

BREVE COMENTARIO A LA LEY 54/2007 DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Paula Paradela Areán*

Resumen: La Ley 54/2007 se propone, de un modo ambicioso, regular la adopción internacional respondiendo a las especiales necesidades que derivan de este fenómeno. El presente comentario se centra en las soluciones otorgadas por la ley a las cuestiones de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero, analizando las novedades que aporta y las soluciones que de ellas se derivan.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. III. LEY APLICABLE. IV. RECONOCIMIENTO DE ADOPCIONES CONSTITUIDAS POR AUTORIDAD EXTRANJERA. V. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de adopción internacional pretende responder a las necesidades y demandas sociales surgidas del incremento de adopciones internacionales. En particular, intenta: hacer descansar toda la regulación en el interés superior del menor, poner fin a la dispersión normativa, conjugar los principios constitucionales con las disposiciones de los instrumentos internacionales y conseguir adopciones internacionalmente fuertes. Para la consecución de los objetivos expuestos, la Exposición de Motivos de la Ley, asegura que la misma cuenta con una regulación normativa sistemática, coherente y actualizada que permite dar respuesta al fenómeno de la adopción internacional en España.

La realidad no se corresponde totalmente con la declaración de intenciones recogida en la Exposición de Motivos. Si bien se incluyen novedades positivas, como el reconocimiento expreso de los efectos propios de las adopciones simples¹, la regulación de su conversión en adopciones plenas o el tratamiento de la adopción internacional como una genuina medida de protección de menores, lo cierto es que ni cumple completamente con los objetivos propuestos ni termina con algunos de las incoherencias o inconvenientes de la regulación anterior, sino que más bien los incrementa.

* Becaria FPI Universidad de Santiago de Compostela.

¹. Reconocimiento que ya era defendido para el sistema anterior por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. “El Proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad civil*, nº 22, 2007, pp. 2597-2618, p. 2597.

No cumple con los objetivos que propone porque, como tendrá ocasión de examinarse a continuación, la regulación puede no respetar en ocasiones el interés superior del menor, cuando lo identifica, de forma obsesiva, con la validez internacional de soluciones, soslayando otros aspectos sustantivos de innegable presencia²; no pone fin a la dispersión normativa, aunque es cierto que puede atenuarla; ciertos contenidos pueden presentar una dudosa compatibilidad con el Convenio de La Haya de 1993³ y presenta, en ocasiones, una regulación teórica de una complejidad innecesaria y de difícil aplicación práctica.

No termina con alguno de los inconvenientes de la regulación anterior, ya que no acaba con figuras anacrónicas como la adopción consular, sigue manteniendo los mismos foros de competencia judicial internacional, con el consiguiente carácter exorbitante de los mismos⁴ y consolida una discutible interpretación de la normativa derogada, convirtiéndola en regla positiva⁵.

Al margen de lo dicho, debemos simplemente mencionar, por exceder el análisis profundo de la cuestión del objeto del comentario, la ausencia de una clara delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El problema deriva de la regulación por parte de la Ley de materias administrativas de la adopción internacional, que vienen siendo reguladas por las Comunidades Autónomas en virtud de su competencia en materia de Asistencia Social, art. 148.1.20 CE (en la que se incluye la protección de menores).

II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

La regulación de la competencia judicial internacional en la LAI presenta algunas soluciones nuevas, aunque conservando, en esencia, los criterios básicos del sistema anterior.

² Esta falsa identificación ya fue denunciada desde antiguo: J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Parte especial*. Vol. II., Oviedo 1988, p. 220; en relación con el cúmulo de leyes previsto en el antiguo art. 9.5 Cc, orientado también a evitar adopciones claudicantes.

³ Vide al respecto A. Borrás Rodríguez. *Espagne. Nouvelle loi sur l'adoption internationale*. www.slc-dip.com.

⁴ La mayoría de la doctrina ha defendido el carácter exorbitante de los foros: en este sentido S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Adopción internacional y sociedad multicultural", *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 175-211, p.188. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional", *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº1, 2008, pp. 1-8, p. 4. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas 2007, p. 396. A.L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado* Vol. II, Granada, Comares 2005 p. 131 (véase no obstante la evolución de estos autores al respecto, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008, pp. 82 y 83).

