalidad o en razón a su residencia habitual- o el lugar donde se lleve a cabo, estén impregnados del elemento extranjero.

El desarrollo armónico de la personalidad del adoptando conforma una premisa reiterada, exigiendo de los poderes públicos la permanente labor de control en el seguimiento de los cauces habilitados para su concreción efectiva y una fiscalización de las actuaciones de los particulares implicados como adoptantes y adoptandos. La intervención preceptiva de las autoridades públicas (administrativas y judiciales) resulta, pues, plenamente compatible con la adopción como institución integrada en el Derecho de Familia, y su carácter pragmático -que permite dar amplia cabida al interés público en un ámbito cada vez menos privado- está fuera de toda duda² en la medida en que su objetivo nuclear consiste en proporcionar a los menores en situación de desamparo un entorno seguro, permanente y estable en el seno de una familia. Toda la normativa convencional vigente, así como las legislaciones nacionales en sus diversas expresiones territoriales, regulan la adopción con una compleja urdimbre sustentada en el interés del menor, como bien jurídico superior a proteger. Siendo, como es, desde siempre una noción imprecisa, abstracta y variable, dotarla de límites y fijar contenidos es más difícil de lo que a simple vista pudiera parecer³.

En este ámbito, la presencia de varios países complica aún más la situación, al enfrentarse valoraciones estatales no siempre coincidentes y en cuya resolución resulta

¹ ESPINAR VICENTE, J. M^a., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Edit. Civitas, Madrid 1996, p. 361.

² CARRILLO CARRILLO, B., “Carácter, objetivos y ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”. Universidad de Murcia. *Anales de Derecho* n° 20, 2002, pp. 252 y ss. También, IRIARTE ÁNGEL, J. L., Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español”, *Mundialización y familia* (Dir. CALVO CARAVACA, A. L. e IRIARTE ÁNGEL, J. L.), Edit. Colex, Madrid 2001, pp. 103 a 127.

³ La importancia de esta cuestión es tal que son numerosas las obras dedicadas a su estudio. Cito, ejemplificativamente, algunas de ellas a efectos de consulta: BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “El interés del menor como factor de progreso y unificación”, *Revista Jurídica de Catalunya* 1994; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional”, *REDI*, vol. XLVIII, 1996-1; VARELA GARCÍA, C., “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto”, *Actualidad Civil*, n° 12, 1997; HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Edit. Lex Nova, Valladolid 2004; ABARCA JUNCO, P., (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, volumen II, UNED 2008.

capital la actuación del correspondiente órgano judicial, bajo criterios que han de regirse siempre por la ponderación y la presencia de otros intereses en juego, también susceptibles de tutela e intentando omitir el componente subjetivo que inexorablemente, termina acompañando a todo acto discrecional⁴.

Siendo prioritario mantener al niño en el seno de su familia de origen, evitándole cualquier cambio traumático en su entorno, la adopción internacional se nos presenta como una institución necesaria aunque de carácter marcadamente subsidiario. Asegurar al menor su inserción en un núcleo familiar adecuado es un objetivo contemplado en todas las legislaciones nacionales y en todos los textos convencionales en vigor; pero la posibilidad de formar parte de una familia adoptiva exige una ponderación de intereses que pasen prioritariamente por la idea de continuidad en el entorno social y familiar del menor para lograr su pleno desarrollo⁵. La concurrencia de intereses ha de marcar los límites que cada autoridad judicial deberá calibrar. Así se nos presenta la adopción como una institución de naturaleza tradicionalmente privada pero con la nueva dimensión pública que ofrece la creciente intervención combinada de autoridades administrativas y judiciales⁶.

⁴ Se expone esta cuestión de un modo interesante, didáctico y bien documentado en ALONSO CRESPO, E., *Adopción nacional e internacional. Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos. Formularios. Anexos*. Edit. La Ley Actualidad, Madrid 2004, pp. 20 a 34.

⁵ La idea de continuidad se sustenta en la Convención ONU sobre los derechos del niño, de 20 de diciembre de 1989 (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990). Artículo 20: “1. *Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.* 2. *Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.* 3. *Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del Derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico*”. Es también de interés, MAYOR DEL HOYO, M^a V., “En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los derechos del niño”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 7, 1995 (Ejemplar Monográfico sobre protección de menores), pp. 135-166.

⁶ Sobre la evolución de la institución adoptiva: ADROHER BIOSCA, S., “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/ 2007, de 28 de diciembre, de los “santos inocentes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 711, enero-febrero 2009; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios)*, Edit. Comares, Granada 2008, pp. 7 a 11; GUZMÁN PECES, M., *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*. Edit. La Ley, Madrid 2007; CALZADILLA MEDINA, M^a A., *La adopción internacional en el Derecho español*, Edit. Dykinson, Madrid 2004, pp. 21 a 27; SOLÉ ALAMARJA, E., *Todo sobre la adopción*, Edit. Vecchi, Barcelona 2003; DURÁN AYAGO, A., “La filiación adoptiva en el ámbito internacional”, *La Ley* nº 5272, 21 de marzo de 2001; GUZMÁN ZAPATER, M., “Adopción internacional: ¿cuánto queda de Derecho internacional Privado clásico?”, *Mundialización y familia* (Dir. Por CALVO CARAVACA e IRIARTE ÁNGEL), Edit. Colex, 2001, pp. 83 a 120; BUCHER, A., “La famille en Droit International Privé”, *RCADI*, vol. 283, 2000, pp. 19 y ss. ; ADROHER BIOSCA, S., “La adopción internacional: una aproximación general”, *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, UPCO, Madrid 1998, pp. 229 a 304; ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I., “La adopción internacional (I)”, *BIMJ* nº 1808, 1997, pp. 2181-2201; ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I., “La adopción internacional (II)”, *BIMJ* nº 1809, 1997, pp. 2287-2306; ESPLUGUES MOTA, C., “El “nuevo” régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1997, pp. 33 a 74; BOUREL, P., “Adoption”, *Jurisclasseur de Droit International*, Fasc. 548-4, 1995; JAYME, E., “L’adozione internazionale.

Con el ánimo de ahorrar esfuerzo al lector y a sabiendas de que la trayectoria histórica del concepto ha sido reiterada y exhaustivamente tratada, omitiré su recorrido evolutivo y me colocaré en el último mojón del camino -cronológicamente hablando- para abordar tal cuestión. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (en adelante LAI) en su artículo 1,2 entiende por adopción internacional “*el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos*”. Esta definición, caracterizada por su más que generoso perfil, merece un análisis más detenido pues en él se destacan dos elementos que animan a una breve reflexión, el vínculo de filiación y la internacionalidad de la relación⁷.

1. Al hablar de “vínculo jurídico de filiación”, el legislador pretende abarcar una serie de realidades. Aunque el título de la Ley y su contenido se refieren a la adopción como concepto general, lo cierto es que en la mayoría de los preceptos se está regulando la que recae sobre menores, sobreentendido el supuesto excepcional, pero posible, de una adopción de mayor de edad o menor emancipado.

Aun cuando esta variante esté incluida -tal y como hace el Código Civil (en adelante CC) español en su artículo 175,2-⁸ la Ley se preocupa, y mucho, desde su Exposición de Motivos en reseñar su consideración por el interés superior del menor en situación de abandono. Hablar de “adoptandos” es pues, por definición, pensar en “menores afectados por una situación irreversible de desamparo⁹. Que la vinculación deba ser “jurídica” deja fuera numerosas situaciones de hecho, socialmente equiparables a la adopción -caso de la *kafala*-, pero alejadas del nexo jurídico de filiación al que la Ley se refiere. Eso sí, no se precisa que el vínculo jurídico deba estar determinado por la Ley española. Finalmente, la ligazón jurídica ha de ser “de filiación”. Aquí se plantea el debate entre adopción plena y simple, ésta última, tolerada, regulada o rechazada según el ordenamiento estatal que se contemple. Los diferentes modelos legales que coexisten en el Derecho Comparado han de permitirnos mirar con amplitud situaciones ajenas a las contempladas en el ordenamiento español, pero dotadas de amplio contenido y efectos jurídicos en otros¹⁰.

Tendenze e riforme”, *Rivista di Diritto Civile*, 1984, pp. 545 a 558; DE NOVA, R., “Adoption in Comparative Private International Law”, *RCADI*, 1961-III, pp. 75 a 158.

⁷ Sobre ambos elementos disertan CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., en su libro *La Ley 54/2007...*, op. cit., pp. 40 a 44.

⁸ Sobre el “Derecho puerocéntrico” -en palabras de CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., en *La Ley 54/2007...*, p. 9- la prioridad de la LAI es manifiesta. En todo caso, conviene apuntar que la citada Ley se refiere a la adopción en general, aunque valorando también -eso sí, excepcionalmente-, la de los mayores de edad; no es habitual, por lo que se verá regulada análogamente por las normas que se aplican a la adopción de menores, pero sí aparece contemplada en el artículo 175,2 del CC: “... *por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o de convivencia, iniciada antes de que el adoptante hubiere cumplido los catorce años*”.

⁹ ESPINAR VICENTE, J. M^a, *El matrimonio y las familias...* op. cit., p.362.

¹⁰ CALVO BABÍO, F. considera que la adopción simple también da lugar a un vínculo filiativo, pero sin los efectos jurídicos propios de la adopción plena del Derecho español. Así lo expone en *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*. Universidad Rey Juan Carlos. Edit. Dykinson, Madrid 2003, pp. 97 a 122. Sobre el particular, también ESPINAR VICENTE, J. M^a, *El*

2. La presencia del elemento extranjero califica la figura de internacional, sin más; su consideración no exige que aquel ostente la suficiente relevancia. Basta con que la nacionalidad o la residencia habitual se presenten como conexiones alejadas del ordenamiento español para que la adopción tenga naturaleza internacional, y ello independientemente de que sea española o extranjera la autoridad competente para su constitución. Esta afirmación, que no hace sino amagar en la superficie del precepto, no es fácil de asimilar. Como ya algún autor ha indicado¹¹, es fácil pensar en supuestos concretos en los que el tenor literal puede contravenir la teleología de la norma; el menor marroquí nacido en España y con residencia en nuestro país ¿sería sujeto de una adopción internacional? En estricta lectura del artículo 1,2 no se puede sino asentir, eso sí, con perplejidad; Y más teniendo en cuenta que esta respuesta ha de acompañarse correlativamente de la aplicación del artículo 4,1-b, que impide tramitar su adopción si sus autoridades nacionales no la controlan y garantizan. Y es sabido que Marruecos carece de “autoridad específica” para llevar a cabo esas funciones al no reconocer la institución adoptiva.

Lógicamente, cuando pensamos en una adopción internacional no imaginamos un supuesto semejante, sino la situación de un menor -o mayor de edad, que es también posible aunque la LAI parezca olvidarse: recordemos el citado artículo 2- físicamente alejado, residente en otro Estado. Así lo define el artículo 2,1 del Convenio de La Haya 1993 (en delante CLH 93), exigiendo que el niño haya sido, sea o vaya a ser “*desplazado a otro Estado*”; este sería el supuesto lógico y el que está en la mente de todos.

2. Caracteres de su regulación: dispersión normativa y reformas inarmónicas

Desde 1978 con la promulgación del texto constitucional, se han sucedido disposiciones destinadas a reformar la filiación modificando el preexistente diseño de estructura familiar y reconduciendo los derechos y deberes de sus integrantes de manera más acorde con las premisas que la Constitución fija.

Desde el punto de vista de las normas autónomas, el CC fue objeto de reformas parciales en todos los aspectos relacionados con la institución adoptiva, como requisito de adecuación a la norma fundamental; también la Ley Orgánica 1/1996 (a partir de ahora LOPJM)¹² y la Ley 13/2005¹³ han supuesto una significativa evolución respecto

matrimonio y las familias..., *op. cit.*, p. 370 y LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., “Adopción simple internacional: una visión desde el punto de vista de la tolerancia y a favor de los intereses superiores del niño”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* nº 3, 2005, pp. 369 a 400.

¹¹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., Recensión sobre el libro *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional* (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ), *REDI*, vol. LX, 2008,1, pp. 349 a 351.

¹² El artículo 9,5 Código Civil fue reformado sucesivamente por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción; por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, [sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo](#); por la Ley Orgánica 1/1996, de 14 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por la Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código Civil.

de los hipotéticos adoptantes, parejas de hecho o del mismo sexo, respectivamente. Además, no hay que olvidar el papel creciente que desempeñan las normas de las Comunidades Autónomas, cuya competencia en materia de asistencia social y protección de menores, claramente descentralizada, les es atribuida por el artículo 148,1-20 de la Constitución y cuya justificación también se ampara en la relevancia que el CLH 93 concede a las Autoridades Centrales, entes administrativos carentes de perfil judicial, pero de una importancia incuestionable (la LOPJM las denomina “Entidades Públicas”, en su ya derogado artículo 25). El Convenio considera que tales Autoridades vendrán determinadas por cada ordenamiento, lo que en el nuestro conlleva tantas como Comunidades Autónomas¹⁴, en una atomización competencial que no por ser constitucionalmente reconocida ha de quedar huérfana de seguridad jurídica.

Junto a ellas, la presencia de fuentes de dimensión internacional¹⁵ como el Convenio de La Haya relativo a la protección de menores y a la adopción internacional, de 1993 y la ya mencionada Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, han fijado reglas en las que el interés del menor prima sobre cualquier otra consideración y fundamenta las decisiones de las autoridades competentes. Nadie duda de la importancia de estos Instrumentos de Derecho convencional en el marco regulador interno y de su trascendencia a efectos interpretativos cuando se vean afectados derechos fundamentales (artículo 10,2 de la Constitución)¹⁶, lo que no obsta para que en

Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., “La nueva orientación de la adopción internacional en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre” *Diario La Ley* 1988, tomo 4, p. 783. También, BOUZA VIDAL, N., “La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987 (II).

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

¹³ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio.

¹⁴ TOLIVAR ALAS, L., “Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores”, *RAP* nº 124, 1991.

¹⁵ Los textos internacionales más destacados son: Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre Competencia de las autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores (Instrumento de ratificación 29 abril 1987); Convenio de La Haya, de 5 octubre 1961 sobre Supresión de la exigencia de legalización de documentos públicos extranjeros; Convenio sobre Relaciones consulares hecho en Viena, de 24 abril de 1963 (arts. 1, 5 y 70); Convenio sobre dispensa de legalización de ciertos documentos, hecho en Atenas, el 15 de septiembre de 1977 (arts. 1 a 3); Convenio de Múnich, de 5 de septiembre de 1980, relativo a la ley aplicable a los nombres y a los apellidos (arts. 1 a 5); Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional (ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995); Convenio de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, hecho en La Haya (arts. 1 a 4 y 33).

¹⁶ Sobre la protección del adoptando menor de edad y el interés superior del menor en la normativa convencional, vid. PÉREZ VERA, E., “El Convenio sobre los derechos del niño”, *Garantía internacional en los derechos sociales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales. Documentos Internacionales 1990 y también PÉREZ VERA, E., “El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, vol. XLV, 1993; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La familia en los

ninguno de los dos casos pueda hablarse de una regulación completa y generalizada entre los Estados parte.

Además, dejando a salvo el CLH 93 -al que regresaré reiterada aunque intermitentemente-, es difícil ver una garantía de eficacia integral en el tratamiento de la institución que ahora se analiza, ni en la norma emanada de las Naciones Unidas¹⁷ -que sólo aporta algunas directrices de marcado carácter general- ni en el “otro” Convenio de La Haya, relativo a la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción, de 15 de noviembre de 1965¹⁸. Pero es que tampoco el Convenio 1993 contiene reglas para determinar la competencia judicial internacional o la ley aplicable a los supuestos de adopción; tan sólo se detiene en regular la cooperación recíproca en los procedimientos adoptivos y en el reconocimiento tras su válida constitución.

No olvidemos, en el Derecho convencional, la presencia de otros textos de desigual relevancia, de los que España adopta el papel de mero observador, como el Convenio del Consejo de Europa sobre adopción de menores¹⁹ o, en el marco geográfico americano, la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, de 1984 aprobada por la CIDIP-III²⁰ y la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, de 1994 aprobada por la CIDIP-V²¹. Y lo cierto es que no existen instrumentos internacionales de ámbito convencional que permitan unificar las normas internas de los Estados.

También los Instrumentos bilaterales llevados a cabo por nuestro país, siempre con el referente del CLH 93 y sus pautas informadoras, han supuesto un notable esfuerzo para garantizar la seguridad jurídica en las adopciones que tengan lugar entre los Estados implicados²².

Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, vol. XLV, 1993-1, pp. 7 a 37; Van LOON, H., “Rapport sur l’adoption d’enfants originaires de l’étranger”, *Actes et documents de la dix-septième session de la Conférence de La Haye de Droit International Privé*. Bureau Permanent de la Conférence, 1994.

¹⁷ MIRALLES SANGRO, P. P., en el Capítulo “Filiación por naturaleza/biológica y adopción”, Tema XXI del Volumen II *Derecho Internacional Privado*, (Dir. ABARCA JUNCO) Edit. Colex, UNED 2008, habla de la tradicional fragilidad de la normativa nacida de la ONU (*vid.* pág. 211).

¹⁸ Austria, Reino Unido y Suiza fueron los únicos Estados parte y a lo largo de los años 2003 y 2004 los tres procedieron a su denuncia. En todo caso, conforme a su artículo 23, este Convenio ha dejado de tener efecto el 23 de octubre de 2008.

¹⁹ Hecho en Estrasburgo, el 24 de abril de 1967. Forman parte de él Alemania, Austria, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Macedonia, Liechtenstein, Noruega, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía, Reino Unido, Suecia y Suiza. España no es Estado parte.

²⁰ Hecha en La Paz, el 24 de mayo de 1984. Forman parte Belice, Brasil, Chile, Colombia, México y Panamá.

²¹ Hecho en México, el 18 de marzo de 1994. Forman parte Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay.

²² Protocolo de 2 de abril de 1993, firmado entre el Comité Rumano de Adopciones y el Ministerio de Asuntos Sociales de España para la coordinación de las Adopciones Internacionales entre Rumanía y España; Protocolo de 21 de noviembre de 1994, en materia de Adopción Internacional, firmado entre el Ministerio de Asuntos Sociales de España y el Ministerio de la Presidencia de Perú; Acuerdo interinstitucional, de 13 de noviembre de 1995, entre el MTAASS y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en materia de adopción; Protocolo entre el MTAASS y el Ministerio de Bienestar Social de

De este escueto apunte puede extraerse una conclusión que no por prematura ha de considerarse aventurada: y es que la regulación legal de la adopción internacional en nuestro país es tan extensa como compleja si tenemos en cuenta la presencia de reformas sucesivas habidas desde 1981 para acomodarla al texto constitucional²³ que no alcanzan entre sí el necesario engarce como para poder hablar de una normativa ajustada y coherente. Y es que cuando a una adopción internacional se le aplican normas procedentes de distintas fuentes (autonómica, nacional y supranacional) frecuentemente apoyadas en criterios dispares, por una parte se resienten los intereses particulares de quienes pretenden acceder a ella y por otra se ve afectada la propia seguridad jurídica, dañada de forma preocupante ante una legislación inarmónica.