⁵ Vide el paralelismo entre la nueva ley y la Resolución Circular DGRN de 15 de julio de 2006; críticamente sobre esta última S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Reconocimiento e inscripción en el registro civil de las adopciones internacionales", *Revista española de derecho internacional*, Vol. 58, Nº2, pp. 683-710.

La Ley conserva los foros de competencia judicial internacional de la LOPJ (con el consiguiente carácter exorbitante de los mismos y la excesiva relevancia que otorgan al criterio de la nacionalidad) y la figura de la adopción consular. Introduce, como novedades, la determinación del momento en el que se aprecia la residencia habitual o nacionalidad española de las partes, la previsión expresa de nuevos supuestos en lo referente a la competencia y la fijación del Tribunal competente en los casos de falta de coordinación entre la competencia judicial internacional y competencia judicial interna. En efecto, la LAI retiene en esencia los foros de competencia judicial internacional del sistema anterior, la nacionalidad española o residencia habitual de adoptante o adoptando en España, incorporando nuevas situaciones: la declaración de nulidad, la conversión, la modificación y la revisión de la adopción. En estos nuevos supuestos los juzgados y tribunales españoles son competentes, además de en los mismos casos de constitución de la adopción, cuando la adopción haya sido constituida por autoridad española y, en la modificación o revisión, aunque se hubiese constituido por autoridad extranjera, siempre que se hubiese reconocido en España. La novedad de la previsión expresa de estas situaciones puede ser valorada positivamente, en el sentido de que se amplía la regulación del sistema anterior, que sólo se refería a la constitución. Sin embargo la inclusión de figuras desconocidas en nuestro Derecho, como son la modificación y revisión, junto con la especificidad de la Ley pueden provocar problemas interpretativos como la determinación de los casos en los que nos encontramos ante estas figuras⁶.

Los foros de la nacionalidad española o residencia habitual de adoptante o adoptando, tal y como ha señalado gran parte de la doctrina⁷, presentan carácter exorbitante, pudiendo hacer competentes a los jueces y tribunales españoles en situaciones en las que tal competencia no resulta razonable⁸, como en el caso de que sin tener residencia habitual ni adoptante ni adoptando en España alguno ostentase nacionalidad española. En estos casos, poco probables en la práctica, el juez estaría obligado a conocer aunque el supuesto no presentase vínculos con España, pudiendo dar lugar a una adopción claudicante (ignorando así uno de los objetivos primordiales de la Ley: la consecución de adopciones internacionalmente fuertes).

La exorbitancia de los foros, como se analizará más adelante, puede ocasionar además, problemas a la hora de reconocer en España adopciones constituidas por autoridad extranjera de ser el criterio utilizado para determinar la existencia o inexistencia de conexiones razonables con el país cuya autoridad haya constituido la adopción.

Como consecuencia de la conservación de los foros, sigue presente la excesiva relevancia otorgada a la nacionalidad, en contraposición con el Convenio de La Haya de

⁶. En este sentido se ha manifestado S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ “La nueva ley de adopción internacional Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”. *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 39-69, p. 49.

⁷. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ “El Proyecto de Ley...”, pp. 2602 y 2603, loc.cit. C. ESPLUGUES MOTA, “La nueva Ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?”. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, nº 2, 2008, pp. 363-380, p. 370.

⁸. Vide los ejemplos descritos por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ en “Reflexiones sobre la Ley...” p. 4, loc. cit.

1993, que toma como dato relevante la residencia habitual y no la nacionalidad⁹. Existe, por tanto una falta de correspondencia entre la solución que efectivamente se da y la que se pretende dar, que según la Exposición de Motivos debería estar en sintonía con las disposiciones de los instrumentos internacionales en materia de adopción.