II. LOS OBJETIVOS DE LA NUEVA NORMATIVA

El legislador español ha entendido que aplicar el cauterio a la hipertrofia legislativa en el presente ámbito de la adopción internacional pasaba por el desafío normativo de la elaboración de un texto capaz de fixar con precisión el marco jurídico básico. Tal es así que una de las principales razones que se esgrimieron para abordar un nuevo texto legal supuestamente omnicompreensivo de la institución fue -y así puede leerse en la Exposición de Motivos de la LAI- *“apreciar la oportunidad de una Ley que pusiera fin a la dispersión normativa característica de la legislación anterior y reuniera una regulación completa de las cuestiones de Derecho Internacional Privado necesariamente presentes en todo proceso de adopción internacional”*. Esta iniciativa legislativa que, a priori, ha de ser valorada por su interés en completar y sistematizar una materia de tanta relevancia jurídica y práctica, choca con una redacción algo confusa y con la limitación añadida de carecer de un texto internacional unificador que sirva de referencia²⁴.

Ecuador en materia de adopción internacional, de 18 de marzo de 1997; Acuerdo bilateral del Reino de España y la República de Bolivia en materia de adopciones, Madrid, 29 de octubre de 2001 (BOE nº 304, 20 de diciembre de 2001 y BOE nº 177, de 25 de julio de 2002); Protocolo sobre adopción internacional entre el Reino de España y la república de Filipinas, Manila 12 de Noviembre de 2002 (BOE nº 21, 24 de enero de 2003 y BOE nº 265, 5 de noviembre de 2003) y Convenio de Cooperación en materia de Adopción entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, hecho en Hanói, el 5 de diciembre de 2007 (BOE nº 16, 18 de enero de 2008).

²³ Tras la Constitución, las reformas en el ámbito del Derecho de familia no se hicieron esperar; en escaso período de tiempo se abordaron por el legislador español aspectos vinculados a la filiación y a los mecanismos de protección de menores en las siguientes leyes: Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial; Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican artículos del CC y de la LEC en materia de adopción; Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores; y la ya citada Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y de modificación parcial del CC y de la LEC.

²⁴ Resulta de gran interés el Informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional, de 28 de marzo de 2007. Para obtener información completa, ir a la página web <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm> [Fecha de consulta, 15-IV- 2009]

Cuando en la misma parte expositiva se fija como objeto de esta Ley “... *una regulación normativa sistemática, coherente y actualizada que permite dar respuesta al fenómeno de la adopción internacional en España*”, se está partiendo de una realidad compleja, que se desenvuelve bajo circunstancias económicas y demográficas que provocan nuevas necesidades y demandas sociales que deben ser previstas por los poderes públicos.

Toda adopción internacional supone un desafío jurídico, en la medida en que los instrumentos normativos en juego son diversos y, según ordenamientos, escasamente conocidos. De ahí que, actuar en beneficio de las partes y, básica y prioritariamente, en interés del menor, exija que la adopción tenga lugar bajo las mayores garantías, en el marco del respeto a la seguridad jurídica²⁵. Junto a la adopción consular y a las modalidades autorizadas por las autoridades extranjeras en el extranjero que son posteriormente reconocidas en España, existen numerosos supuestos diferentes de adopción internacional, en los que se combinan las conexiones nacionalidad y residencia habitual de adoptantes y adoptado y sobre los que cabe reconocimiento por las autoridades españolas²⁶.

Sólo mediante un adecuado y riguroso sistema de cooperación entre Estados implicados (de origen y de recepción del adoptando) se asegurará el respeto a las garantías que se contemplan en el Derecho Internacional²⁷ y, lo que es más trascendente para la práctica de la adopción y los intereses de las partes, se favorece la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales extranjeras. Es lógico, pues, que se le conceda un gran relieve a la cooperación entre autoridades, contando siempre con el referente del CLH 93, centrado en la preocupación de mejorar las condiciones de vida de los menores y cuyo objetivo busca garantizar la adopción internacional mediante la instauración de un adecuado sistema de cooperación entre los Estados implicados.

Las respectivas autoridades competentes, denominadas Autoridades Centrales en el artículo 6 del Convenio, tienen unas tareas específicas que han de cumplirse para garantizar la correcta aplicación de la normativa; así:

1. Las Autoridades del Estado de origen se vuelcan en el menor que va a ser, presumiblemente, dado en adopción, estableciendo en su interés su condición de adoptable (que ha sido asesorado e informado o que se han valorado sus deseos y opiniones según su edad y grado de madurez) y el cumplimiento de los requisitos fijados por ese país.

²⁵ ESPINAR VICENTE, J. M^a, “La protección del menor extranjero en el sistema jurídico español” *Infancia y sociedad*, nº 33, 1995.

²⁶ DURÁN AYAGO, A., “La filiación adoptiva en el ámbito internacional”, *Diario La Ley Digital*, nº 5272, 21 de marzo de 2001, p. 3.

²⁷ Sobre el análisis que de la cooperación de autoridades se hace en el Convenio de La Haya 1993, *vid.* ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 327 a 329. También, ARENAS GARCÍA, R., “Relaciones entra cooperación de autoridades y reconocimiento”, *AEDIPr*, vol. 0, 2000; PARRA ARANGUREN, G., *Informe Explicativo del Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección de niños y a la cooperación en materia de adopción internacional*. Edit. Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, 1994, pp. 20 y 21.

2. Las Autoridades del Estado de recepción aseguran la capacidad de los futuros padres adoptivos (“*que... son adecuados y aptos para adoptar*”), las condiciones anejas establecidas por ese ordenamiento, así como el reconocimiento de la adopción constituida en el país de origen del menor (que “*el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado*”).

En el artículo 9 LAI se habla de coordinación de comunicaciones, en una remisión explícita a aquél, siempre que tal comunicación entre autoridades conlleve que los países extranjeros con quienes España ha de relacionarse forman parte del Convenio, o han ratificado otros tratados o convenios internacionales existentes en la misma materia; pero cuando las autoridades centrales españolas deban coordinar sus actuaciones con autoridades extranjeras de países no firmantes, su párrafo 2º indica que habrá de procurarse seguirse ese mismo procedimiento. Esta previsión parece tener su origen en la Comisión Especial para la revisión del funcionamiento práctico del Convenio de La Haya²⁸, que valoraba positivamente la extensión de sus planteamientos a los Estados que no formaran parte de él; pero lo cierto es que, siendo prácticos y realistas, la LAI tan sólo se limita a manifestar un desiderátum de incierta plasmación²⁹. La necesaria cooperación entre las autoridades españolas y las autoridades competentes del país de origen de la adopción contribuye a la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales en la fase de constitución y a facilitar su reconocimiento³⁰.

²⁸ En los Informes y Conclusiones de la Segunda Comisión Especial, que tuvo lugar los días 17 a 23 de septiembre de 2005, se reitera la Recomendación nº 11 que la Comisión Especial llevó a cabo en noviembre-diciembre de 2000 y en la que textualmente se dice: “*Reconociendo que el Convenio de 1993 se funda en principios universalmente aceptados y que los Estados Partes “están convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños”, la Comisión Especial recomienda a los Estados Partes, en la medida de lo posible, aplicar los estándares y salvaguardas del Convenio a los Acuerdos de adopción internacional que efectúen con Estados que no formen parte del Convenio. Los Estados Partes deben también alentar a estos Estados a que con la mayor urgencia posible tomen las medidas necesarias, que pueden incluir la promulgación de legislación y la creación de una Autoridad Central, que posibiliten su adhesión o ratificación del Convenio*”. La Comisión Especial de 2005 respaldó la aplicación continua de esta Recomendación, reafirmada en la nueva Recomendación nº19. Toda la información en http://hcch.e-vision.nl/upload/adoguide_s.pdf Vid. también, p. 144 de *La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de La Haya 1993 sobre adopción internacional. Guía de buenas prácticas*. Guía nº 1. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2008. Igualmente, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “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”, *REDI*, vol. LII, 2000.

²⁹ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El Proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil* nº 22, diciembre 2007, pp. 2601 y 2602. El mismo autor en “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, *Diario La Ley Digital* nº 6910, 25 marzo 2008, año XXIX.

³⁰ ESPINAR VICENTE, J. Mª, “Convalidación, reconocimiento e inscripción de la adopción internacional y derechos del niño: el caso español”, *El Ombudsman iberoamericano y los derechos de la infancia*, Centro de Iniciativa de Cooperación al Desarrollo, Universidad de Alcalá de Henares 1999; también, GUZMÁN ZAPATER, M., “Adopción internacional: ¿cuánto queda...?”, op. cit., pp. 84 y 85; ARENAS GARCÍA, R., “Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento”, *AEDIPr*, vol. 0, 2000, pp. 231 y ss.

Preocupación cuantitativamente relevante para nuestro legislador era cómo dotar de validez en España a las adopciones constituidas por autoridades extranjeras, habida cuenta la importancia numérica que éstas tienen para nuestro ordenamiento (no olvidemos el elevado porcentaje de adopciones que se verifican en otros países y pretenden aquí su reconocimiento y la contrastada diversidad de índole formal y sustantiva que puede llegar a acuñarse en sus resoluciones)³¹. Cuando en el Capítulo III del Título II, la propia LAI (artículos 25 y 26) contempla el reconocimiento de las adopciones, asume que sus reglas autónomas para regular el reconocimiento en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras tienen una eficacia subsidiaria, limitada a los supuestos de adopciones procedentes de países con los que el nuestro no haya firmado tratados o convenios sobre la materia (y que tampoco sea uno de los otros 77 Estados firmantes del Convenio de La Haya³²). De forma que deberemos tener también siempre presentes los artículos 23 a 27 de la norma convencional.

La actuación llevada a cabo por las Autoridades Centrales de los países de origen y recepción (las Entidades Públicas, conforme al artículo 5-c LAI) mediante la que se expide el certificado de idoneidad garantiza la aptitud de los futuros adoptantes y la adoptabilidad del menor. Este doble requisito es imprescindible para que las autoridades competentes emitan el certificado que ha de llevar al reconocimiento, sin que deba entenderse por ello, que la actividad judicial es mera correa transmisora de las decisiones adoptadas por aquellas; la valoración del interés superior del niño puede propiciar, pese a todo, una denegación del reconocimiento. Acerca de la importancia de la fase administrativa previa a la judicial de constitución, se tratará en la última parte de este trabajo.

El reconocimiento automático recae en atención al certificado de conformidad otorgado por el Estado donde tuvo lugar la adopción. De esta forma, entre la cooperación y el reconocimiento existe una relación de medio-fin, que se mueve entre la comunicación de autoridades y la correlativa eficacia extraterritorial de sus decisiones³³. El reconocimiento “de pleno derecho” (artículo 23 Convenio La Haya)³⁴ tiene como premisa la competencia de la autoridad que ha procedido a certificar la adopción.

³¹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, *REEI* n° 17, 2009. Los autores se hacen eco de la mencionada diversidad y plantean que el alejamiento que realizan los artículos 25 y 26 LAI respecto del Convenio de 1993 en cuanto a la exigencia, a efectos del reconocimiento, de que la adopción se constituya por autoridad extranjera competente, deja fuera -o dificulta- situaciones peculiares en las que el mero acuerdo de las partes afectadas perfecciona el negocio jurídico. *Vid.*, pp. 20 y 21.

³² Las estadísticas nos informan que en el año 2007, el 44% de los menores adoptados por españoles eran originarios de Estados no miembros del Convenio (caso de Etiopía, Rusia o Ucrania). En el año 2008, el porcentaje de niños adoptados procedentes de Estados no Parte fue del 72% en Francia, 49,8% en Italia, 28% en Alemania, o el 33,6% en EE.UU.

³³ GUZMÁN ZAPATER, M., “Adopción internacional: ¿cuánto queda de Derecho Internacional Privado clásico?”, *Mundialización y familia* (Dir. CALVO CARAVACA e IRIARTE ÁNGEL), Edit. Colex, Madrid 2001, pp. 99 y ss.

³⁴ Artículo 23,1: “Una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes...”
Información obtenida de la página web de la Conferencia de La Haya de DIP, actualizada a 28-IV- 2009 http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=69 [Fecha de consulta, junio de 2009].

III. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Cuando la adopción adquiere naturaleza internacional su constitución puede abarcar tres modalidades: la celebrada en España ante autoridad española; la que tiene lugar en el extranjero, ante un cónsul español y la que se origina en el extranjero ante autoridad extranjera. Los dos primeros conocen de regulación nacional, propia, mientras que el tercero plantea la necesidad de profundizar en el reconocimiento de las decisiones emanadas por autoridad extranjera, bajo la premisa de ser ante estadística, la modalidad adoptiva internacional cuantitativamente más importante y la que se presenta bajo el perfil clásico de adopción internacional en el imaginario colectivo. En cualquier caso, no está de más recordar que nuestro país no es parte de ningún tratado o convenio internacional sobre competencia para constituir la adopción ni sobre determinación de la ley aplicable, por lo que serán las normativas del Estado de origen y de recepción las que deban tenerse en cuenta por más disparidad que exista entre ellas³⁵.

La adopción es un acto de jurisdicción voluntaria en el que el interés particular puede dar lugar a una relación de filiación aun cuando al mismo tiempo, y en la medida en que han de coexistir interés público y privado, la voluntad intervencionista del Estado comporte la creación de vías de control que adecuen tal acto a los intereses privados y a los de la concreta comunidad en la que el supuesto se origina³⁶. Con todo, las Entidades Públicas, sin ostentar carácter judicial, asumen competencias tan importantes como el desarrollo de la fase de instrucción (artículos 5 a 9 LAI) y la expedición del Informe de idoneidad (artículo 10), remitiéndose al CLH 93 para coordinar la comunicación entre autoridades. Sirva este apunte para indicar que la autoridad judicial sólo va a intervenir en la fase de constitución (y ahora con la nueva Ley, también en la de nulidad, modificación o revisión y conversión de la adopción), dejando a las autoridades administrativas las fases primera (instrucción) y final (certificación a efectos del reconocimiento)³⁷.

La adopción se constituye mediante resolución judicial e intervención del Ministerio Fiscal sin olvidar que la autoridad pública competente debe verificar el cumplimiento íntegro de los requisitos expresados en el correspondiente precepto y valorar la conveniencia u oportunidad de que esa relación o situación vea la luz y, posteriormente, pueda certificarse su constitución. Cuando la autoridad interviniente incoa el expediente

Vid., también, ESPINAR VICENTE, J. M^a, “Problemas relativos a la adopción internacional, con especial referencia al reconocimiento e inscripción de las celebradas en el extranjero”, *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 16, 2003.

³⁵ ALONSO CRESPO, E., *Adopción nacional e internacional...*, op. cit., pp. 847 y 848. El único texto de origen internacional que trata temas relativos a la competencia y la ley aplicable -aunque en un marco material diferente al de la adopción- es el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución, y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores.

³⁶ ALONSO CRESPO, E., “Reflexiones críticas en torno a la constitución de la adopción a través de la jurisdicción voluntaria”, *Revista de Derecho de Familia* nº 3, abril 1999.

³⁷ Con argumentos muy claros y sólidas referencias legales y doctrinales lo expone GUZMÁN ZAPATER, M., “Adopción internacional: ¿cuánto queda...?”, op. cit., pp. 90 y ss.

de adopción intenta no sólo evidenciar el respeto a las condiciones que la norma estipula sino, y sobre todo, apreciar su conveniencia “en interés del menor”, de forma que su presencia inexcusable se nos aparece como requisito en la propia norma³⁸. Determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles en la constitución de adopciones internacionales le corresponde a las normas internas³⁹; en nuestro caso, aparecen expuestas en la LOPJ y en la LAI. Al no existir reglamentación internacional que unifique las normas internas o distribuya los diferentes ámbitos de actividad de los tribunales correspondientes a cada Estado, cada país se encarga de fijar su propio sistema de reglas de competencia⁴⁰. Aunque los artículos 16 y 14 de la reciente Ley parecen derogar el contenido del artículo 22,3 LOPJ en cuanto a la competencia judicial para constitución de la adopción, lo cierto es que sus contenidos no son del todo idénticos y no existe Disposición Derogatoria en la LAI más allá de la que explícitamente recae sobre el artículo 25 LOPJM.

Es aquí donde se plantea una cuestión que iré desgranando a lo largo de las próximas páginas y que radica en la incierta compatibilidad de algunos de los contenidos de los preceptos de ambas normas, sólo en apariencia semejantes.

1. Las previsiones de la LOPJ

No cabe hablar de **fueros exclusivos** en el ámbito de la adopción internacional a tenor de la LOPJ. Los **fueros generales**, contemplados en el artículo 22,2 no son aplicables al supuesto, al encontrarnos ante un acto que exige la previa tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria; la referencia al domicilio del demandado carece de sentido en el marco de la adopción, al no existir litigio y, en consecuencia, ni demandante ni demandado. Y la autonomía de la voluntad, ya sea expresa o tácita en la elección del tribunal competente no tiene cabida si el acto de jurisdicción voluntaria, como aquí sucede, carece de connotación económica⁴¹.

³⁸ Es por lo que ESPINAR VICENTE considera, matizadamente, que los actos de jurisdicción voluntaria ostentan una naturaleza cuasi legislativa. *Vid.* p. 445 de su obra *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*. Universidad de Alcalá de Henares, Madrid 2008.

³⁹ En otro ámbito, el Convenio de La Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 octubre 1961, desplaza la competencia, dentro de su ámbito de aplicación, del artículo 22, apdos. 3 y 4 LOPJ, en cuanto a las medidas a adoptar para la protección de menores.

⁴⁰ Decía FRAGISTAS, C., en su trabajo “La compétence internationale de Droit Privé”, *Recueil des Cours* 1961, Vol. 104, p. 169 que “...en principio no son las reglas de Derecho Internacional las que determinan la competencia judicial de los Estados en el marco internacional. Es el derecho de cada Estado el que define el volumen de su propia competencia en los litigios internacionales”.

⁴¹ Esta solución se ha plasmado en el artículo 66 de la Ley belga de DIPr. de 16 Julio 2004: “*Par dérogation aux dispositions générales de la présente loi, les juridictions belges ne sont compétentes pour prononcer une adoption que si l’adoptant, l’un des adoptants ou l’adopté est belge ou sa résidence habituelle en Belgique lors de l’introduction de la demande. Les juridictions belges sont compétentes pour prononcer la conversion d’une adoption qui n’a pas eu pour effet de rompre le lien préexistant de filiation en une adoption plénière aux conditions visées à l’alinéa 1^{er} ou si l’adoption a été établie en Belgique. Les juridictions belges sont compétentes pour prononcer la révocation d’une adoption aux conditions visées à l’alinéa 1^{er} ou si l’adoption a été établie en Belgique. Les juridictions belges sont compétentes pour prononcer la révision d’une adoption aux conditions visées à l’alinéa 1^{er} si l’adoption a été établie en Belgique ou si une décision judiciaire établissant l’adoption a été reconnue ou déclarée exécutoire en Belgique*”.

En cuanto a los **fueros especiales**, “que operan en defecto de los criterios precedentes” según indica la Ley, el artículo 22,3 atribuye competencia judicial internacional a los tribunales españoles cuando el adoptante o el adoptado tengan nacionalidad española o residan habitualmente en España. Siendo esto cierto, la técnica de bilateralización supondría que la autoridad judicial extranjera sería competente para constituir una adopción en idénticas circunstancias; pero sobre este particular es preciso hacer alguna otra consideración. Si esa adopción en el extranjero recae sobre adoptante o adoptado español o sobre adoptante español con residencia habitual en España -aunque las otras conexiones permitan configurar la válida competencia del juez extranjero-, su eficacia en nuestro país se hará depender del control de la competencia y de la correspondencia de efectos de la institución (en parecidos términos se indicaba en el artículo 9,5-5º CC y ahora en el 26, 2 y 3 LAI).

Así pues, estos dos mencionados criterios, alternativos y fácilmente reconocibles, son los únicos que permiten atribuir la competencia internacional a los tribunales españoles con un marcado criterio de generosidad.

2. Las soluciones de la LAI

El Capítulo I (*Competencia para la constitución de la adopción internacional*) del Título II (*Normas de Derecho Internacional Privado relativas a la adopción internacional*) pretende ofrecer una regulación completa de la competencia de las autoridades españolas para la constitución, modificación, conversión y declaración de nulidad de la adopción internacional. Parece querer situarse cerca del contenido recién mencionado de la LOPJ, centrando los criterios de atribución competencial en la nacionalidad y la residencia habitual que se ostente en el momento de iniciarse el expediente administrativo de adopción.

Para delimitar la competencia objetiva y territorial en la constitución de la adopción, el artículo 16,1 indica: “*La determinación del concreto órgano jurisdiccional competente objetiva y territorialmente para la constitución de la adopción internacional se llevará a cabo con arreglo a las normas de la jurisdicción voluntaria*”. Recordemos que la ausencia de una Ley de Jurisdicción Voluntaria obliga a aplicar el artículo 63,16º de la LEC de 1881⁴², no derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero (Disposición Derogatoria Única 1ª), donde se atribuye competencia al juez del domicilio de la correspondiente Entidad Pública y, en su defecto, al juez del domicilio del adoptante. Que en Convenios como el de La Haya 1993 o en el artículo 22,3 LOPJ se hable de residencia y en la citada norma sobre la Jurisdicción Voluntaria se mencione el domicilio, pone en evidencia la necesaria unificación de criterios en la competencia judicial internacional y en la competencia territorial respectivamente.

⁴² Artículo 63, 16º “*Para determinar la competencia, fuera de los casos expresados en los artículos anteriores, se seguirán las reglas siguientes: (...) En las actuaciones judiciales sobre acogimiento familiar o adopción o en las relacionadas con las funciones de protección encomendadas a las correspondientes entidades públicas, será competente el Juez del domicilio de la entidad y, en su defecto, el del domicilio del adoptante. En las actuaciones judiciales a que se refieren los artículos 179 y 180 del Código Civil será competente el Juez del domicilio del adoptante*”.

Con relación a esta interesante cuestión, es imprescindible recurrir al texto del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria (PLJV)⁴³ para comprobar cómo se reproduce la solución contemplada en el citado artículo 63,16º LEC de 1881.

En línea con los criterios anteriores, el artículo 779 LEC (modificado por la LAI) concede carácter preferente a los procedimientos que se opongan a resoluciones administrativas sobre protección de menores; y, además, atribuye la competencia objetiva a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora y en su defecto, o por incurrir el adoptante en causa de privación de la patria potestad - artículo 179 CC- o por haberse acordado la extinción de la adopción -artículo 180 CC- la competencia recae sobre el tribunal del domicilio del adoptante.

Ahora bien, el artículo 176,2 CC recoge cuatro circunstancias en las que no se requiere una propuesta previa de la Entidad pública a favor de la idoneidad de adoptante o adoptantes: si el adoptando es huérfano y resulta ser pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; si es hijo del consorte del adoptante; si lleva más de un año acogido legalmente con un acogimiento preadoptivo o ha estado durante ese mismo tiempo bajo su tutela o bien si es mayor de edad o menor emancipado. Esto significa que si no existe la propuesta previa de la Entidad española o si adoptante no tiene domicilio en España, el juez español se encuentra sin elementos para ver atribuida su competencia. Para evitar esta circunstancia, el artículo 16,2 LAI prevé que *“En el caso de no poder determinarse la competencia territorial con arreglo al párrafo anterior, ésta corresponderá al órgano judicial que los adoptantes elijan”*. La selección del juez español que lleva a cabo el adoptante sigue el criterio doctrinal denominado *“la solución francesa”*⁴⁴ y se ampara en la autonomía de la voluntad como cláusula de cierre para garantizar la atribución de competencia y resolver, puntualmente los desajustes entre la competencia territorial interna y la competencia judicial internacional sin que en ningún caso se incurra en criterios de atribución exorbitantes.

Por lo dicho anteriormente, resulta desconcertante observar la contradicción de contenidos: el artículo 9,4 del PLJV se posiciona claramente en contra de la citada solución doctrinal -asumida también por la LAI-, cuando indica sin ambages que, respecto a la competencia internacional de los funcionarios y autoridades españoles encargados de la administración de los expedientes de jurisdicción voluntaria, la

⁴³ El artículo 14,2-3º indica, en cuanto a la competencia territorial, que *“En los expedientes de jurisdicción voluntaria que se refieran a menores o incapaces, será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o incapaz. No obstante, en los expedientes sobre acogimiento de menores y adopción, será competente el Juzgado de la sede de la entidad pública que tenga encomendada la protección de menores y, en su defecto, el del domicilio del adoptante”*. [Texto consultado en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, serie II, núm. 115-a, de 24/07/2007 (Congreso Diputados, Serie A, nº 109. Nº exp. 121/000109)]

⁴⁴ Esta *“solución francesa”* ha sido defendida, por la doctrina extranjera desde hace muchos años, entre otros, por BATIFFOL, H., *“Observations sur les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative”*, *De Conflictum Legis. Mélanges offerts à R. D. Kollwijn/J. Offerhaus*. Leiden, Sijthoff 1962, pp. 5 a 24; NEUHAUS, P. H., *“Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht”*, *RabelsZ*, 1955, pp. 240 a 260. Y, en nuestro país, por GONZÁLEZ CAMPOS, J., *“Filiación y alimentos”*, en *Derecho Internacional Privado. Parte Especial* (GONZÁLEZ CAMPOS y otros). Madrid 1995.

concreción territorial de la competencia del juzgado o tribunal español, a falta de las previsiones de la propia Ley, vendrá dada por lugar donde los actos deban producir sus efectos principales. A expensas de que, en algún momento se apruebe la futura LJV, debería considerarse necesario proyectar una redacción congruente entre ambos textos para dotarles de una coherencia interna de la que hoy están privados.

Pasemos seguidamente a ver cómo la nueva Ley fija los criterios de atribución competencial de los tribunales españoles.

A) La competencia judicial internacional para la constitución de la adopción internacional.

Se regula en el artículo 14 LAI. Se recogen cuatro foros alternativos que, al igual que sucede con el artículo 22,3 LOPJ, permiten un amplísimo marco de competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales españoles. Las diferencias que se observan entre ambas Leyes están en la expresión “con carácter general” y en que la LAI fija el momento en que han de tenerse en cuenta las conexiones, nacionalidad y residencia habitual. El carácter mutable de ambas provocaría un posible problema de conflicto móvil si temporalmente no se precisara cuándo tenerlas en cuenta; por esa razón, el artículo 14,2 “congela” el momento en la presentación de la solicitud de adopción. Y en la medida en que las adopciones constituidas por autoridades extranjeras pueden surtir efectos jurídicos en España, no estamos hablando de foros exclusivos⁴⁵. Sobre este extremo volveré más adelante.

Al detallarse los criterios de atribución competencial se observan pautas con un ya mencionado amplísimo contenido sobre la base del principio de personalidad en que se basan los dos foros seleccionados, nacionalidad y residencia habitual del adoptante y del adoptando⁴⁶; el volumen de competencia que recae sobre las autoridades españolas se intenta justificar bajo la pretensión de garantizar la adopción desde la más completa tutela del interés del adoptando menor de edad.

⁴⁵ ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 317. Nacionalidad y residencia se combinan para dar lugar a una adopción internacional; sobre ello, *vid.* BOUZA VIDAL, N., “La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado”, *RGLJ*, vol. XCV, nº 6, diciembre 1987 (II), p. 915.

⁴⁶ “... los tres supuestos posibles de adopciones de tráfico externo en España serían: menor extranjero adoptado por adoptante español; menor español adoptado por extranjero; y menor extranjero adoptado por extranjero. A su vez, cada uno de estos tres grupos podría dividirse en función de la residencia de las partes, en otros muchos. Así, por ejemplo, en el primero cabría diferenciar entre adoptante español residente en España que adopta en España a un extranjero también residente en España; adoptante español residente en España que adopta a un extranjero residente en el extranjero; o, incluso, adoptante español residente en el extranjero que desea adoptar en España un menor extranjero que, a su vez, puede residir en España o en el extranjero. Cada grupo puede ser objeto de estas clasificaciones hasta obtener el esquema completo de posibles supuestos”. Así de gráficamente lo expone ESPINAR VICENTE, J. M^a, *El matrimonio y las familias...*, op. cit., p. 363.

Son muchos los autores que, en nuestra doctrina, defienden tal extensión competencial⁴⁷; pero también fuera de nuestras fronteras puede comprobarse esta tendencia, que ya se ha plasmado normativamente, en textos relativamente recientes⁴⁸. Con todo, tengo la certidumbre de que dotar de protagonismo preeminente, como conexión nuclear, a la residencia habitual permitiría a las autoridades un conocimiento más cercano y, sobre todo, más coherente con el interés del menor; la residencia habitual puede ser considerada como el nexo más realista y así se viene admitiendo desde la Convención sobre Derechos del niño de 1989⁴⁹ al hablar de “país de origen”. Idéntico tenor se ha mantenido por el CLH 93 cuando en su artículo 2,1 equipara el Estado de origen no con la nacionalidad sino con el país donde el adoptando tenga su residencia habitual, a fin de garantizar una continuidad en el tránsito entre necesidades y derechos del menor⁵⁰.

Si unimos todo lo anterior a la exigencia de que la competencia ha de fundamentarse en la cercanía sustancial con el supuesto que se ventila, nos encontramos con que los cuatro foros son dependientes -o están condicionados- por la aplicación del principio de proximidad o “conexión mínima”. El empleo de criterios subjetivos para fundamentar los foros de competencia resulta estar plenamente aceptado en situaciones y relaciones tan estrechamente unidas a la persona como pueda ser la creación del vínculo adoptivo. Dicho con otras palabras: los foros del artículo 14 LAI -y también los del artículo 15- operan bajo el mencionado principio, de forma que si el Tribunal resulta competente en virtud de cualquiera de ellos, deberá valorar inmediatamente después si el grado de cercanía es lo bastante sólido como para justificar su conocimiento. Si la vinculación fuera irrelevante -dado el conjunto de las circunstancias que rodearan al caso- su competencia, sin más, podría ser tenida por exorbitante. De ese modo, se evita la presencia de foros exorbitantes en nuestra legislación, foros que pueden conformar la

⁴⁷ GONZÁLEZ CAMPOS, J., “Filiación y alimentos”, op. cit., pp. 366 a 375; ESPLUGUES MOTA, C., “El “nuevo” régimen jurídico...”, op.cit., pp. 33 a 74; CALVO CARAVACA, A. L., *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Edit. Tecnos, Madrid 1986; BOUZA VIDAL, N., “La nueva Ley 21/87, de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado”, *RGLJ*, vol. XCV, 1987, p. 928; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Edit. Civitas, Madrid 2007, p. 247.

⁴⁸ Artículo 40 de la Ley italiana de DIPr., de 31 mayo 1995: “*Giurisdizione in materia di adozione. 1. I giudizi italiani hanno giurisdizione in materia di adozione allorché: a) gli adottanti o uno di essi o l’adottando sono cittadini italiani ovvero stranieri residenti in Italia; b) l’adottando è un minore in stato di abbandono in Italia*” Artículo 66 del Código belga de DIPr. comprendido en la Ley de 16 julio 2004: “*Par dérogation aux dispositions générales de la présente loi, les juridictions belges ne sont compétentes pour prononcer une adoption que si l’adoptant, l’un des adoptans ou l’adopté est belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l’introduction de la demande*”.

⁴⁹ Nació en el seno de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE de 1 de octubre de 1990). Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, vol. XLIV, 1992, 2, pp. 484 y 485.

⁵⁰ Así lo expresa GUZMÁN ZAPATER, M., “Adopción internacional: ¿cuánto queda...”, op. cit., p. 86.

En el Informe de la Comisión Especial de 2005 “*Informe y Conclusiones de la Segunda Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional (17 a 23 de septiembre de 2005)*” se sugiere concretar el concepto de “residencia habitual”, tras reconocer dificultades de las autoridades para determinar el lugar de residencia de los futuros padres adoptivos. Lectura completa en http://www.hcch.net/upload/wop/adop2005_rpt-f.pdf

constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor. Esta interpretación, que matiza el tono general del precepto, nace con una doble base:

- La expresión “con carácter general” con la que se da inicio al precepto para atribuir competencia a los Juzgados y Tribunales españoles, permite deducir que si esta es la regla, lógicamente es porque caben excepciones⁵¹, con lo que el problema surge de inmediato e inevitable ya que esas aludidas excepciones no se contemplan de modo expreso y con la necesaria precisión. Esta circunstancia, lejos de clarificar, complica y oscurece los criterios de fijación de los foros y, finalmente, podría conducir a una vulneración del principio de su predeterminación legal.

- La rotundidad con que se expresa la Exposición de Motivos (III): “... *Inspirada en el principio de “conexión mínima”, una autoridad española no debe proceder a la constitución, modificación o declaración de nulidad de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España. De ese modo, se evita la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor*”⁵².

No obstante lo anterior, que parece garantizar la adecuación de la competencia de nuestras autoridades judiciales, una posible exorbitancia de los foros del artículo 14 no se corrige mediante el recurso a la Exposición de Motivos, ni apelando al rechazo que las autoridades judiciales deberían hacer a su propia competencia, en aquellas situaciones en que no la percibieran suficientemente justificada. Para evitar un foro exorbitante nada mejor que no propiciarlo. La escasa claridad del legislador conduce, como se ve, a un laberinto surcado por intrincados senderos con una salida incierta. Pasemos ahora a analizar cada uno de los mencionados foros.

1º. Adoptando con nacionalidad española (artículo 14,1-a). La mera nacionalidad si bien no indica un sólido vínculo con el ordenamiento -puesto que la mera atribución de ciudadanía no expresa, *per se*, un nexo real de arraigo con el país- sí al menos manifiesta una conexión lo suficientemente efectiva como para argumentar tal

⁵¹ Estas excepciones no se contemplan en la LAI sino que parecen remitir a la valoración que, en cada caso, puedan hacer los Tribunales que han visto cómo el artículo 14 LAI les atribuye competencia pese al reducido vínculo que, en ocasiones, pueda unirles al caso. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, op. cit., pp. 84 a 90, recurren a la utilización de la “cláusula de desvinculación” para justificar la conducta del Tribunal, excluyéndose de conocer un supuesto de constitución de adopción internacional cuya conexión es meramente formal. Estos autores recurren a la “técnica elástica” sustentada por la doctrina alemana que permite cuestionar la propia competencia del tribunal que conoce a fin de evitar lo que podrían ser adopciones claudicantes por ausencia de conexión.

⁵² Pese a lo que aquí se indica, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, *Diario La Ley Digital* nº 6910, 25 de marzo 2008, año XXIX piensa que la incorporación de la nacionalidad española de las partes puede conllevar una posible exorbitancia de los foros (pp. 4 y 5). Del mismo autor, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, 2007.

competencia, sobre todo si se piensa que suele coincidir con la residencia habitual si hablamos de menores.

2º. Adoptando con residencia habitual en España (artículo 14,1-a). Esta conexión justifica plenamente la atribución de competencia a los Tribunales españoles, al ser el lugar donde el adoptando lleva a cabo su vida de relación, donde se ubica todo su entorno y se desenvuelven sus actividades. Se trata de una noción “de hecho” que parece asegurar el “arraigo” de la persona a un determinado país. Su determinación legal queda a lo establecido en el artículo 40,1 CC⁵³.

No importa, a los efectos que ahora comentamos, que domicilio y residencia no sean coincidentes, o que se tenga otra residencia en otro país; también carece de relevancia que el adoptando sea extranjero. Lo que importa es que, en el ámbito de la familia, se disponga de una conexión con la suficiente entidad, que ancle la relación o situación jurídica al medio en el que se desarrolla su cotidianidad.

3º. Adoptante con nacionalidad española (artículo 14,1-b). Al igual que sucedía en el primer supuesto, también aquí la nacionalidad recoge una conexión de una fortaleza relativa como para configurar un foro competencial, pese a la vinculación con España, que resulta a veces más teórica que real. Ciertamente, permite cubrir situaciones que, en principio, deberían quedar fuera del ámbito de conocimiento de las autoridades españolas; por ejemplo estaría incluida en el precepto la atribución de competencia a la autoridad española respecto a una adopción realizada en España por adoptante español con residencia en Chile sobre un menor chileno con residencia también en ese país andino sobre el que hubiera tenido la guarda de hecho⁵⁴. La conexión nacionalidad ha de ser real y efectiva, por lo que la presencia de varias nacionalidades en virtud de ciertos Convenios de doble nacionalidad siendo, de entre todas ellas, la española la que resulta “hibernada”, no activaría la competencia⁵⁵.