La LAI mantiene, asimismo, la competencia de los cónsules para la constitución de adopciones internacionales, anacronismo injustificado que presenta, de acuerdo con la doctrina más reputada, una “dudosa compatibilidad con el Convenio de La Haya de 1993”¹⁰. No parece razonable que se mantenga la competencia de los cónsules para constituir adopciones en un sistema como el actual, predominantemente judicialista. La incoherencia de la capacidad de los cónsules para constituir adopciones con la regulación española ya había sido puesta de manifiesto por la doctrina con ocasión de la promulgación de la Ley 21/1987¹¹.

Como contrapartida al mantenimiento de algunas deficiencias del sistema anterior, destacan como novedades la inclusión de nuevos supuestos, tal y como se ha analizado y la solución aportada por el art. 16.2 LAI, que fija como competente al órgano judicial que los adoptantes elijan para los casos en los que, aun existiendo competencia judicial internacional, no es posible completar la competencia territorial. Debemos valorar, de un modo positivo esta previsión, ya que, para estos supuestos no existía, antes de la promulgación de la LAI, una solución legal expresa, si bien la doctrina más avanzada ya apostaba por la solución de la sumisión¹².

III. LEY APLICABLE

El Capítulo II del Título II, referente a la ley aplicable a la adopción, se caracteriza por la complejidad de la regulación, derivada de un laberíntico entramado de supuestos y circunstancias.

Analizando las líneas esenciales del antiguo y del nuevo sistema, se extraen las similitudes con la solución recogida en el artículo 9.5 del Código Civil, las novedades que aporta la LAI y las consecuencias positivas y negativas que se pueden derivar de esta nueva regulación.

⁹. Tal y como apunta A. BORRÁS RODRÍGUEZ en “La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2005)”. *AEDIPr.*, pp. 1199-1216, p. 1213.

¹⁰. A. BORRÁS RODRÍGUEZ. “Espagne. Nouvelle loi...”, loc. cit. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La aplicación 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”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 95, Nº2, 1996, pp. 313-346, pp. 343 y 344.

¹¹. En este sentido RODRÍGUEZ MATEOS. “Comentario al 9.5 del Código Civil”. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir: M. ALBADALEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1995, pp. 242-259, p.251.

¹². J. GONZÁLEZ CAMPOS. “Comentario al 9.5 del Código Civil”. *Comentarios del Código Civil*, Madrid, 1991, pp 87-90 p. 88.

El art. 9.5 Código Civil, que a día de hoy contiene sencillamente una remisión a la LAI, establecía una regla general y dos excepciones. Los requisitos de constitución de la adopción se regían por la ley española y, además, en el caso de que el adoptando no residiese habitualmente en España o no adquiriese en virtud de la adopción la nacionalidad española, *debía observarse* también -excepción por tanto obligatoria- la ley nacional del adoptando en lo referente a su capacidad y consentimientos necesarios. Además, el precepto contenía una excepción facultativa para el juez, según la cual, en el caso de que adoptante o Ministerio Fiscal lo solicitasen en atención al interés del adoptando, se exigiría también consentimientos, audiencias o autorizaciones recogidas en la ley nacional o de la residencia habitual de adoptante o adoptando.

En la LAI, la constitución de la adopción se rige por la ley española si el adoptando reside o va a residir habitualmente en España. En caso contrario, por la ley de la residencia habitual futura o, subsidiariamente por la ley de la residencia habitual presente del adoptando. Sin embargo, la capacidad y consentimientos necesarios, en el caso de que la ley aplicable sea la española y el adoptando no adquiriera la nacionalidad española o no vaya a residir habitualmente en España, *se regirán* por la ley nacional del adoptando. Si fuese aplicable la ley extranjera, la ley nacional del adoptando *se podrá tener en cuenta*. Con el requisito, en ambos casos, de que con ello se facilite la *validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando*. Además, la LAI establece que *se pueden exigir*, art. 20 de la LAI, o *se podrán tener en cuenta*, art. 21 LAI, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o la ley de la residencia habitual de adoptante o adoptando, siempre que con ello se *facilite la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto*, llegando incluso a identificar esa validez de la adopción con el interés del adoptando (art. 20 LAI).