4º. Adoptante con residencia habitual en España (artículo 14,1-b). Existen pocas razones que justifiquen la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles ante una conexión tan débil con el ordenamiento español. Prever que esta sede será la que se mantenga tras la adopción y que, en consecuencia, servirá de “hogar futuro” de la nueva familia recién creada, ha de ser considerado tan sólo como un ejercicio de imaginación; la “futura” residencia habitual del ya adoptado -que sigue, lógicamente, al adoptante en sus desplazamientos- puede resultar una conexión tan original como discutible, aunque no descartable en términos absolutos.

⁵³ En él se indica: “*Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

⁵⁴ Un ejemplo genérico de semejante tenor se alega por CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., en *La Ley 54/2007...*, op. cit., p. 82, para justificar la conexión.

⁵⁵ PÉREZ VERA, E., “El derecho de la nacionalidad (II). La vecindad civil”. *Derecho Internacional Privado*. Volumen I (Dir. ABARCA JUNCO) UNED, Madrid 2008. En su p. 266 la autora dice: “...*De ahí que aunque se mantenga la nacionalidad originaria queden en suspenso los derechos que de la misma se derivan, por lo que en ningún caso podrán invocarse simultáneamente ambas nacionalidades*”.

Lo cierto es que la conexión “nacionalidad” -alejada la sombra del conflicto móvil tras la fijación normativa de la conexión- no deja de ser claramente variable, puesto que el primer efecto jurídico que produce la válida constitución de la adopción de un adoptando extranjero, menor de edad, es la atribución de la nacionalidad del o de los adoptantes (artículo 19,1 CC). Sobre este extremo se ha pronunciado recientemente la Comisión Especial creada para el seguimiento del Convenio de La Haya en el sentido de que el interés superior del menor requeriría por parte de los Estados de acogida una atribución automática de la nacionalidad a fin de evitar cualquier riesgo de apatridia, para lo cual, tras la constitución de la adopción, debería obtener el mismo tratamiento que en una adopción de carácter interno⁵⁶.

Un supuesto cercano pero con matices distintos tiene lugar cuando el menor extranjero se encuentra en España bajo el amparo de un español sin que nuestro ordenamiento haya reconocido la situación como una adopción válidamente constituida en el extranjero; en este caso, el artículo 22,2-c del CC posibilita la adquisición de la nacionalidad por residencia en España sólo de un año -puesto que el plazo de los dos años marcados por el Código pueden transcurrir, ambos o uno de ellos, en cualquier otro país-, transcurrido el cual se podrá proceder a constituir una adopción, esta vez ya, nacional si no se observan situaciones de fraude de ley (a veces, esta vía puede querer utilizarse para eludir la lenta y costosa tramitación de una adopción internacional constituida en el país de origen del menor).

Abundando en lo anterior, cuando no sea posible a las autoridades españolas reconocer una adopción constituida en el extranjero por no coincidir los contenidos o carecer de equivalencia los efectos, cabe la posibilidad de que se admita la relación paterno-filial, aunque se trate de una adopción simple que no rompe los vínculos con la familia de origen. Cuando esto sucede, es posible que la ley aplicable, ley personal del hijo (artículo 9,4 CC) nos reconozca la existencia de una nueva patria potestad. Y si esto es así, “*las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español*” pueden adquirir, mediante opción, dicha nacionalidad (artículo 20,1-b CC).

Por lo que respecta a la residencia habitual, las valoraciones de política legislativa suelen ser siempre favorables a considerarle el criterio competencial más adecuado, por ejemplo, para adoptar medidas de protección con carácter estable.

Como ya se ha indicado más arriba, el artículo 14 LAI busca garantizar el principio de proximidad en la atribución de foros de competencia y la conexión “residencia habitual” facilita, con mucho, este objetivo. Las normas internas de competencia judicial deben

⁵⁶ En el mencionado Informe -Punto 134- el Secretario General, Hans Van Loon, indica que la nacionalidad no juega papel alguno en la aplicación del Convenio, no obstante lo cual resulta conveniente formular la siguiente recomendación: “*La Commission spéciale recommande que la nationalité de l'un des parents adoptifs ou de l'État d'accueil soit accordée de manière automatique à l'enfant adopté, sans que l'intervention des parents adoptifs ne soit nécessaire. Lorsque cela s'avère impossible, les États d'accueil sont encouragés à fournir l'assistance nécessaire pour assurer que l'enfant obtienne cette nationalité. La politique des États contractants relative à l'enfant devrait être guidée par le souci majeur d'éviter qu'un enfant adopté ne soit pas apatride*” (no existe traducción oficial al español).

buscar una proximidad razonable entre los elementos que integran el supuesto y la jurisdicción de su Estado, lo que requiere una vinculación significativa⁵⁷. Se trata de garantizar a quienes intervienen, el acceso a los Tribunales y Juzgados, haciendo que los costes del litigio se reduzcan, las facilidades para culminar con éxito sus pretensiones aumenten y la protección de sus intereses quede suficientemente garantizada⁵⁸.

Como ya anticipé páginas atrás, la aparente competencia “concurrente” de los foros alternativos del artículo 14,1 LAI -que permitiría, consecuentemente, a un juez extranjero constituir la adopción en función de la nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de las partes implicadas- se convierte en “preferente” cuando el adoptante o el adoptado sean españoles. Así lo expone el artículo 26,2 LAI al regular los requisitos para dotar de validez en España las adopciones constituidas por autoridades extranjeras, en defecto de normativa internacional: “*Cuando el adoptante o el adoptado sea español, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español*”. Queda claro el necesario control de competencia del juez extranjero como efecto derivado de la atribución preferente del conocimiento de la materia. De forma paralela, aspectos semejantes se recogen en los números 3 y 4 del citado artículo 26 cuando, respectivamente, el adoptante sea español y residente en España o cuando el adoptando fuera español y, en ambos casos, la adopción hubiera sido constituida por autoridad extranjera.

Si convenimos en que la gran mayoría de adopciones que se llevan a cabo en nuestro país tienen naturaleza internacional, parece evidente que su constitución en el extranjero se hará ante autoridad extranjera o autoridad consular española. Así pues, resulta obligado fijarse en la regulación de la competencia judicial internacional de las autoridades extranjeras, en tanto que la inscripción de una adopción en el Registro Civil español cuando ha sido constituida por aquellas, exige su reconocimiento con todo lo que ello comporta a efectos de su validez en el foro.

El control de competencia como requisito imprescindible para poder reconocer en España decisiones extranjeras, se encuentra plasmado en la LAI. Su artículo 26,1 nos presenta el reconocimiento de una adopción constituida por autoridad extranjera, a la que considera “*internacionalmente competente si se respetaron en la constitución de la adopción, los foros recogidos en su propio Derecho. No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso en que la adopción no presente conexiones razonables de*

⁵⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* AMORES CONRADÍ, M., “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPJ”, *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 113 a 156; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 95; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional (...)* op. cit., p. 234; DURÁN AYAGO, A., “Nuevos escenarios en la protección internacional de los adultos”, *Protección jurídica de los mayores* (Coord. ALONSO PÉREZ, M., MARTÍNEZ GALLEGU, E. y REGUERO CELADA, J.), Edit. La Ley, Madrid 2004, p. 461. También DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras”, *AEDIPr*, vol. 0, 2000, p. 357.

⁵⁸ MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *La protección del adulto en el Derecho Internacional Privado*, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona 2009, pp. 218 a 227.

origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad haya constituido la adopción, se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional". Puede entenderse, que los mencionados criterios servirán para considerar competente a la autoridad extranjera de origen, como fruto y consecuencia de la técnica de "bilateralización" de que se hace eco la destacada Resolución-Circular DGRN de 15 de julio de 2006. Está basada en aplicar los criterios derivados del Derecho Internacional Privado del Estado al que pertenece esa autoridad, encargada de constituir la adopción, siempre y cuando guarden una similitud sustancial con los recogidos en nuestra legislación, pues de otro modo habría que interpretar la competencia de la autoridad extranjera como exorbitante, por ausencia de vinculación razonable entre la adopción y el país de la citada autoridad⁵⁹.

Son muchas las cuestiones que se plantean al hilo de tales extremos y algunas de ellas apuntaré, como el que parece decirle a la autoridad extranjera que sus decisiones sólo serán reconocidas en España si se acoge a criterios establecidos en sus propias normas competenciales, pero guardando siempre una conexión que desde nuestro ordenamiento se entienda como suficiente. Y eso no es todo. Si, como indicaré seguidamente, se produjera una competencia exorbitante al amparo de nuestra propia normativa - posibilidad más que probable- ¿tendríamos que respetar la mencionada bilateralidad respecto de la autoridad extranjera que incurriera en exceso equivalente?

En este mismo ámbito, el artículo 17 LAI regula la competencia de los cónsules en la constitución de adopciones internacionales⁶⁰, haciéndose eco de una institución de práctica infrecuente, escasa relevancia cuantitativa y dudosa fundamentación⁶¹.

⁵⁹ En esa Resolución-Circular se indica que "*La autoridad extranjera que constituye la adopción debe ser internacionalmente competente*" al efecto. El artículo 9,5-IV del CC nada dice sobre cuáles sean los criterios con arreglo a los cuales se haya de verificar la competencia internacional de la autoridad extranjera. Para cubrir esta laguna, este Centro Directivo ha venido entendiendo que procede aplicar los criterios derivados del propio Derecho Internacional Privado del Estado cuya autoridad constituyó la adopción, de forma que se entenderá que concurre este requisito cuando dicha autoridad se ajustó a los foros de competencia internacional previstos en sus propias normas de Derecho Internacional Privado (...). Se trata de un enfoque cuyos resultados prácticos se asemejan al método propuesto por parte de nuestra doctrina científica consistente en la denominada "bilateralización" de la norma contenida en el artículo 22,3 LOPJ, lo que supone considerar competente la autoridad siempre que adoptante o adoptando estén vinculados al Estado de la autoridad de constitución por su nacionalidad o por su residencia habitual"... Este criterio de verificación de la competencia que ostenta la autoridad extranjera se defiende en la doctrina extranjera, entre otros, por AUDIT, B., *Droit International Privé*, Economica Editions -Corpus Droit Privé-, Paris 2006, p. 605.

⁶⁰ PAZ AGÜERAS, J. M., *La adopción consular*, Gabinete de Publicaciones y Documentación del Mº AAEE, Madrid 1990, p. 12; PAZ AGÜERAS, J. M., "La adopción consular. El problema de la propuesta previa", *BIMJ* 1552, enero 1990, pp. 519 a 539. El autor se muestra claramente favorable a la intervención consular.

⁶¹ ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 357; ESPINAR VICENTE, J. Mª, "La modificación del artículo 9,5 CC en el Proyecto de reforma sobre adopción", *Revista Jurídica La Ley*, 1986, pp. 996 a 1002; ESPINAR VICENTE, J. Mª, "La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (Algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)", *Actualidad Civil* nº 32, 8 a 14 de septiembre de 2007, pp. 757 a 771; GUZMÁN PECES, M., *La adopción internacional...*, op. cit., pp. 233 a 245.

Los criterios de competencia atribuidos a los cónsules españoles acreditados en el extranjero difieren de los vistos en LOPJ para las autoridades judiciales españolas. Para constituir relaciones jurídicas dotadas de eficacia es precisa la habilitación por parte del Estado acreditante; no será preciso, pues, verificar un posterior control de competencia a efectos del reconocimiento de los actos constituidos en el extranjero si la autoridad consular disponía de acreditación⁶². Además, para poder ejercer de manera efectiva sus funciones en el país extranjero deberá estar autorizado por el Estado de recepción, porque, de otro modo, las relaciones jurídicas que haya podido constituir serán nulas de pleno derecho.

Siendo la adopción una institución de la jurisdicción voluntaria, y habida cuenta su tendencia desjudicializadora, desde la reforma llevada a cabo por la LOPJM en la que el papel tuitivo y de protección social que se atribuye a la institución obliga a reforzar la intervención de los órganos administrativos -dándose un papel claramente protagonista y central a las Entidades Públicas a lo largo de casi todo el *iter* adoptivo- no resulta extraño ver cómo la intervención consular, en tanto órgano administrativo, intenta facilitar las actuaciones de los particulares en países extranjeros.

Así pues, la competencia para constituir adopciones internacionales en el extranjero la tiene el cónsul español, con un carácter claramente restrictivo, es decir, siempre que concurren las siguientes variables de forma acumulativa: que el adoptante sea español; que el adoptando tenga en su demarcación consular la residencia habitual, ello con independencia de su nacionalidad (sea español o no) y que el Estado receptor donde está acreditado no se oponga (mediante una decisión de naturaleza política) ni lo prohíba su legislación interna, según se dispone en los Tratados internacionales⁶³ y otras normas de aplicación de origen internacional -sería, por ejemplo, el caso de Suiza que prohíbe expresamente a los cónsules que constituyan adopciones en su territorio-. Se trata de una limitación de sus funciones intervencionistas en virtud de lo que establecen las normas de Derecho Internacional Público⁶⁴.

La cuestión que inmediatamente se suscita radica en fundamentar el argumento que permite defender esta norma de competencia internacional de autoridades o, dicho en otros términos, cuál es la directriz de política legislativa que la anima. La razón de que esta figura se mantenga puede hallarse en el interés del Estado por ampliar su volumen de competencias. Si es, como así parece, el interés soberanista del Estado acreditante

⁶² El artículo 5.f del Convenio de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963 (BOE nº 56, de 6 de marzo de 1963) atribuye, entre las funciones consulares, “*actuar en calidad de Notario, en la de funcionario del registro civil y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor*”.

⁶³ Se está haciendo una mención implícita al citado Convenio de Viena de 1963. Mientras, el anterior artículo 9,5 Código Civil era mucho más ambiguo en la atribución de funciones a desempeñar: “*Para la constitución de la adopción, los cónsules españoles tendrán las mismas atribuciones que el juez, siempre que el adoptante sea español y el adoptando esté domiciliado en la demarcación consular...*”

⁶⁴ Resolución de la DGRN de 19 de septiembre de 1974 en relación con la pretensión por parte del cónsul español en Suiza de constituir allí una adopción. *Vid.* más ampliamente este tema en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., *Intervención consular en Derecho Internacional Privado*, Universidad de Sevilla, 2005, p. 95.

para dotar de mayor volumen de competencia a sus funcionarios, es preciso profundizar algo más, ya que su competencia va a suponer la constitución de una adopción en el país de origen del menor por la autoridad del Estado de recepción.

El funcionario consular, autoridad administrativa, lleva a cabo funciones jurisdiccionales; actúa como si fuera un juez español -y desarrollando una actividad, la judicial, que no tiene atribuida- pero inmerso en la jurisdicción de un país que no es el suyo y bajo la dependencia administrativa directa del Ministerio de Asuntos Exteriores. Pero también tendrá que realizar funciones administrativas y registrales al valorar la idoneidad de los adoptantes, esta vez incluidas entre sus competencias por el Convenio de Viena o por el Reglamento Registral Civil, permitiéndose al cónsul actuar funcionalmente como encargado del Registro. De esto no puede deducirse, en ningún caso, una homologación de funciones entre registrador y cónsul.

Conforme a la LAI, y en el ámbito de las disposiciones comunes en materia de ley aplicable, la propuesta previa de adopción ha de llevarse a cabo por la Entidad Pública española, que será competente para formularla en atención al lugar donde tuvo el adoptante su última residencia habitual. El artículo 24 LAI, que hace esta regulación, incorpora la posibilidad de que tal adoptante haya carecido de residencia habitual en España en los dos últimos años, en cuyo caso la previa propuesta de adopción no será precisa. En tal situación, “*el cónsul recabará de las autoridades del lugar de residencia de aquel informes suficientes para valorar su idoneidad*”.

Las numerosas y variadas funciones que puede desempeñar un cónsul -registrales, administrativas y jurisdiccionales- resultan a veces excesivas para un funcionario público, puesto que deberá hacer también las veces de la Entidad Pública competente cuando se ha de encargar de valorar la idoneidad de los adoptantes. Algún autor ha indicado que su posible falta de experiencia, su falta de preparación específica, puede desembocar en una reducción de garantías en la tramitación del expediente de adopción⁶⁵. Además, no deja de resultar paradójico que una norma española obligue a una autoridad española a recabar informes sobre un futuro adoptante español, a las autoridades de un país extranjero -en el que tiene fijada su residencia habitual- que, por causas políticas, religiosas, raciales o de cualquier otra índole, pueden emitir pronunciamientos que difieran en sus valoraciones sobre idoneidad con los principios, valores y reglas del ordenamiento español al que, no olvidemos, el cónsul representa⁶⁶.

Podría apuntarse como alternativa razonable -y dotada de una mayor seguridad jurídica- atribuir la constitución de la adopción a la autoridad judicial de la residencia habitual del adoptando (aunque la nacionalidad del adoptante fuera la española), remarcando una

⁶⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Edit. Civitas, 3ª ed. Madrid 2004, p. 401; BOUZA VIDAL, N., “La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado”, *RGLJ* diciembre 1987, pp. 897 a 931; ESPLUGUES MOTA, C., “El nuevo régimen jurídico...” op. cit., pp. 56 y 57.

⁶⁶ Así lo pone de manifiesto PAZ AGÜERAS, J. M., *La adopción...*, op. cit., pp. 33 y ss. Claramente a favor de la supresión de la adopción consular ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El Proyecto de Ley..., op. cit., p. 2614 y CALVO BABÍO, F., *Reconocimiento en España...*, op. cit., p. 289.

“judicialización” de la institución adoptiva, a veces relegada en pro de su carácter administrativo. No obstante, también habría que valorar que mientras que esa decisión judicial deberá ser sometida a comprobación en cuanto a la competencia del órgano interviniente, si por el contrario quien actuara fuera el cónsul, la adopción por él constituida sería automáticamente reconocida⁶⁷, aspecto relevante si se piensa en el elevado número de adopciones de menores extranjeros llevadas a cabo por adoptantes españoles (el “*favor adoptionis*” siempre bajo la consideración del interés superior del menor parece estar detrás del mantenimiento de la adopción consular). De este razonamiento podrán inferirse argumentos pro adopción consular basados en la necesidad de dotar de facilidades a los adoptantes españoles en el extranjero e, incluso, en la conveniencia de hacer prevalecer formas nacionales de adopción reforzando los intereses del país a que pertenece el cónsul. Pero, siendo todo esto cierto, alegar que, además, se tutelan los intereses del adoptando me parece excesivo porque para eso ya está la legislación del Estado de donde es nacional, de aplicación respecto a su capacidad y a los consentimientos necesarios⁶⁸.

Si nos retrotraemos al ya derogado párrafo 3º del artículo 9,5 CC⁶⁹, nos encontramos con la regulación de la adopción consular en unos términos que se reproducen, casi íntegramente, en los citados artículos 17 y 24 de la LAI. Pueden distinguirse dos supuestos:

1. El de los adoptantes españoles sin residencia habitual en el extranjero; para ellos es precisa la previa propuesta de adopción por parte de la Entidad del lugar de su última residencia en España.

2. El de los adoptantes españoles con residencia en el extranjero los dos últimos años; no necesitan propuesta previa, pero determinar su idoneidad depende de las indagaciones del Cónsul. No creo razonable -por su falta de oportunidad e, incluso, por las dificultades prácticas de verificación- que una autoridad declare idóneo o no a quien desde hace más de dos años está territorialmente alejado de España.

Además, no parece que tenga demasiado sentido que el cónsul autorice la adopción del menor con domicilio en su demarcación si, a su vez, ostenta la nacionalidad del país de recepción; otra cosa sería si fuera nacional de un tercer Estado. Si tenemos en cuenta

⁶⁷ Algunos de estos argumentos pueden leerse en GUZMÁN PECES, M., *La adopción...*, op. cit., p. 238.

⁶⁸ DURÁN AYAGO, A., “La filiación adoptiva en el ámbito internacional”, *Diario La Ley Digital*, nº 5272, 21 de marzo de 2001, tomo 2. La autora deja entrever una cierta avenencia con esta modalidad adoptiva, alegando la preocupación del cónsul por los intereses de los menores en atención a las funciones que le atribuye el Convenio de Viena 1963.

⁶⁹ “*Para la constitución de la adopción, los Cónsules españoles tendrán las mismas atribuciones que el Juez, siempre que el adoptante sea español y el adoptando esté domiciliado en la demarcación consular. La propuesta previa será formulada por la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia del adoptante en España. Si el adoptante no tuvo residencia en España en los dos últimos años, no será necesaria propuesta previa, pero el Cónsul recabará de las autoridades del lugar de residencia de aquél informes suficientes para valorar su idoneidad*”. La actual redacción tiene su origen en la Disposición Final Segunda de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), de modificación parcial del CC y de la LEC.

que el CLH 93 reconoce y facilita la cooperación entre las autoridades de los países de nacionalidad del adoptante y del adoptando como uno de sus principios rectores⁷⁰, bastaría con activar los correspondientes mecanismos de cooperación, por lo que la intervención de aquel aparece escasamente fundamentada. Sería posible considerar este supuesto como una de las probables causas de oposición del Estado receptor a que el cónsul español pueda constituir una adopción internacional en ese país si el adoptando ostenta su nacionalidad, a tenor del citado artículo 17 LAI⁷¹.

Puestos a valorar el nuevo texto frente a su casi gemelo del CC, lo cierto es que el derogado artículo 9,5-3º se refería al domicilio del adoptando, cuando en el resto del párrafo hablaba de residencia habitual. Hoy (artículo 17 LAI) aquella conexión queda al margen de la atribución competencial del cónsul por entenderse que lo relevante ha de ser el lugar donde transcurre la vida del adoptando, su entorno social, es decir, su residencia habitual en tanto elemento de hecho vinculado al sujeto. Está aceptado que en el marco de las relaciones familiares este punto de conexión garantiza una mayor precisión y evita los problemas que pueda originar su determinación⁷².

B) Competencia judicial internacional para la declaración de nulidad de una adopción internacional

El artículo 15 LAI se presenta bajo una denominación que intenta recopilar, con aparente complacencia, todos los posibles supuestos sobre los que puede recaer la competencia de los jueces: *Competencia judicial internacional para la modificación, revisión, declaración de nulidad o conversión en adopción plena de una adopción en supuestos internacionales*, empleando una terminología que requiere de una mayor concreción y una exposición detenida⁷³.

⁷⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “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.

⁷¹ Así lo manifiestan CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, op. cit., p. 102. *Vid.*, también, ESPINAR VICENTE, J. Mª, *El matrimonio y las familias...*, op. cit., pp. 372 a 374. El autor, con un argumento basado en la analogía se pregunta por qué se acepta y reconoce la atribución de competencia en adopción internacional al cónsul español respecto de un menor domiciliado -aunque también nacional- del país de su demarcación y, sin embargo, no es posible autorizar la celebración de un matrimonio consular si uno de los contrayentes es nacional del Estado de su sede. A mi modo de ver, la razón podría estar en que al ser español el adoptante, al adoptado menor de edad lo será también tras la inscripción registral de su adopción en España, lo que permitiría justificar -o al menos comprender y tolerar- la competencia consular en tal situación concreta.

⁷² El Convenio La Haya 1993 es, en este sentido, paradigmático. *Vid.*, ROBERTSON, A. H., “Habitual Residence: the New Domicile”, *Int. Comp. Law Rev.*, 2000, pp. 86-107. Para precisar el “domicilio” se acude a la ley española, en concreto, al artículo 40 Código Civil que le identifica con la “residencia habitual”, lo que resuelve bien poco. Ahora, la “residencia habitual en la demarcación consular” nos lleva a la ley del Estado receptor, encargado de precisar tal demarcación desde un punto de vista meramente físico, territorial.

⁷³ En su nº 1 se establece que “*Los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la declaración de nulidad de una adopción en los siguientes casos: a) Cuando el adoptado sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud; b) Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud; c) Cuando la adopción haya sido constituida por autoridad española*”.

Al analizar su contenido se aprecian diversos foros de competencia, nacionalidad o residencia habitual de adoptante o adoptado y constitución de la adopción por autoridad española⁷⁴.

Primer supuesto: El adoptante español que ha visto reconocida en España la adopción constituida en el extranjero. En este caso, la adopción de un menor extranjero provoca su naturalización, de modo que al plantearse la nulidad se está implicando ya a dos españoles, adoptante y adoptado; esta situación sólo se vería exceptuada si el adoptado fuera mayor de edad, puesto que cabría sobre él un derecho de opción a la nacionalidad española que no tendría por qué ejercitar. En el caso habitual de afectar a un menor de edad, la naturaleza del supuesto de hecho -de tráfico jurídico interno- no parece encajar bien en la LAI, que debería abstenerse de regularle.

Estamos, pues, ante una situación de derecho interno, no sólo porque ambas partes ya son españolas sino porque una vez reconocida la adopción constituida fuera de España y, en ese momento internacional, el acto de reconocimiento la transforma en nacional. A tenor de lo que acertadamente algún autor indica, este primer foro de competencia para Juzgados y Tribunales españoles sólo entraría en funcionamiento si la adopción recayó sobre un mayor de edad⁷⁵.

Segundo supuesto: El adoptante español con una adopción constituida en el extranjero pero no reconocida en España (porque de mediar reconocimiento estaríamos ante el caso anterior). La duda surge, inmediata: ¿cómo pensar en una autoridad española competente para proceder a declarar la nulidad de una relación jurídica que no ha sido previamente asumida por el ordenamiento? Resulta obvio que cuando el acto adoptivo verificado en el extranjero no ha obtenido la conformidad en España, carece de fundamento solicitar en España su nulidad.

Tercer supuesto: adoptante y adoptado extranjeros cuando la adopción ha sido constituida por autoridad española⁷⁶. Como ha indicado ya algún autor⁷⁷ estamos aquí ante una adopción constituida en España por autoridad sin competencia, sobre la que ha de recaer declaración de nulidad; resulta obvio apreciar el juego de competencias: para que un tribunal español sea competente en declarar la nulidad de adopción constituida por autoridad española ha de preverse que aquel carecía de la competencia requerida.

⁷⁴ Estos tres foros han sido inspirados por idéntica solución recogida en el artículo 66 de la Ley belga de DIPr., de 16 julio 2004. *Vid.*, FALLON, M., “La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado”, *REDI* Vol. 56, nº 2, 2004, pp. 821 a 835.

⁷⁵ ESPINAR VICENTE, J. M^a, *Tratado elemental...*, op. cit., p. 586. El autor también lo indica en “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil* nº 18, 2008.

⁷⁶ ESPINAR VICENTE, J. M^a, en la obra recién citada *Tratado elemental...* hace esta interesante precisión. *Vid.* pp. 586 y 587. También ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El Proyecto de Ley...”, op. cit., pp. 2602 y 2603 se muestra preocupado -y crítico- por el supuesto y aporta un ejemplo clarificador. Si partimos de la literalidad del artículo 15, los Tribunales españoles tendrían competencia para declarar la nulidad de una adopción constituida en Ecuador por adoptantes ecuatorianos respecto de un menor de esa nacionalidad si uno de los adoptantes tuviera su residencia habitual en España.

⁷⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reflexiones...”, op., cit. p. 5.

Podemos intentar “salvar” este concreto supuesto pensando que ambos sujetos tienen en España la residencia habitual, porque si la adopción se ha constituido en el extranjero (sería la otra posibilidad, frente a la recogida en el art. 15,1-c y ya citada), el adoptado es extranjero y el adoptante también lo es, para que éste -con residencia habitual en España- pueda ejercitar la acción de nulidad frente a aquel, debería coincidir la residencia habitual en nuestro territorio. Si no se hiciera esta consideración, los jueces y tribunales españoles asumirían una competencia escasamente fundamentada, por la frágil conexión entre el supuesto de hecho a conocer y el foro competencial atribuido.

Como vemos, se trata de una redacción cuyos contenidos resultan parcialmente criticables por su falta de precisión. Y puesto que el artículo 22,3 LOPJ omitía la regulación de la competencia judicial respecto a la declaración de nulidad de una adopción internacional, la novedad de la LAI, su encomiable interés por colmar un vacío legal que con anterioridad se solventaba mediante el recurso a la analogía con los criterios competenciales habilitados para la constitución de la adopción, ha debido sopesar mejor sus contenidos.

C) Competencia judicial internacional para la conversión de adopciones

Como ya he dicho al iniciar este estudio, las modificaciones más o menos drásticas en el tratamiento jurídico de la adopción han sido una constante en las sucesivas reformas llevadas a cabo por el legislador español desde los años ochenta. Con la Ley 21/1987 se eliminaron de nuestro ordenamiento las adopciones simples por entender que, aunque se crean nuevos lazos de filiación entre adoptado y adoptantes, la pervivencia de vínculos jurídicos con la familia de origen y la habitual nota de revocabilidad no se correspondían con el tenor tradicional de la adopción y sus efectos sobre el contenido de la filiación⁷⁸. Pues bien, las adopciones simples seguían constituyéndose en el extranjero, con plena validez con arreglo a las respectivas leyes aplicables, en tanto que en España se consideraban ineficaces y ajenas a todo reconocimiento. Se negaba así una realidad nacida fuera de nuestro país por destilar efectos jurídicos que no se correspondían con los de la adopción plena patria⁷⁹. Y el principal problema surgía cuando un menor era adoptado válidamente en adopción simple por adoptantes españoles ante la autoridad

⁷⁸ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil en materia de adopción (BOE nº 275, de 17 de noviembre de 1987).

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, nº 00/1544/2004 Unidad resolutoria: Vocalía 7ª Fecha de resolución: 14/10/2004 (*vid.* Fundamento Jurídico 4º).

⁷⁹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reconocimiento e inscripción en el Registro Civil de las adopciones internacionales”, *REDI*, 2006-2, pp. 695 a 697, apunta que la adopción simple ya era posible conforme a la anterior regulación. Lo que sí es verdad es que la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la DGRN, sobre reconocimiento e inscripción en el registro Civil español de las adopciones internacionales (BOE nº 207, de 30 de agosto de 2006), indica, en su p. 31366 que “...cabe siempre “convertir” la “adopción simple” en “adopción plena” en el Estado extranjero donde se constituyó la adopción simple, si así lo prevé su legislación...” También, ESPINAR VICENTE, J. Mª, “La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (Algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)”, *Actualidad Civil* nº 32, 8 a 14 de septiembre de 2007, pp. 757 y ss.

extranjera competente y se presentaban ante las autoridades españolas sin haber “convertido” la adopción simple en plena en el país de constitución.

Desde la perspectiva autónoma, la ausencia de un mecanismo legal que facilitara la conversión, parecía reclamar un cambio en profundidad y la LAI ha tenido el arrojo de acometer una regulación valiente, eso sí, pero cuestionable en algunos de sus contenidos. Hasta la LAI el legislador español no había previsto mecanismo legal alguno⁸⁰ ni tampoco se sentía compelido a hacerlo por ninguna norma internacional⁸¹, lo que provocaba una serie de efectos consecuentes como la imposibilidad de inscripción de esa adopción simple en los Registros españoles y la correlativa denegación de adquisición de la nacionalidad española por parte del adoptado, en virtud del artículo 19,1 CC y de numerosas Consultas de la DGRN.

Estamos, por tanto, ante una nueva filiación sin plena equiparación -en cuanto al régimen de derechos y obligaciones, efectos y causas de extinción- a la filiación natural y a la filiación adoptiva plena. No obstante, como veremos, el hecho de impedirles la inscripción no conlleva la ausencia de todo tipo de efectos, pues los denominados “periféricos” permiten referirse, por ejemplo, a su validez o la titularidad en el ejercicio de la patria potestad; la DGRN remite, para estos casos, al artículo 9,4 CC, ley nacional del menor.

Frente a esta situación, entre los cada vez más numerosos países firmantes del CLH 93 (en virtud de su artículo 27,1) es posible proceder al reconocimiento de adopciones si la Ley del Estado de recepción lo acepta y se han otorgado los necesarios consentimientos, aunque no se produzca ruptura del vínculo de filiación con la familia de origen⁸². Y ante el importante problema jurídico -pero, sobre todo humano- derivado de la ineficacia en España de una adopción simple legalmente constituida por la autoridad extranjera, el artículo 17 del Convenio determina que el país de origen sólo entregará al niño a los

⁸⁰ La posibilidad de convertir una adopción simple en plena se contempló en el Proyecto de Ley de reforma del artículo 9,5 CC, que dio lugar a su nueva redacción por Ley 18/1999, de 18 de mayo. Pero la tramitación parlamentaria de la Ley terminó por hacerla desaparecer del texto definitivo.

⁸¹ Resoluciones DGRN de 19 de mayo de 2001, de 4 de julio de 2005 o de 19 de noviembre de 2005, citadas en el Informe del CGPJ respecto del Anteproyecto del texto de la LAI.

⁸² “Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto, si: a) la Ley del Estado de recepción lo permite”. No obstante la previsión legal, en el Informe y Conclusiones de la Segunda Comisión Especial de 2005 respecto al funcionamiento práctico del CLH 93, se cuestiona la eficacia práctica del precepto al considerar problemático que el consentimiento prestado para una adopción simple baste en el país de recepción para convertir esa adopción en plena (Punto 145).

La Exposición de Motivos de la Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del CC se expresa con prudencia cuando dice que “...por más que la adopción constituida por españoles en el extranjero se haya ajustado a las directrices del Convenio, no puede evitarse que existan diferencias entre los efectos de la adopción extranjera y los que produce esta institución en España. Incluso cuando la adopción haya sido certificada conforme al Convenio (artículo 23), su reconocimiento obligado en España no puede llegar a transformar automáticamente una adopción simple en una adopción con plenitud de efectos como es la española. Así tiene que admitirlo el mismo Convenio de La Haya que en su artículo 27 prevé la conversión de la adopción en el Estado de recepción”.

futuros padres adoptivos si “*las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción*”. De esta forma, el Estado de recepción puede alegar su oposición a que el procedimiento de constitución de una adopción simple continúe como medida, ante la imposibilidad de conversión en su ordenamiento. Es esta una técnica preventiva que fue -y sigue siendo- muy bien acogida porque se anticipa a posibles situaciones conflictivas, actuando en interés de los menores y garantizando una imprescindible seguridad jurídica. La ausencia de normativa en España, en tanto país de recepción, ha quedado solventada tras la LAI, al permitir a las autoridades españolas competentes llevar a cabo la conversión.

El artículo 15,2 LAI nos ofrece, ya en su propio tenor literal, materia para la crítica o, cuando menos, para el debate: “*Si la ley aplicada a la adopción prevé la posibilidad de adopción simple, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la conversión de adopción simple en adopción plena en los casos señalados en el apartado anterior*”. Con esta explícita remisión, se hacen coincidir los criterios de competencia para la declaración de nulidad y conversión de una adopción; pero la redacción confunde, porque como ya ha indicado algún autor⁸³, innecesariamente se mezclan conceptos de ley aplicable y de competencia judicial. Y, además, se emplea una remisión a los puntos de conexión nacionalidad y residencia habitual “en el momento de presentación de la solicitud” de adopción, fijación temporal sin sentido -en virtud de una fácil y poco rigurosa remisión a los criterios competenciales para la declaración de nulidad- ya que desde ese momento hasta la conversión, cualquiera de esas circunstancias ha podido variar, alterando la conexión y, en consecuencia, los citados criterios competenciales de las autoridades españolas.

Quiero entender, poniendo en relación este precepto con el artículo 30 de la propia LAI “*Adopción simple o menos plena legalmente constituida por autoridad extranjera*”, que las mismas pautas que permiten al Tribunal español conocer de la nulidad de una adopción internacional pueden extrapolarse a la conversión de una adopción de simple a plena siempre que la legislación extranjera -en cuya virtud se constituyó- permitiera tal opción. La referencia a la constitución de adopción simple conforme a ley extranjera es inevitable, puesto que no cabe tal posibilidad con arreglo al Derecho español y porque el artículo 15,4 LAI lo deja meridianamente claro: “*A efectos de lo establecido en esta Ley, se entenderá por adopción simple o menos plena aquella constituida por autoridad extranjera competente cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española*”. Así pues, un juez español no será competente para constituir una adopción simple, pero podrá serlo para proceder a la conversión de una adopción simple en plena. No obstante, la inadecuada frase final del mencionado artículo 15,2 permitiría pensar, teóricamente, que cuando la adopción simple haya sido constituida por autoridad española -que es “*uno de los casos señalados en el apartado anterior*”- se puede convertir en plena. Y esto, a mi modo de ver, no es posible si seguimos la literalidad del precepto⁸⁴, a no ser que retomemos lo dicho unas

⁸³ ESPINAR VICENTE, J. M^a, *Tratado elemental...*, op. cit., pp. 587 y 588.