Los criterios establecidos en la Ley para determinar la ley aplicable a la constitución de la adopción se aplican también, tal y como dispone el art. 22 LAI, a los supuestos de conversión, nulidad y revisión de la adopción. Sin embargo, llama la atención que al contrario de lo que ocurre en lo referente a la competencia judicial internacional, la LAI no prevé la ley aplicable a la modificación, asimetría que la ley arrastra desde el anteproyecto elaborado en el seno del Ministerio de Justicia.

El nuevo sistema mantiene la misma estructura que el antiguo, contiene una regla general, aplicando una ley concreta a los requisitos de fondo, y establece una serie de excepciones, que entrarán en juego bajo determinadas circunstancias, según las cuales se aplican (o según la letra de la Ley se exigen, se pueden exigir o se pueden tener en cuenta) otras leyes. Ello, determina ciertas carencias y dificultades aplicativas:

En primer lugar, la LAI realiza una división excesiva de los supuestos, aumentando la complejidad de las soluciones y dificultando la interpretación de la norma¹³. El Capítulo distingue, en primer lugar, entre la adopción regida por la ley española y la adopción

¹³. C. ESPLUGUES MOTA señala la distinción artificiosa del legislador y su falta de adecuación con la realidad, derivada de la previsión de aplicación de múltiples leyes: “La nueva Ley española de adopción internacional de diciembre de 2007...”, p. 372, loc. cit.

regida por una ley extranjera y, en segundo lugar, dentro de cada una de ellas, aporta soluciones diferentes atendiendo a aspectos como la nacionalidad o residencia habitual del adoptando y la posible validez o no de la adopción en *los países conectados con el supuesto*.

En segundo lugar, se utiliza en ocasiones terminología equívoca. Se dispone que la capacidad y consentimientos, bajo determinadas circunstancias, se *regirán*, cuando la adopción se rige por la ley española o *se podrá tener en cuenta*, cuando se rige por una ley extranjera, la ley nacional del adoptando; y que *se podrán exigir*, cuando se rige por ley española, o *se podrá tener en cuenta*, cuando se rige por una ley extranjera, los consentimientos, audiencias y autorizaciones requeridos por la ley nacional o de la residencia habitual de adoptante o adoptando. Si bien es claro que la diferencia entre el “*regirse*” y el “*poder exigirse*” es que el primero es imperativo y el segundo facultativo, lo que quiere decir el legislador cuando dispone que “*se tendrá en cuenta*” no parece claro. Es evidente, tal y como expone la doctrina¹⁴ que *aplicar* no es lo mismo que *tomar en consideración*, pero no resulta del todo claro cuál es el papel de la ley tomada en consideración si no se aplica.

En tercer lugar, se realiza alguna aclaración totalmente innecesaria, como la contenida en el art. 19.3 LAI, referente a la no aplicación de la ley nacional del adoptando cuando sea apátrida o de nacionalidad indeterminada. En estos casos de acuerdo con el art. 9.10 del Código Civil, habrá que considerar como ley personal la de su residencia habitual.

Por último, el art. 24 LAI, referente a la autoridad competente para formular la propuesta previa de adopción, no parece estar correctamente ubicado¹⁵ y debería estar situado en el Título I, que recoge las cuestiones generales.

Fuera de estas deficiencias técnicas, la LAI aporta algunas novedades al antiguo sistema: ya no se aplica la ley española a toda adopción constituida por autoridad española, sino que se aplica la ley de la residencia habitual o de la futura residencia habitual del adoptando; se condiciona la aplicación de otras leyes a la validez de la adopción en los países conectados con el supuesto, identificando el interés del adoptando con la armonía internacional de soluciones; se regula la ley aplicable a la conversión, nulidad y revisión de la adopción y se realiza una referencia expresa al orden público internacional en sede de ley aplicable (mandato ya contenido en el art. 12.3 del Código Civil).

La futura residencia habitual del adoptando es una conexión nueva que puede determinar la aplicación tanto de la ley española como de una ley extranjera. Puede parecer acertada si se tiene en cuenta la frecuencia con la que se producen desplazamientos de un país a otro en la adopción internacional, pero sus consecuencias

¹⁴. A.L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Constitución de la adopción internacional en la ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la ley española”. *Diario La Ley*, nº 6953, 26 mayo 2008, D-162, p. 4.

¹⁵. F. CALVO BABÍO, “Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional”. *Iuris: actualidad y práctica del Derecho.*, nº 125, marzo 2008, pp. 56-63, p. 61.

negativas superan a las eventuales ventajas. Por un lado, se está haciendo depender la ley aplicable a la intención de los adoptantes o, peor, a la declaración de los adoptantes sobre su intención, que puede corresponderse o no con la realidad (y no simplemente por una manifestación premeditadamente falsa, sino también por la imposibilidad de realizar ese traslado por causas no imputables a los implicados). Por otro lado, se genera una cierta incertidumbre derivada de dificultad de prueba de tal intención¹⁶.

La adopción se rige por ley extranjera (además de en los supuestos en que esa ley se aplica bajo determinadas condiciones a capacidad, consentimientos, audiencias o autorizaciones) cuando el adoptando ni resida ni vaya a residir habitualmente en España. La aplicación de una ley extranjera a los requisitos de fondo de la adopción es otra novedad de la LAI que puede provocar dificultades prácticas de alegación y prueba¹⁷. Si tenemos en cuenta que pueden entrar en juego múltiples leyes, estas dificultades aumentan considerablemente. Es más, estos problemas derivados de la determinación de la ley aplicable se incrementan exponencialmente en los supuestos de conversión, nulidad o revisión, al tratarse de supuestos más complejos en los que se haría necesario matizar la aplicación de determinadas leyes.

Una de las novedades más controvertidas de la nueva regulación es el hecho de que se condicione la aplicación de otras leyes a la validez de la adopción en los países conectados con el supuesto, llegando a identificar el interés del adoptando con la armonía internacional de soluciones (art. 20 LAI). Por un lado, la consecución de adopciones internacionalmente fuertes es un fin básico de la LAI que se hace patente a lo largo de toda la regulación, pero que en modo alguno puede identificarse exclusivamente con el interés del adoptando, pudiendo incluso estar ambos en contraposición. Un ejemplo sobre cómo la armonía internacional de soluciones puede entrar en conflicto con el interés del menor fue puesto de manifiesto por el Profesor J. GONZÁLEZ CAMPOS¹⁸. Se trataría de aquellos supuestos en los que entrando en juego la ley nacional del adoptando, por carecer éste de residencia habitual fuera de España o no adquirir en virtud de la adopción la nacionalidad española, esta Ley no entrañase la completa ruptura de los vínculos con la familia de origen, debiendo operar la aplicación de modo restrictivo para salvaguardar el interés del menor. Es evidente que no sólo no son lo mismo, sino que incluso pueden estar enfrentados. Por otro, se plantea la dificultad de determinar cuáles son países conectados con el supuesto, al carecer la LAI de ninguna indicación legal al respecto¹⁹.

La previsión por parte de la LAI de otros supuestos, además de la constitución de la adopción, ha sido favorablemente valorada por la doctrina, sobre todo la previsión de la conversión de la adopción simple en plena. Sin embargo dos cuestiones deben ponerse de manifiesto sobre el art. 22 de la LAI: en primer lugar, que el precepto no regula la modificación, parece que por el denunciado olvido del legislador y, en segundo lugar, como ya se ha anunciado, que la complejidad de las soluciones en la determinación de

¹⁶. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "El Proyecto ..." p. 2604, loc. cit.

¹⁷. En este sentido, F. CALVO BABÍO, "Revisión crítica..." p. 61, loc. cit.

¹⁸. J. GONZÁLEZ CAMPOS, "Comentarios del 9.5 del Código Civil", p. 88, loc. cit.