⁸⁴ En contra, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, op. cit., pp. 294 a 308.

líneas más arriba, en cuanto que nada impediría que la autoridad española constituyera una adopción simple mediante la aplicación de una ley extranjera que así lo admitiese.

Esta posibilidad se expone en el artículo 21 cuando se indica -a la autoridad judicial o consular- la aplicación de una ley extranjera, que puede admitir en exclusiva la adopción simple, si el adoptando carece de residencia habitual en España y no ha sido o no va a ser trasladado a España para fijar su residencia⁸⁵. A contrario sensu, en el ámbito de la ley aplicable a la constitución de la adopción, el artículo 18,1-b LAI impone la ley material española “*cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España*”. Podemos ver, en ambos casos, ya se trate de aplicar la ley extranjera o la española, un criterio de “conexión anticipada”⁸⁶ por referencia a la residencia habitual que nos sitúa ante un interesante debate, el de optar por la seguridad jurídica -para algunos, solución simplista e injusta⁸⁷- frente a la elección de la conexión realmente más vinculada al supuesto de hecho que va a permitir al adoptado regirse por la ley del país en el que está, o previsiblemente estará integrado. En apariencia, el redactor de la LAI tuvo en cuenta miméticamente, el artículo 2,1 del Convenio de La Haya, que se expresa casi en idénticos términos⁸⁸.

En todo caso, considero que el volumen competencial atribuido a los Tribunales españoles resulta en exceso generoso, habida cuenta que podrían conocer, por ejemplo, sobre la conversión de una adopción simple llevada a cabo en Líbano cuando uno de los adoptantes y el adoptado sean nacionales de aquel país y residentes habituales allí y sólo ostente nacionalidad española el otro adoptante. De nuevo, una conexión poco

⁸⁵ Enmienda nº 85 al Proyecto de Ley, del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) para la supresión del artículo 21 LAI. En ella se dice: “*Impone la aplicación de una Ley extranjera, por la simple circunstancia de la intención de los padres adoptivos de trasladar al adoptado a ese país. ¿Y si luego no se cumple dicha "intención"? En su conjunto, la línea divisoria entre casos sujetos a la ley española o no es muy confusa. Aunque mejorable, es preferible el actual artículo 9.5 del Código Civil, haciendo aplicable siempre la ley española, con más o menos complementos. La consecuencia del régimen innecesariamente complicado que se establece tiene como consecuencia los artículos 26 y 27. Asimismo, esta disposición plantea el problema de cómo controlar "ex ante" si el adoptado va o no ser trasladado a España. Sin un mecanismo de control podría fácilmente eludirse en la constitución de una adopción internacional la aplicación de una determinada Ley. No parece correcto que una cuestión de orden público como es la determinación de la Ley aplicable a la constitución de una adopción, dependa de una simple declaración de intenciones sobre la que no parece fiable un control eficaz*”.

⁸⁶ VON OVERBECK, A. E., “L'intérêt de l'enfant et l'évolution de Droit International Privé de la filiation”, *Liber Amicorum A.F.Schnitzer*, Ginebra 1979, p. 367. También, HERRANZ BALLESTEROS, M., “La búsqueda de la armonía internacional de soluciones: ¿un objetivo a cualquier precio en materia de adopción internacional?”, en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Edit. Colex, Madrid 2004, p.508; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Adopción internacional y sociedad multicultural”, *Cursos de Derecho Internacional Privado de Vitoria Gasteiz*, Edit. Tecnos, Madrid 1999.

⁸⁷ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la ley española. *Diario La Ley Digital* nº 6953, 26 de mayo de 2008. Y también, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la ley extranjera. *Diario La Ley Digital* nº 6997, 25 de julio de 2008.

⁸⁸ “*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”)...*”.

vinculada, como la nacionalidad, favoreciendo una competencia sin vinculación efectiva⁸⁹. Entiendo que el fundamento último de tal amplitud competencial ha de buscarse en el interés práctico y realista del legislador por “dar salida” a las adopciones simples que quieren ser reconocidas en España, pese a la debilidad de la conexión justificativa.

Al margen de las críticas que pueda hacerse, una vez más, a los criterios de atribución competencial, me interesa ahora profundizar en el contenido del precepto y en las consecuencias que entraña. No creo que la LAI abra la puerta a las adopciones simples en nuestro país; entiendo que la única adopción posible en la vigente legislación española es la que establece un vínculo de filiación equiparable al biológico.

Las relaciones paterno-filiales han de ser plenas porque, de otra forma, estaríamos ante una relación jurídica diferente (artículo 30,4 párrafo 1º in fine LAI: “*La adopción simple o menos plena será considerada como un acogimiento familiar*”). Se produce aquí una aparente contradicción entre este contenido y el que se recoge en el artículo 30,1: “*La adopción simple o menos plena constituida por autoridad extranjera surtirá efectos en España como adopción simple o menos plena...*”. El mismo precepto parece enviar dos mensajes en los que esa modalidad adoptiva es protagonista; pero los intérpretes del texto lo explican: se considera como un acogimiento, sólo si lo que se pretende es su conversión en adopción plena, pero mantiene los efectos de una adopción simple si no se busca tal conversión⁹⁰. A mi modo de ver, y en la medida en que en una adopción no plena se puede asignar un vínculo de filiación entre adoptantes y adoptado con atribución de patria potestad, su consideración como acogimiento, aunque sólo sea para “fingir” y hacer más fácil la conversión a plena, dificulta el razonamiento.

El artículo 30,4 comienza diciendo: “*Las adopciones simples o menos plenas constituidas por autoridad extranjera competente podrán ser transformadas en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello. La conversión se regirá por la ley determinada con arreglo a las disposiciones de esta Ley (...)*”. Y esto supone una remisión al artículo 22 “Ley aplicable a la conversión, nulidad y revisión de la adopción”: “*Los criterios anteriores sobre determinación de la ley aplicable a la constitución de la adopción serán aplicables también para precisar la ley aplicable a la conversión, nulidad y revisión de la adopción*”.

Así pues, vayamos por partes. Para que se produzca esa conversión o transformación será preciso: la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera que la constituyó; la competencia judicial internacional de la autoridad española, a tenor del

⁸⁹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El Proyecto de Ley...”, op. cit., p. 2603.

⁹⁰ Aunque CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., dicen que reconocer a la adopción simple como acogimiento supondría “*degenerar jurídicamente y de modo injustificado una institución legal que produce un vínculo de filiación y transformarla en otra institución legal española que no supone ningún vínculo de filiación*”, *La Ley 54/2007...*, op. cit., p. 299, lo cierto es que así sucede, por más que en sus pp. 304 y 305 reconozcan la equiparación “*aunque sólo a los efectos de su conversión en una adopción plena española*”; si la conversión no se produjera, la adopción simple tendrá sus propios efectos jurídicos -los que le atribuya la ley nacional del niño- y así será considerada en España.

artículo 15,2 LAI; el cumplimiento de lo prescrito por la ley nacional del adoptado, en virtud de lo establecido en el artículo 9,4 CC (dicho en otros términos, la ley extranjera conforme a la que se constituyó la adopción simple deberá admitir la posibilidad de conversión; si no lo hiciera, podría recurrirse a constituir *ex novo* la adopción plena en España aplicando la ley española). Y que se cumplan las condiciones que la Ley española requiere y que aparecen desglosadas en las letras a) a g) del artículo 30,4.

La transformación de adopción simple en plena aparece como factible en la LAI, mediante un acto de voluntad, facultativo. Si no se desea la transformación, se seguirá ante una adopción simple, conforme a la ley nacional del adoptado (artículo 30,1 LAI); pero si se opta por la conversión, ello obliga a sustituir la inicial ley aplicable; ya no cabe la ley extranjera (que amparaba la modalidad simple) sino la española (que sólo ampara la plena). Así pues, la actividad judicial de conversión supone, al mismo tiempo, un peculiar cambio en la ley aplicable.

De no producirse esa cuádruple exigencia, estaríamos ante un *tertium genus* entre adopción y acogimiento, no registrable -aunque, según los artículos 145 y 150 a 154 del Reglamento del Registro Civil (en adelante RRC), las adopciones simples serán objeto de anotación, que no de inscripción, en el Registro Civil español- y carente de efectos en cuanto a la atribución de la nacionalidad al menor prohijado (artículo 30,3: “*Las adopciones simples o menos plenas no serán objeto de inscripción en el Registro Civil español como adopciones ni comportarán la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al artículo 19 del Código Civil*”)⁹¹. También el artículo 178,1 CC -“Efectos de la adopción”- es claro al respecto, cuando indica expresamente que la adopción extingue los vínculos jurídicos entre el adoptado y su anterior familia; y aunque hay autores que no consideran determinante la ruptura de vínculos con la familia biológica, lo cierto es que los escasos supuestos que la legislación contempla no tienen sino un marcado carácter excepcional⁹².

La imposibilidad de inscripción radica en la ausencia de correspondencia sustancial de ese “tipo adoptivo” constituido por autoridad extranjera, con los efectos de la adopción regulada en el Derecho español (así lo expone el artículo 26,2 LAI cuando exige la extinción de vínculos con la familia biológica, la creación de un nuevo *status familiae* y

⁹¹ La DGRN ha venido denegando la inscripción de adopciones constituidas en el extranjero por entender que la institución resultante era “radicalmente distinta” a la española, básicamente en referencia a que el hijo adoptivo mantenía inmutables los vínculos con su familia consanguínea, a excepción de la patria potestad. Podemos verlo en Resoluciones de 1 de abril y 16 de septiembre de 1996 respecto a adopciones constituidas en México; 27 de enero y 29 de febrero de 1996 sobre adopciones en El Salvador; o, más recientemente, de 23 de enero de 2004 sobre adopción en Líbano. La anotación tiene, así, un mero valor informativo. A modo de ejemplo, la Resolución de 21 de marzo de 2006 (BOE nº 128, de 30 de mayo de 2006) reconocía ciertos efectos a la “adopción” de un menor constituida ante autoridades de Marruecos, o en el caso de la Resolución de 19 de noviembre de 2005 (BOE nº 305, de 22 de diciembre de 2005) sobre adopción simple realizada en Puerto Príncipe (Haití).

⁹² Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reconocimiento e inscripción en el Registro...”, op. cit., p. 698. La excepcional subsistencia de vínculos jurídicos que acoge el artículo 178,2 CC es fruto, exclusivamente, de circunstancias personales (que el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, o que así lo solicite el adoptante, el adoptado mayor de 12 años y el progenitor legalmente determinado).

su irrevocabilidad). Y la causa de que la anotación de una adopción simple o menos plena sea factible viene expresada en el artículo 30,1, que le reconoce efectos en España si se ajusta a la ley nacional del adoptado -con arreglo al artículo 9,4 CC y a los efectos mínimos de la adopción conforme al CLH 93-.

La Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio, reunida en 2005, justifica reclamar para el artículo 26,2 un objetivo claro y en línea con el artículo 21,c) de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño: asegurar que un menor adoptado en el marco de una adopción plena tendrá los mismos derechos en el Estado de acogida que si hubiera sido adoptado en aplicación de la legislación nacional de ese Estado (punto 144).

La DGRN ha entendido que la conversión en adopción plena de una simple válidamente constituida en el extranjero es viable, aunque jurídicamente el ordenamiento español la considere como un acogimiento familiar a los solos efectos de poder constituir *ex novo* una adopción plena posterior, ya bajo el ámbito de actuación del Derecho español⁹³. Ahora, como indica el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LAI, se facilita el reconocimiento de plenos efectos a esta modalidad adoptiva sin que adoptantes y adoptados tengan que instar la constitución *ex novo* de tal adopción conforme al ordenamiento español siempre que la adopción se convierta en plena en el país extranjero donde se constituyó como simple⁹⁴.

Para decidir favorable o desfavorablemente acerca de la inscripción de una adopción, el juez encargado del Registro Civil español deberá informarse acerca del grado de equivalencia de la institución con la modalidad adoptiva plena de nuestro ordenamiento; es decir, deberá conocer el contenido del Derecho extranjero que ha permitido, en el país de origen, la constitución de una adopción y sus efectos sobre los vínculos habidos con la familia biológica del menor⁹⁵. Esta obligación le viene expresamente adjudicada por el artículo 26,1-2º LAI: “(...) *la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen los siguientes requisitos: (...) Que se haya constituido con arreglo a las leyes estatales designadas por las normas de*

⁹³ Esta percepción puede leerse en diversas Resoluciones de la DGRN, de 14 de mayo de 1992; de 18 de octubre de 1993; de 13 de octubre de 1995; de 1 de febrero de 1996; y más recientemente, de 19 de noviembre de 2005, de 21 de marzo de 2006 o de 15 de julio de 2006. Y así se recoge, en el artículo 30,4 LAI. Sobre los criterios hermenéuticos de la DGRN, *vid.* CAMPÀ I DE FERRER, X., “Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 351, 16 de julio 1998.

⁹⁴ RODRÍGUEZ BENOT, A., “La eficacia extraterritorial de la adopción simple (el reconocimiento en España de las adopciones simples constituidas al amparo de ordenamientos iberoamericanos)”, *Estudios sobre adopción internacional*. Universidad Autónoma de México, 2001, pp. 365 a 389.

⁹⁵ LARA AGUADO, A., “Adopción internacional: relatividad de la equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del Derecho extranjero”, *REDI*, vol. LX, 2008, I, pp. 129 a 145.

En la Resolución de 6 de abril de 2006 sobre inscripción de la adopción, la DGRN desestima el recurso de los adoptantes respecto a una adopción llevada a cabo en Etiopía por entender que está sujeta a numerosas causas de revocación posible y porque en la adopción etíope el adoptado conserva los vínculos con su familia de origen (artículo 183 del Código de Familia etíope); la institución así concebida “*no guarda puntos de contacto con la adopción del Código Civil español y no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que contiene el artículo 1 de la Ley del Registro Civil, so pena de producir grandes equívocos en cuanto a la eficacia de la adopción inscrita...*”.

conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó tal adopción". De esta forma se garantiza la equivalencia -o quizá más bien similitud- de efectos con la adopción española y se puede, entonces sí, proceder a la conversión.

Pero ¿qué sucedería, por ejemplo, si la ley nacional del adoptado no reconociera las adopciones plenas y sólo se admitieran como posibles las simples? La remisión que, a mi modo de ver innecesariamente, se hace en el artículo 30,4 a "*la ley determinada con arreglo a las disposiciones de esta Ley*", puede llevar a vaciar de contenido la propia previsión de conversión ideada por nuestro legislador y, en todo caso, dificulta y oscurece la comprensión en cuanto que entran en juego otras posibles leyes que habrá que considerar. Desde esta perspectiva, vemos cómo el artículo 22 condiciona la conversión de la adopción a las posibles leyes aplicables que se recogen en el indirectamente aludido artículo 21 ("*los criterios anteriores*"), lo que complica el panorama sin necesidad: ley nacional o ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando (nº 3 del artículo 21).

Claro que no toda doctrina comparte esta opinión. Los defensores de la redacción argumentan que la referida pluralidad de leyes no persigue declarar su aplicación, de modo que no estaríamos ante la localización de los diferentes aspectos del supuesto de hecho adoptivo bajo ordenamientos distintos sino que, por el contrario, su presencia serviría para garantizar una validez internacional en el marco de una única ley estatal reguladora⁹⁶, la que resulte más estrechamente conectada con la adopción.

Parece razonable pensar que nuestro legislador ha querido dotar de efectos jurídicos equiparables a la adopción plena a la que bajo otras circunstancias se ha constituido con validez en otro ordenamiento y cumpliendo todas sus prescripciones. Ciertamente, una cosa es que la normativa española regule la adopción simple permitiendo su constitución conforme a la ley española -cosa que sigo pensando que no hace- y otra muy distinta que otorgue efectos a la constituida eficazmente en el extranjero -o incluso en nuestro país pero mediando la aplicación de la ley extranjera, en ciertos casos; así se lee en el artículo 21 LAI que ya ha sido mencionado más arriba-. Y además, mientras que el artículo 15,4 concibe como adopción simple sólo la constituida por autoridad extranjera "*cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española*", el artículo 26,2 exige para otorgar su reconocimiento en España -ha de ser una adopción constituida por autoridad extranjera, y siempre que adoptante o adoptado sean españoles- una correspondencia sustancial de efectos con la regulada por el Derecho español.

Quiero creer, no obstante, que esa "transformación" no vulnera las voluntades de quienes, en el país de origen del menor, han prestado sus consentimientos sólo para una

⁹⁶ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, op. cit., dicen al respecto: "*El objetivo de tales previsiones es, simplemente, potenciar la validez internacional de la adopción internacional constituida en España. Sólo cuando dicho objetivo quede acreditado, se aplicarán o se tomarán en consideración "otras Leyes estatales"*", p. 108.

adopción simple⁹⁷; para ello, las garantías habrán de ser máximas, asegurando la audiencia de los progenitores. Con todo, y si su manifestación de voluntad no resultara favorable, se plantea la interesantísima cuestión de decidir acerca de una conversión de adopción simple en plena cuando los padres biológicos rechazan tal posibilidad y el menor ya se encuentra en territorio español. Si, por el contrario, aquellos fueran favorables pero la ley aplicable a la adopción fuera opuesta a la conversión, no permitiéndoles prestar su consentimiento a una adopción plena, el problema se agrava.

Nada de esto tendría lugar si desde el principio la ley aplicable a la conversión de la adopción hubiera sido la ley española (no es lo que dice el artículo 22 ya visto), de forma que para evitar situaciones claudicantes que, en definitiva, recaen *in extremis* sobre el adoptado, deberemos aplicar el principio del interés del menor como elemento a superponer al cualquier otra consideración, incluido el respeto debido a la armonía internacional de soluciones⁹⁸. Eso significa que, volviendo al artículo 15,2 LAI, un Tribunal español podrá convertir una adopción simple en plena, hablando desde perspectiva competencial, cuando adoptante o adoptado sean españoles o residan habitualmente en España. Además, deberán cumplir con los requisitos que expone el artículo 30,4.

Pues bien, me llama la atención que siendo este un precepto de mínimos, no debería exigirse en exclusiva para la conversión de una adopción sino para el reconocimiento de cualquier adopción extranjera; como ya algún autor ha cuestionado⁹⁹ ¿acaso es posible reconocer en España una adopción plena otorgada con validez en el extranjero mediando coacción o compensación económica o contra la voluntad explícita de un adoptando de 15 años?