¹⁹. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La nueva Ley de adopción internacional. Reflexiones ..." p.11, loc. cit.

la ley aplicable se incrementa en los casos de conversión, nulidad y revisión, al no poder aplicarse analógicamente alguna de las previsiones de la constitución²⁰. A título ejemplificativo podemos llamar la atención sobre la incoherencia que supondría aplicar ciertas leyes a la declaración de nulidad sólo en la medida en que con ello se facilitase la validez de la adopción. En este caso, no deberían tenerse en cuenta las leyes que entran en juego de un modo facultativo para garantizar la armonía internacional de soluciones, lo que disminuye la complejidad de la situación²¹.

La LAI hace una referencia expresa al orden público internacional español condicionándolo, no sólo al interés superior del menor (lo que parece razonable), sino a la existencia de vínculos sustanciales del supuesto con España. De nuevo surge una doble problemática en relación con este extremo: en primer lugar, lo poco conveniente de hacer depender la exclusión de aplicación del Derecho extranjero por contrariedad con el orden público de los vínculos del supuesto con España ante derechos absolutos y, una vez más, la dificultad de determinar la existencia de esos vínculos.

IV. RECONOCIMIENTO DE ADOPCIONES CONSTITUIDAS POR AUTORIDAD EXTRANJERA

La régimen establecido en la LAI sobre los efectos en España de adopciones constituidas por autoridad extranjera, tal y como recuerda el art. 25 LAI, sólo se aplicará en el caso de que no sean aplicables los Tratados y Convenios internacionales.

El nuevo sistema recogido en la Ley mantiene una estructura similar al derogado art. 9.5 Código Civil con algunas novedades en las cuestiones reguladas o en el modo de llevarlas a cabo. Mantiene del antiguo sistema los controles de competencia y de ley aplicada y la exigencia de condiciones específicas para los supuestos en que adoptantes o adoptados sean españoles. Como novedades destacan: la previsión expresa del reconocimiento de adopciones simples y la referencia al orden público internacional.

El control de la competencia de la autoridad extranjera no es en absoluto novedoso. Sí lo es, sin embargo, la regulación del modo de llevarlo a cabo. Antes de la entrada en vigor de la Ley, a excepción de la interpretación realizada recientemente por la DGRN²², para determinar si la autoridad extranjera que constituía la adopción era competente, se bilateralizaban los foros de competencia recogidos en el art. 22.3º LOPJ²³. Para determinar la existencia de competencia de la autoridad extranjera, la LAI establece dos requisitos que se deben cumplir de forma cumulativa: que la autoridad haya respetado los foros recogidos en su propio Derecho y que la adopción presente conexiones razonables con el país cuya autoridad la haya constituido.

²⁰. Vide. F. CALVO BABÍO, "Revisión crítica de la nueva Ley...", p. 61, loc. cit.

²¹. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La nueva Ley de adopción internacional. Reflexiones..." p.11, loc. cit.

²². La Resolución de la DGRN de 15 julio 2006 (BOE 30 agosto 2006) avanza algunas de las soluciones recogidas expresamente por la Ley de adopción internacional.

²³. J. GONZÁLEZ CAMPOS. "Comentario del artículo 9.5...", p. 89, loc. cit.

En primer lugar, el control del cumplimiento de los foros recogidos en su propio Derecho carece de sentido pues no garantiza en absoluto que la competencia de la autoridad que constituye la adopción sea adecuada, ya que puede constituirla en base a foros que efectivamente estén recogidos en su ordenamiento jurídico, pero que no sean razonables, y, además, no ayuda a uno de los objetivos primordiales de la ley, la eficacia internacional de las adopciones. En segundo lugar, habrá que evitar la tentación, para determinar las conexiones razonables, de acudir a los foros recogidos en nuestro Derecho (tal y como se acudía hasta la promulgación de la Ley). Esta solución ha sido criticada por la doctrina²⁴ por la falta de coherencia que supone utilizar unos foros exorbitantes para determinar si otra autoridad es competente.

El análisis del requisito de control de competencia de la autoridad extranjera nos muestra lo inadecuado del modo de llevarla a cabo, por la nueva exigencia de controlar si la autoridad ha respetado los foros recogidos en su propio Derecho. Podemos llegar así a la situación de no reconocer una adopción que se ha constituido en virtud de una competencia que parece adecuada pero que no puede ser reconocida por no estar recogida en los foros de competencia de la autoridad de origen, sin que ello suponga ningún tipo de vicio ni ineficacia invalidante para ese Derecho extranjero²⁵.