A veces, la situación se vuelve del revés. Cuando un Estado no permite a sus nacionales una adopción plena, válidamente constituida en el extranjero, por ejemplo, por el hecho de ser solteros y pretende que sea reconocida como adopción simple, alegando la necesidad de aplicar sus normas de Derecho Internacional Privado en atención a la nacionalidad del adoptante, afloran entonces conceptos como el derecho a la vida familiar, el interés del menor o la protección del orden público internacional¹⁰⁰ que,

⁹⁷ Como dice ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., en “El Proyecto de Ley...”, op. cit., p. 2610, “... *no es tolerable utilizar un consentimiento dado... por la madre biológica para la constitución de una adopción simple a la hora de constituir una adopción plena en España (o, sin más, prescindir del mismo)*”.

⁹⁸ Así lo expone CALVO BABÍO, F., *Reconocimiento en España...*, op. cit., pp. 401 a 405 y DE MIGUEL ASENSIO, P., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Edit. Eurolex, Madrid 1997, pp. 189-193. Otros autores apelan a un análisis de conjunto de la institución para valorarla globalmente y omitir, en su caso, el consentimiento de los padres biológicos; así lo hace LIÉNARD-LIGNY, M., “Jurisprudence belge de Droit International Privé, Nationalité et relations familiales 1990-1994. Choix de décisions”, *Revue Belge de Droit International*, 1995, 2, pp. 727 y 728.

⁹⁹ ALONSO CRESPO, E., “Ley de adopción internacional: formas de dejar sin efecto -o variar- una adopción de este tipo (nulidad, modificación o revisión, conversión), y sus consecuencias en la adopción nacional”, *Diario La Ley Digital* nº 6925, 15 de abril 2008, año XXIX, pp. 9 y 10.

¹⁰⁰ Es la Sentencia del TEDH, de 28 de junio de 2007, *asunto Wagner y J. M. W. L contra Luxemburgo* (Aranzadi Westlaw, JUR/2007/147388). El Tribunal constata que “*la demandante se comporta ante todos como la madre de la menor desde 1996, de suerte que las "relaciones familiares" existen "de facto" entre ellas*”, de forma que las relaciones de hecho han de acompañarse de una “apariencia” de vida familiar. La

como se aprecia en el caso a que me refiero (*vid. nota*) exige poner en juego la presencia del principio de proporcionalidad en las actuaciones.

La compatibilidad de la decisión extranjera con las normas fundamentales del foro ha de analizarse siempre bajo el concreto prisma de la realidad social y el interés de las personas afectadas y, en este caso, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho al respeto a la vida familiar del artículo 8); eso significa que pese al amplio margen de apreciación de que disponen los Estados, las normas de Derecho Internacional Privado no habrán de aplicarse en todo caso, no han de condicionar el reconocimiento de una decisión extranjera que defiende un concreto modelo familiar, en absoluto opuesto -aunque ciertamente distinto- al del foro. Lo que tampoco puede, por el contrario, significar que desde la absoluta aplicación del principio del interés superior del menor se de entrada, sin más, al reconocimiento de adopciones carentes de algún elemento esencial para su validez¹⁰¹. Y esto nos lleva a proceder a una breve valoración del orden público tal y como aparece regulado en la nueva Ley de Adopción.

La última precisión que realiza la LAI en cuanto a la conversión se recoge en su artículo 31, sobre orden público internacional: “*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*”¹⁰². Me pregunto si sólo cabe mencionar el orden público en adopciones simples o menos plenas, ¿acaso una adopción plena no puede llegar a contravenir manifiestamente el orden público internacional español? Conviene ser muy cautos en la apreciación de una excepción que ha de ser considerada limitativamente pero en atención a su restringido contenido, no respecto a los supuestos de hecho que integran su ámbito de aplicación material. En cualquier caso, los efectos han de conllevar una contradicción “manifiesta”, tan evidente en la forma y de tanta entidad sustancial que resulte absolutamente incompatible con los principios fundamentales y valores esenciales de nuestro ordenamiento; de forma que esas diferencias habrán de valorarse genéricamente¹⁰³ y con un más que necesario desapego “nacionalista”. Para muchos países, la filiación no biológica puede tener su origen más

proporcionalidad podría medirse como el resultado entre la efectividad de la relación interpersonal y la mera apariencia de familia. Así lo expone PRESNO LINERA, M. A., “El Derecho europeo de familia”, *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional* nº 22, Edit. Aranzadi, Pamplona diciembre 2008, p.18.

Un interesante comentario podemos leer también en GONZÁLEZ BEILFUSS, C., Recensión sobre el libro *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional* (CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.), *REDI*, vol. LX, 2008,1, pp. 248 a 250.

¹⁰¹ La XVII Sesión del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (Hamburgo, 14 a 16 de septiembre de 2007) analizó las consecuencias de la sentencia citada en la nota precedente, sobre todo de sus apartados 132 y 133. *Vid.* BORRÁS RODRIGUEZ, A., “La XVII Sesión del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (Hamburgo, 14 a 16 de septiembre de 2007)” *REDI*, vol. LIX, 2007,2, p. 872.

¹⁰² Sobre orden público, *vid.* la obra de POILLOT PERUZZETTO, S., *L'ordre public en Droit International de la famille. Étude comparée France-Espagne*, Edit. L'Harmattan, Paris 2005.

¹⁰³ No se hace sino reproducir el contenido esencial del artículo 24 del Convenio de La Haya 1993: “*Sólo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño*”.

frecuente en una adopción simple, con posibilidad de adoptar en forma plena si el menor ha sido abandonado o se desconoce su filiación.

Pero toda correspondencia sustancial de efectos entre las instituciones adoptivas de los países afectados deberá ser tenida en cuenta valorando, sobre todo, la presencia de una variedad compleja¹⁰⁴ de modalidades adoptivas en el Derecho comparado, que no podemos ni debemos reconducir a la simple y la plena puesto que las categorías intermedias, con múltiples variantes, proliferan en el mundo.

Estamos ante un orden público subjetivo centrado en la omnipresencia del principio del interés del menor. Ciertamente, como se ha dicho¹⁰⁵, la protección del menor se articula en torno a una noción abstracta, con valor jurídico indeterminado cuya valoración y concreción corresponde a la competente autoridad judicial sobre la base del artículo 39,4 de nuestra Constitución. Este papel central que adopta el juez le permite un amplio margen de maniobra para evaluar el contenido del término aunque siempre tomando en consideración los principios reconocidos por los instrumentos internacionales, ya sea el Convenio de las Naciones Unidas sobre derechos del niño (1989) o el CLH 93. Y si, además, en este Convenio se admite tanto una adopción plena como una simple, con efectos claramente distintos, ambas deberán reconocerse -al menos por los países parte- sin poder interponer la excepción de orden público, por razones de obvia coherencia jurídica. Sin embargo, quisiera retomar la recién citada sentencia del TEDH de 2007, Wagner c. Luxemburgo, en la que se pone de manifiesto la importancia de distinguir el interés del menor, como concepto de orden público apreciado *in abstracto*, de la específica y particular situación del menor, como orden público *in concreto*; la denegación de reconocimiento no ha de ser vista sólo desde la perspectiva del país de recepción y las legítimas causas que la avalan, sino desde los efectos, desde las consecuencias que tal decisión provoca en los sujetos implicados.

Alguna otra reflexión puede extraerse de todo lo anterior: si una adopción simple es objeto de anotación en el Registro Civil y si España ha ratificado el Convenio de La Haya que expresamente la contempla en su ámbito material, no parece razonable ni justificado parapetar una decisión de no reconocimiento sobre la base de una manifiesta contrariedad con el orden público que, en estas circunstancias, no cabe alegar. De hecho, cuando la LAI regula los efectos que pueden surtir en España las adopciones constituidas por autoridades extranjeras exige, siempre que adoptante o adoptado sean españoles, que la adopción surta “*los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español*” (artículo 26,2). Los términos resultan suficientemente claros como para entender que correspondencia no significa identidad, que la equiparación de efectos ha de analizarse bajo un criterio de flexibilidad que valore las circunstancias concurrentes.

¹⁰⁴ Así lo defendió CALVO BABÍO, F., *Reconocimiento en España...*, op. cit., pp. 97 a 154. Sigo en el texto correspondiente a esta nota la clasificación de los modelos adoptivos realizada por la autora.

¹⁰⁵ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “El interés del menor como factor de progreso y unificación”, *Revista Jurídica de Catalunya* 1994, p. 923.

Hoy, cuando la DGRN se manifiesta al respecto, lo hace con amplitud¹⁰⁶ entendiendo que la falta de equivalencia funcional entre ambas modalidades adoptivas no provoca, per se, contradicción con nuestro orden público internacional; y hasta tal punto se precisa el contenido del orden público que el Centro ha considerado ocasionalmente homologables en España adopciones constituidas en Nepal ante autoridades locales competentes en las que la discriminación por razón de sexo configuraba -y configura- la esencia de la revocabilidad¹⁰⁷. Para salvar la vulneración flagrante del artículo 14 de la Constitución si sólo se anotaban unas adopciones (las no revocables, que recaían sobre las niñas) y las otras eran rechazadas, la DGRN optó por homologar ambas (no obstante, también se han dado supuestos de adopciones provenientes del mismo país que han visto rechazada su inscripción a efectos de lograr su reconocimiento en España).

D) Competencia judicial internacional para la modificación o revisión de una adopción internacional

Es este un supuesto desconocido en el Derecho sustantivo español. Los solecismos en la terminología empleada por la LAI no facilitan su entendimiento ni permiten una inicial claridad conceptual; mientras el título genérico del artículo 15 habla de “competencia judicial internacional para la modificación, revisión, declaración de nulidad o conversión...”, aparentando que modificación y revisión son conceptos autónomos, ya en el texto del artículo, en su nº 3, se cita la “modificación o revisión de una adopción”, empleándoles como sinónimos. El artículo 22 -en cuanto a la ley aplicable- se olvida de la “modificación”, mientras que el artículo 28, por el contrario se expresa como “conversión, modificación o nulidad”, omitiendo la “revisión”.

Las contrariedades no terminan aquí. Además de la pura expresión lingüística o formal, y aludida la falta de sistemática que nos obliga a un plus de atención, interesa despejar la incógnita de qué ha de entenderse por modificación-revisión, -si se puede “revisar” una resolución sobre adopción, constituida por autoridad española o extranjera- y deberemos enfrentarnos con el preciso control de competencia de la autoridad extranjera, tal y como reclama el artículo 15,3 LAI: *“Los Juzgados y Tribunales serán también competentes para la modificación o revisión de una adopción en los mismos casos señalados en el apartado primero y también cuando, además, la adopción haya sido constituida por autoridad extranjera, siempre que dicha adopción haya sido reconocida en España”*.

¹⁰⁶ “La “correspondencia de efectos” no debe ser absoluta o total, pero sí “fundamental”, y en este sentido resulta más apropiado hablar de “equivalencia” que de “igualdad de efectos” (cfr. Resoluciones de 9-9ª de septiembre de 2002, 24-3ª de septiembre de 2002 y Consulta DGRN de 2 de diciembre de 2004)” Así se expone en la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, sobre reconocimiento e inscripciones en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, BOE nº 207, de 30 de agosto de 2006. Este tenor ya se adelantó también en la Resolución-Circular de 31 de octubre de 2005 sobre adopciones internacionales, BOE nº 308, de 26 de diciembre de 2005.

¹⁰⁷ El *Muluki Ain* -Ley del Reino nepalí sobre Adopción, de octubre 1995- reconoce una revocación vinculada al sexo, masculino concretamente. Sobre las adopciones nepalíes es muy interesante el trabajo de ESPINOSA CALABUIG, R., “Una nueva reforma en materia de adopción internacional en España”, *Revista General de Derecho*, año LVI, nº 667, abril 2000, pp. 4343 a 4361.

Vayamos despacio. Revisar no es anular (en la medida en que sus efectos son *ex nunc*, frente a los *ex tunc* propios de la declaración de nulidad, que se produce ante un vicio que afecta al acto por el que la adopción se constituye y que invalida la institución creada *ab initio*) ni tampoco revocar (que surge ante una situación o un hecho sobrevenido con posterioridad, y que veremos después)¹⁰⁸. Se interpreta el término como una modificación de ciertos extremos de la adopción, perfilando obligaciones de los adoptantes o variando alguno de sus contenidos en el marco de sus responsabilidades tras la adopción¹⁰⁹.

Pero las imprecisiones terminológicas no acaban aquí. Seguidamente, para que se atribuya competencia judicial a los Juzgados y Tribunales españoles conforme a la LAI, se deben dar cita alguno de los tres supuestos del nº 1 del artículo 15 -al que se remite el nº 3 del mismo precepto-, es decir, que la adopción se haya constituido por autoridad española, o que el adoptante o el adoptado sean españoles o tengan la residencia habitual en España cuando se presente la solicitud de modificación-revisión; no cabe duda que en estos dos últimos supuestos queda sobreentendido -aunque de la redacción se infiera otra cosa- que la adopción se ha constituido ante autoridad extranjera. Por eso no comprendo el término “también” refiriéndose a la adopción ante autoridad extranjera -que ya se recoge en el nº 1 del artículo 15, como se ha visto- para la que se exige previo reconocimiento en España, es decir, el convertirse en una resolución nacional. Estamos, pues, ante una abultada reiteración del supuesto.

Tras el reconocimiento, sería posible modificar o revisar una resolución extranjera en la medida en que sólo desde entonces surte efectos constitutivos¹¹⁰. De forma que tendremos que tener presente el reconocimiento de la adopción nacida al amparo de la autoridad extranjera para proceder, si es el caso, a una modificación o revisión de su contenido.

Y aquí conviene no olvidar que los actos de jurisdicción voluntaria sólo dan lugar a reconocimientos formales e incidentales, sin que quepa sobre ellos *exequátur*, por lo

¹⁰⁸ OPERTTI BADAN, D., “L’adoption internationale”, *RCADI*, vol. 180, 1983-II, p. 369.

¹⁰⁹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, op. cit., pp. 97 a 99. Los autores conceden a este precepto un cierto valor de futuro, en previsión de situaciones que, con el tiempo, puedan llegar a concurrir. Entiendo que esa es una justificación a posteriori que intenta “salvar” *in extremis* la validez de un artículo de dudosa eficacia práctica que es ajeno al Derecho español y no se contempla en el CC ni en las normativas autonómicas.

¹¹⁰ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Adopción internacional y competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 de adopción internacional”, *Estudios de Deusto*, vol. 56/2, julio-diciembre 2008, pp. 99-100. También, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción internacional y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre”, *BIMJ* nº 2073, 2009, pp. 3867 a 3869. Los autores citan el artículo 66.IV de la Ley belga de DIPr, de 16 de julio de 2004, como uno de los elementos inspiradores de la Ley española: “*Les juridictions belges sont compétentes pour prononcer la révision d’une adoption aux conditions visées à l’alinéa 1er, si l’adoption a été établie en Belgique ou si une décision judiciaire établissant l’adoption a été reconnue ou déclarée exécutoire en Belgique*”. Es más que evidente la defensa a ultranza que estos autores hacen del texto de la Ley en todos sus trabajos.

que la tajante referencia del artículo 15,3 ha de ser debidamente matizada¹¹¹. El reconocimiento formal se produce con la inscripción en el Registro; cuando esto sucede, la adopción nacida en el extranjero se convierte en española; y esa inscripción tendrá lugar “*cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su domicilio en España...*” (artículo 29 LAI). Sólo entonces se inscribirá el nacimiento del menor y la marginal de adopción, “*conforme a las normas contenidas en los artículos 12 y 16,3 de la Ley del Registro Civil*”. Como certeramente indica algún autor, la LAI omite toda referencia al artículo 15 LRC¹¹²; este precepto no parece tener cabida al exigir que los hechos afecten a españoles o a extranjeros sí, en este caso, tales hechos se han producido en España. Si la nueva Ley posibilita la inscripción cuando la adopción se celebra en el extranjero entre extranjeros siempre que los adoptantes estén domiciliados en España, no creo que lo haga pensando en un supuesto de adopción consular, al que parece remitir el artículo 12 de la Ley Registral, porque lo más probable es que adoptantes o adoptando sean nacionales del país de sede del cónsul. Y si adoptantes o adoptando tuvieran la nacionalidad española, las previsiones de la LAI resultan innecesarias, por obvias.

Pero también es posible hablar de un reconocimiento incidental; a él se refiere el artículo 27 LAI, “*La autoridad pública española ante la que se suscite la cuestión de la validez de una adopción constituida por autoridad extranjera y, en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la inscripción de la adopción constituida en el extranjero, controlará, incidentalmente, la validez de dicha adopción en España, con arreglo a las normas contenidas en esta Ley*”. Estos pronunciamientos no son vinculantes a efectos de una eventual inscripción posterior en el Registro Civil, pero deberán ser tenidos en cuenta por el Encargado del Registro al efectuar su calificación si han precedido a la presentación de la documentación pertinente; estamos ante un control sobre la validez del documento constitutivo de la adopción¹¹³.

¹¹¹ En la enmienda nº 83 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al apartado 3 del artículo 15 del Proyecto de Ley de Adopción Internacional, se dijo: “*De conformidad con lo que establece el informe de la Fiscalía General del Estado, por razones de seguridad jurídica se propone la supresión de esta disposición, tan contraria en principio a la esencia misma de la adopción. Asimismo, esta materia carece de regulación en la LOPJ; si se quiere introducir, debiera hacerse a través de una modificación del artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*”.

¹¹² Con ese artículo se inicia el Título relativo a las reglas generales de competencia, dejando bien claro que: “*En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros. En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el Derecho español*”. Sobre el particular, *vid.* ESPINAR VICENTE, J. M^a, *Tratado elemental...*, op. cit., p. 592.

¹¹³ La Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la DGRN, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (BOE nº 207, de 30 de agosto de 2006), indica, al tratar de la eficacia en España de las adopciones internacionales: “*... la autoridad pública española ante la que se suscite la cuestión de la validez de una adopción constituida ante autoridad extranjera, controlará, incidentalmente, la validez de dicha adopción en España... Eso es precisamente lo que ha de hacer el Encargado del Registro Civil español al que se le solicita la inscripción de una adopción internacional, que al calificar positivamente la documentación que se le presenta con la solicitud de inscripción realiza un reconocimiento incidental (vid. consulta de la DGRN de 22 de diciembre de 2004), denegando la inscripción en caso de falta de la concurrencia de tales requisitos...*”.

De todo ello puede concluirse que para proceder a la modificación o revisión de una adopción constituida por autoridad extranjera, la competencia judicial internacional requiere de su reconocimiento incidental o formal, y esta competencia se ostenta, en este caso, en los mismos supuestos que se previeron para la nulidad (artículo 15,1 LAI).