El requisito del control de ley aplicada tampoco es novedoso, aunque sí lo es el concreto control que se lleva a cabo, a pesar de que cuenta, como el control de competencia de la autoridad extranjera, con algún reciente precedente práctico de interpretación en ese sentido utilizado por parte de la DGRN. La LAI establece como requisito para el reconocimiento (art. 26.1.2º LAI) que la adopción se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por la norma de conflicto del país de la autoridad que ha constituido la adopción. Este requisito ya era criticado por la doctrina²⁶, antes de la entrada en vigor de la Ley, debido a que se puede considerar que la ausencia de contrariedad con el orden público español en atención al interés superior del menor es un requisito suficiente.

El control de ley aplicada se realizaba de conformidad con la ley del adoptando. Ahora se realizará de acuerdo con las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituye la adopción. Este tipo de control de la ley aplicada no garantiza por sí mismo que la adopción sea válida en el país de constitución.

La LAI recoge condiciones específicas para el reconocimiento de adopciones en las que adoptante o adoptado sean españoles. En primer lugar, la adopción debe surtir los efectos jurídicos que se corresponde con los previstos en Derecho español; en segundo

²⁴. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Adopción internacional y sociedad...”, p. 190, loc. cit. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ insiste en la idea en “El Proyecto de Ley sobre adopción internacional...”, p. 2607, loc. cit.

²⁵. A este respecto, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reconocimiento e inscripción...”, p. 686, citando a la doctrina alemana, GEIMER, R, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5º ed., Colonia, 2005, pp. 903-204; expone que se ha defendido el doble control en los casos en los que la falta de competencia judicial internacional del tribunal extranjero conforme a su sistema de competencia fuese una causa de nulidad de la resolución

²⁶. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reconocimiento e inscripción...”, p. 690, loc.cit. En el mismo sentido F. CALVO BABÍO. “Revisión crítica de la nueva Ley...”, p. 62, loc. cit.

lugar, en el caso de que el adoptante sea español y residente en España se exige la declaración de idoneidad previa de la Entidad Pública española competente.

La exigencia de que la adopción constituida por adoptantes sobre adoptados españoles deba surtir los efectos que le corresponden según nuestro ordenamiento, no debe ser entendida en el sentido de que las adopciones simples no puedan ser reconocidas si se realizan por adoptantes españoles²⁷, ya que sería incoherente con el propio contenido de la LAI, al no distinguir entre los requisitos exigidos a nacionales y extranjeros para la eficacia en España de adopciones simples. La consecuencia de esta exigencia es el trato diferente en atención de que adoptantes o adoptados sean o no españoles, lo que no resulta adecuado con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

No se entiende que sólo se exija la previa declaración de idoneidad de la entidad pública española competente a los adoptantes españoles residentes en España, ya que trata de un modo diferente, tanto a los españoles residentes en España con respecto a los residentes en el extranjero, como a los españoles residentes en España con respecto a los extranjeros residentes. En atención al interés superior del adoptando debería exigirse la previa declaración de idoneidad, con independencia de la nacionalidad o residencia, de todos estos sujetos.

En cuanto a las novedades destaca, por ser una de las más relevantes y positivas, la previsión expresa del reconocimiento de la adopción simple²⁸ (art. 30 LAI). En este sentido, se dispone que la adopción simple o menos plena surtirá efectos como tal si se ajusta a la ley nacional de adoptado, pero no serán objeto de inscripción en el Registro Civil ni implicarán la adquisición de la nacionalidad española. Podemos extraer que la remisión a la ley nacional del adoptado tiene como consecuencia que no quepan adopciones simples sobre adoptados españoles. El mismo precepto señala que las adopciones simples pueden ser transformadas en adopciones plenas si se dan los extremos recogidos en el art. 30.4 LAI, relativos, en esencia, a la obtención de los consentimientos necesarios.