La **revocación** a la que hace referencia el artículo 26,2 final LAI¹¹⁴ es un supuesto que no ha de ser confundido con la revisión que ahora se está tratando. Tampoco hay que identificar adopción plena con irrevocabilidad y simple con posibilidad de revocación, puesto que existen ordenamientos en los que caben adopciones plenas pero revocables (es el caso de Nepal). Las causas para la revocación son variadas, derivadas de la conducta sobrevenida de cualquiera de los miembros integrantes de la nueva familia, tales como ingratitud del menor (Ordenamiento mexicano), abusos, crueldad, abandono (Código de Familia etíope), problemas físicos o psicológicos graves del menor o incapacidad para poder cuidar bien al menor adoptado (en algunos Estados norteamericanos).

La revocación voluntaria se contempla en la LAI en referencia a los efectos que una adopción constituida por autoridades extranjeras puede tener en España; el texto, con vocación realista pero en absoluto novedoso, encara un supuesto frecuente en numerosos ordenamientos que, no por lejanos y distantes geográfica y culturalmente, dejan de tener consecuencias en territorio español.

En el texto del Anteproyecto se iba mucho más allá, puesto que el desaparecido artículo 13,2 contemplaba la aplicación por parte de los tribunales españoles de una ley extranjera que regulara la revocación voluntaria de la adopción, supuesto que ya en el Proyecto fue descartado por entenderse que el orden público internacional español se vería manifiestamente confrontado con esa opción: el vínculo de filiación adoptiva es indisponible, y así se manifestó en el Informe sobre el Anteproyecto elaborado por el CGPJ¹¹⁵. Lo que se mantiene, y es una garantía de tutela de los derechos del adoptado, es la obligación de renunciar a la facultad de revocación que el ordenamiento extranjero le concede, antes de que el menor sea desplazado a España; de esta forma se evita un posible “abandono” del menor antes de procederse a la renuncia.

El artículo 180,1 CC es tan escueto como tajante: “*La adopción es irrevocable*”. De ahí que el derogado artículo 9,5 CC en su párrafo final -añadido por la Ley 18/1999, de 18 de mayo- dijera lo que hoy dice el artículo 26,2 LAI: que sólo es posible reconocer la validez de una adopción constituida en el extranjero si media una renuncia expresa al derecho a revocar admitido en la ley extranjera; yendo más allá, la Ley 18/1999 permite

¹¹⁴ “*Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil*”.

¹¹⁵ Esa “*disponibilidad atentaría contra el principio constitucional de protección integral de los hijos con independencia de su filiación -artículo 39,2 CE-*”. En otro momento, a modo de conclusión, “*Por estrictas exigencias de congruencia interna de nuestro ordenamiento, el Consejo estima que la referencia a la revocación voluntaria debe ser depurada del texto del artículo 13,2*”.

aplicar el precepto a las adopciones constituidas incluso antes de su entrada en vigor, a través de la previsión expuesta en su Disposición Transitoria Única. De esta forma, frente al principio general de irretroactividad de las leyes, la justificación a esta excepcional retroactividad ha de buscarse en el interés que manifiesta el legislador por reconocer adopciones constituidas en el extranjero, en beneficio de los menores afectados que, en ningún caso han de verse en situación de desprotección¹¹⁶. Pero la práctica aplicación del contenido del precepto puede dar lugar a consecuencias no previstas si son numerosas las adopciones provenientes de países en los que adopción aunque plena, pueda ser revocada.

No son escasas las Resoluciones de la DGRN¹¹⁷ aludiendo a la imposibilidad de acceder a los Registros españoles de aquellas adopciones que nacieran revocables, a salvo el ya comentado desistimiento a tal medida. De esta forma se pretende dotar de validez en fase final a un acto en el que las partes implicadas, sobre todo el adoptado pero también los adoptantes, han cifrado muchos intereses e ilusiones, objetivos que intentan salvaguardarse con un reconocimiento que permite valorar los fines relativizando los medios, teniendo siempre en el horizonte de todas las actuaciones el “interés superior del menor”.

Pero conviene no olvidar nada; para que una adopción sea válida, ya hemos visto que ha de serlo en los dos Estados, el de origen y el de recepción, pero para renunciar a la revocación parece bastar con aplicar la ley del país de recepción, en este caso la española, con absoluta omisión de las reglas, criterios, normas y principios del país donde la adopción se constituyó con carácter esencialmente revocable y en cuya legislación quizá no se admita la renuncia. Es evidente que la actuación del adoptante ante las autoridades españolas conforme a la ley española sólo produce efectos en

¹¹⁶ La DGRN, en su Resolución de 16 de febrero de 1998 ante la negativa del Encargado del Registro a inscribir a una menor adoptada en Nepal por adoptantes españoles y que ya se encontraba en España desde abril de 1996 indica, refiriéndose a la niña que: “... se encuentra desprotegida como sujeto de derechos en contradicción con lo que se desprende de la Exposición de Motivos de la LO de 15 de enero de 1996, en la que se proclama abiertamente que el espíritu de la misma se basa en la protección del menor”. Sobre la normativa, Vid. RODRIGUEZ BENOT, A., “La Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9,5 CC en materia de adopción internacional”, *REDI*, 1999-II, pp. 818 a 822. También, DIAGO DIAGO, P., “Revocable International Adoption and Spanish Law”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. VI, 1998, pp. 79 a 103.

¹¹⁷ Resolución de 6 de mayo de 2000; Resolución de 9 de septiembre de 2002; Consulta de 22 de diciembre de 2004. Todas aparecen recogidas en la ya mencionada Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales.

En la Exposición de Motivos de la Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código Civil, podemos leer acerca del no reconocimiento en España de la adopción constituida en el extranjero si sus efectos no se corresponden con los previstos por la legislación española que “la conclusión del legislador es acertada cuando la institución extranjera no suponga el establecimiento de una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado o cuando éste mantenga sus vínculos con la familia biológica anterior. Pero la solución no es nada segura cuando la no correspondencia de efectos se produce porque la adopción extranjera es revocable a solicitud del adoptante durante la minoría de edad del hijo adoptivo. Si ésta es la única diferencia entre la adopción extranjera y la española, parece justo abrir algún camino para que, sin necesidad de que la adopción se constituya «ex novo» en España por vía judicial, pueda reconocerse eficacia en nuestro ordenamiento a tales adopciones extranjeras”.

España. Cuando en sendos Estados el tratamiento de la revocación de la adopción es dispar, refrendar la renuncia como hace la LAI -o hacía el artículo 9,5 CC- permitiría entrar en un juego de voluntades, que sería casi ocurrente si no fuera por la seriedad del tema y la implicación de los sujetos afectados, y que consistiría en renunciar expresamente en España a la revocación -como ya he dicho, el acto tendrá alcance y efectos en España- y, más tarde, desdecirse y proceder a llevarla a cabo en el país donde la adopción se constituyó como esencialmente revocable¹¹⁸. Y si pensamos en la concreta situación nos encontraremos con un adoptante que renuncia a la revocación en España, que ve cómo ésta se inscribe en el Registro Civil español como irrevocable pero que, al cabo de unos meses, viaja al país de origen del menor y manifiesta ante la competente autoridad extranjera, su deseo de revocar el vínculo previamente creado, al amparo de la ley estatal. ¿Acaso podríamos hablar de un fraude de ley? No lo parece.

De otro lado, y por volver al artículo 26,2 LAI, se me plantea una duda con relación al sujeto habilitado para formalizar la renuncia; la exclusiva referencia al adoptante parece indicar que el adoptado no tendría que renunciar a una revocación que, aparentemente, podría ejercitar en cualquier momento. Entiendo que, pese a lo excepcional de la situación cuando la decisión provenga del adoptado, la modificación unilateral del contenido y alcance de la adopción ha de ser predicable de ambas partes implicadas¹¹⁹. No es tampoco infrecuente que el derecho de revocar se conceda a la institución responsable o a la persona física que ha entregado al menor en adopción. Por eso reivindicó como más acertada la redacción ya derogada del artículo 9,5 CC *in fine*, en el que no se precisaba el sujeto activo del acto de renuncia a la revocación¹²⁰.

La posición de la DGRN ha evolucionado desde el frontal rechazo a la inscripción de adopciones constituidas en países con especialidades muy marcadas que podrían llevar a dudar de la necesaria correspondencia entre la figura en los dos ordenamientos, a una actitud más realista en la que la interpretación se flexibiliza. En la Ley china de

¹¹⁸ En este caso, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, op. cit., p. 209 dicen que si los adoptantes revocan la adopción en el extranjero tras haber renunciado a ello en España, como ya ha sido admitida aquí como válida con carácter previo, no será reconocida en nuestro país la decisión extranjera de revocación de la adopción. Por mi parte, entiendo que estamos ante una aplicación *in extenso* del Derecho español sin una base legal sustancial; por el contrario, el artículo 28 LAI reconoce efectos legales en España a las decisiones de la autoridad pública extranjera respecto a conversión, modificación o nulidad (los propios autores a veces utilizan como sinónimos los términos “revocación o anulación, *vid.* p. 207) de adopciones si se cumplen dos requisitos: autoridad extranjera competente y aplicación de la ley estatal designada por la norma de conflicto del país de la autoridad.

¹¹⁹ Esta situación se contempla en Italia donde el adoptado o el Tribunal de Menores podrán solicitar la revocación de la adopción alegando actos atentatorios contra la vida e integridad del menor por parte del adoptante. Vid. MANERA, G., *L'Adozione Internazionale. Particolari e dei Maggioreanni*, Edit. Ianaua, Serie Società e Diritto n° 24, Roma 1990, p. 225. También en los Países Bajos se admite a petición del adoptado, siempre que sea mayor de 18 años y que la solicitud se haga dentro de un específico plazo que oscila entre el segundo y tercer año desde que alcanzó la mayoría de edad.

¹²⁰ “La atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil”. Defendiendo la redacción de la LAI, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007...*, op. cit., pp. 206 y 207, indican que para aquellos casos en que los adoptados hayan sufrido abusos y deseen revocar su adopción, podrán acudir a la revisión o a la declaración de nulidad de la adopción, categorías aceptadas en la legislación española.

adopción de 29 de diciembre de 1991 se admite la revocación de común acuerdo entre adoptantes y adoptado, eso sí mayor de edad, ante la imposibilidad de convivencia en el mismo domicilio¹²¹, así como la revocación del adoptante y de quien dio al menor en adopción, lo que no impide que bajo ciertas garantías la inscripción se practique. Otras circunstancias anejas a la revocación también se dan en la normativa vietnamita, nepalí y las de los Estados mexicanos de Oaxaca, Zacatecas y Puebla¹²².

En las adopciones en Nepal (país que no ha ratificado el Convenio de La Haya) se recoge una revocación condicionada por el sexo del adoptado, es decir, que sólo cabe respecto de los niños, mientras que la adopción de niñas no puede revocarse. De la lectura de algunos preceptos de la recién retocada Ley de Adopción (*Muluki Ain*) se colige que tras dejarse sin efecto la adopción del adoptado (varón) éste recupera los vínculos con su padre biológico hasta poder de convertirse en su heredero. Es una adopción plena (Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 1998) pero ciertamente peculiar llevada a cabo por las autoridades locales con carácter administrativo¹²³.

Este diverso tratamiento por razón de sexo ha sido el elemento utilizado como punto de inflexión en el ámbito de su reconocimiento en España. La imposibilidad de concederlo se basaba en el carácter revocable de la adopción de niños; pero, ante esto y con una ingeniosa construcción legal que pone de relieve los recursos del Centro, la DGRN argumentó esgrimiendo la defensa del orden público, en este caso, centrado en la vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de nuestra Constitución. Por ello, negándose a aceptar la evidente discriminación a que se veían sometidos los varones adoptados, la aplicación de la igualdad debía conducir a entender que la irrevocabilidad de las adopciones femeninas debía extenderse a las de los varones. Junto a la defensa del artículo 14 se argumentó, en abundancia, con la aplicación del criterio más favorable para los adoptados y, por supuesto, con el interés superior del menor¹²⁴.

Así pues, el cambio interpretativo experimentado por la DGRN acerca de la inscripción de las adopciones constituidas válidamente conforme a la legislación nepalí, ha

¹²¹ Resolución DGRN de 29 de mayo de 1997: "... la Ley china prevé ... que si las relaciones entre los padres adoptivos y su hijo adoptivo mayor de edad se deterioraren "hasta el punto de que la convivencia en la misma casa deviniere imposible" podrán dar por concluida su relación adoptiva de común acuerdo, pero el caso es que esta previsión parece partir de una obligación de convivencia entre mayores de edad que no se compagina en modo alguno con la plena libertad e independencia que el cumplimiento de la mayoría de edad otorga a los hijos en España, por lo que el supuesto de hecho difícilmente podría darse estando la familia adoptiva domiciliada en nuestro país".

¹²² Sobre la influencia del CLH 93 en la normativa mexicana, Vid. SIQUEIROS, J. L., "La Convención relativa a la Protección de Menores y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México nº 23, 1994.

¹²³ Una nueva normativa, sin rango de Ley, ha entrado en vigor el 2-V-2007, recogiendo condiciones que modifican ciertos términos de la Ley nepalí sobre adopción internacional. Consulta íntegra en <http://nuke.nepal-aki.com/LinkClick.aspx?fileticket=DhKVWuFyvKU%3d&tabid=82&mid=445> Con fecha 1 de enero de 2009 se han reiniciado las adopciones en el país. Los formularios de solicitud y los requisitos están en la página web del Ministerio www.mowcsw.gov.np

¹²⁴ BELTRÁN, R., "La figura de la revocabilidad en las adopciones internacionales", *Infancia y Adopción*, nº 3, 1998. También, CALVO BABÍO, F., *Reconocimiento en España...*, op. cit., pp. 231 a 234.

transitado desde el abierto rechazo¹²⁵ a la abierta aceptación. Hoy, la solución del Centro Directivo, mediante un *acto in bonus* que persigue efectos favorables para todos los interesados, puede defenderse desde posiciones éticas o filosóficas, en las que la protección jurídica del menor es el faro que orienta en la oscuridad; pero el peligro en la utilización de este argumento radica en que su amplitud y generalizada validez podría hacernos desear su empleo en todos los casos, y digo bien en todos, no sólo en los que se observen discriminaciones por sexo, no sólo por tanto, en las adopciones que han tenido su origen en Nepal, y si esta idea no se acogiera por extensa y poco rigurosa siempre se podría decir que se está discriminando la adopción en razón a su origen¹²⁶.

Desde otra perspectiva, la revocación puede tener una doble naturaleza, particular o privada y judicial. Dicho en otros términos, la revocación exige una autorización judicial salvo que los interesados la lleven a cabo de manera expresa y voluntaria. Sobre la primera ya me he detenido; en cuanto a la segunda, la DGRN la admite con limitaciones y analizando *in casu* los supuestos que se planteen. La excepcionalidad de la situación queda patente en nuestro CC (artículo 180,2)¹²⁷ cuando permite al juez tomar esa decisión si cualquiera de los padres biológicos no pudo intervenir activamente en el expediente por causa que no les sea imputable y siempre que el interés del menor no se vea comprometido gravemente. La demanda judicial para revocar la adopción deberá presentarse en los dos años siguientes a la constitución de la adopción, y debe evitarse que su tramitación cause perjuicios al menor.

IV. VALORACIONES ANTE UN RESULTADO DISPAR

Para quienes han intervenido en el proceso de redacción y para muchos de sus analistas, esta Ley resultaba necesaria por muchas razones: para armonizar los procedimientos de adopción internacional, adecuando el ordenamiento a la actual realidad social; para precisar la definición jurídica de la adopción internacional como el "vínculo jurídico de filiación" que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptados; y para fortalecer las garantías y la seguridad jurídica de los menores y adoptantes, persiguiendo prácticas como el tráfico

¹²⁵ DOMÍNGUEZ LOZANO, P., "Resolución de la DGRN de 28 de abril de 1994. Filiación-adopción de niña nepalí acordada en Nepal por la autoridad competente", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 38, 1995.

En tres Resoluciones -de 16 de febrero de 1998; 18 de abril de 1998 y 21 de mayo de 1998- se rechaza la inscripción de adopciones nepalíes por carecer los adoptantes de la necesaria declaración de idoneidad llevada a cabo por las Entidades Públicas competentes. Pero tanto en ellas como en alguna otra -Res. de 5 de febrero de 1998; 14 de febrero de 1998; 25 de marzo de 1998- la nota de revocabilidad no es razón que impida la validez de la adopción en España, acudiendo al ya citado principio de no discriminación.

¹²⁶ En parecidos términos se expresa BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "¿Nuevas modificaciones en materia de adopción internacional?", *Infancia y Adopción*, nº 4, 1998

¹²⁷ Resolución-Circular de 15 de julio de 2006: "... En el caso de las revocaciones judiciales o decretadas por la autoridad judicial es necesario un estudio caso por caso en función de las causas a que pueda responder dicha revocación, partiendo en todo caso del dato de referencia de que incluso los supuestos de extinción judicial de la adopción presenta en nuestro Derecho un carácter excepcionalísimo, limitado a los casos en que el padre o la madre, sin culpa suya, no hubieren tenido intervención en el expediente de adopción que prevé el CC, art. 180,2".

de niños, su desplazamiento ilegal o la falta de transparencia de las agencias de adopción

Los objetivos perseguidos eran, pues, inaplazables y ambiciosos.

Así pues, pese a la disparidad que puede apreciarse en los resultados tras su lectura detenida y habida cuenta de que la oportunidad de que se disponía para sistematizar la institución ha terminado por desvanecerse, valoro positivamente la intención clarificadora y armonizadora de muchos de sus contenidos y su interés por arrojar luz en una materia compleja por su carácter plurinacional y ambigua en muchas de sus normas. También es de reseñar el novedoso reconocimiento de las adopciones simples aun cuando sus efectos no sean similares o equivalentes a los de la adopción plena, así como la posibilidad de convertir una adopción simple en plena conforme a la ley española. Ciertamente, se trata de una modalidad adoptiva cuyo reconocimiento ya estaba previsto en el texto de La Haya pero sin encontrar plasmación expresa en nuestro Derecho.

Concluir con éxito unánime tan difícil singladura era un objetivo imposible; satisfacer todas las inteligencias no ha podido siquiera concebirse en la mente de nuestro legislador. Es por ello que la crítica constructiva, juiciosa y argumentada que ya fluía antes de la entrada en vigor de la Ley, no hará sino completar el estimable empeño con el que este desafío ha sido llevado a cabo.