Aunque la previsión del reconocimiento de adopciones simples y su conversión en adopciones plenas son novedades positivas, el precepto contiene algunas deficiencias técnicas que pueden llevarnos a conclusiones incoherentes. Concretamente el art. 30.4 LAI in fine, dispone que “*la adopción simple o menos plena será considerada como un acogimiento familiar*”. La equiparación entre la adopción simple y el acogimiento familiar es contrario al Convenio de La Haya de 1993 (cuyos principios pretende seguir la LAI), en el que la adopción simple debe ser reconocida como tal, con las consecuencias que le son inherentes, como la creación de un vínculo jurídico de parentesco entre adoptante y adoptado y las consecuencias personales y patrimoniales que de ello se derivan²⁹. La equiparación es incorrecta y degenera la adopción simple.

²⁷. Así no aclara S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. “Reflexiones sobre la Ley...”, p. 6, loc. cit.

²⁸. Esta posibilidad ya estaba presente, en la anterior regulación, aunque no de un modo expreso, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Proyecto de Ley sobre adopción internacional...” p. 2597, loc. cit.

²⁹. Sobre los efectos de las adopciones simples o menos plenas vide F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el Extranjero*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, servicio de publicaciones, 2003.

De una interpretación del precepto, referido a la conversión de adopciones simples en plenas, podemos llegar a derivar que el legislador se está refiriendo a la equiparación con el acogimiento como una realidad de pasarela o transitoria, sin embargo, hubiese sido acertado el especificar tal situación para que la letra de la Ley no pudiese llevar a equívoco.

Por último, se introduce una referencia expresa al orden público internacional en sede de reconocimiento, que opera teniendo en cuenta el interés superior del menor (art. 31 LAI). En relación con la referencia al orden público hay que decir, en primer lugar, que es innecesaria, el orden público operaría igual aunque la LAI no lo previese y, en segundo lugar, que el legislador sólo se refiere a la adopción simple o menos plena. Del estudio del Proyecto, en el que se hacía referencia a la adopción y a la adopción simple, podemos derivar que se trata de un nuevo olvido del legislador³⁰.

V. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES

El último título de la LAI regula la competencia judicial internacional, la ley aplicable y los efectos de las decisiones extranjeras en materia de protección de menores. Esta inclusión es coherente con la consideración de la adopción como una medida de protección de menores, pero coincidimos con quien opina que puede crear confusión su regulación en una ley sobre la adopción³¹.

En lo relativo a la competencia judicial internacional y la ley aplicable, son una remisión a los Tratados y Convenios internacionales y, subsidiariamente, al Derecho autónomo.

En cuanto a los efectos legales de decisiones extranjeras, el artículo 34 se refiere expresamente a aquellas instituciones de protección de menores que *no produzcan vínculos de filiación*. El artículo equipara estas instituciones con el acogimiento familiar o la tutela de Derecho español si cumplen una serie de condiciones: que los efectos sean equivalentes a los del acogimiento familiar o tutela; el control de competencia y de ley aplicada en la misma línea que en materia de adopción, el cumplimiento de requisitos formales del documento en que consta la institución y la no contrariedad con el orden público. De nuevo se debe llamar la atención sobre la incoherencia regulativa derivada de la deficiente técnica legislativa, que como se ha expuesto con anterioridad, podría llevar a incluir las adopciones simples, cuando se dice que se equiparan a un acogimiento familiar, en este precepto, si no fuese porque sí crean un vínculo de filiación entre adoptante y adoptando, realidad que parece obviar el legislador en el artículo 30.4

³⁰. En este sentido lo entiende S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La nueva ley de adopción internacional...”, p. 67, loc. cit.

³¹. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Espagne. Nouvelle loi...loc. cit.*

VI. CONCLUSIONES

La valoración global de la nueva normativa puede hacerse desde dos perspectivas: la predominantemente formal o de técnica legislativa y la que toca a los aspectos de fondo. Por lo que se refiere a las cuestiones de técnica legislativa, destacan, por un lado la multiplicación de los supuestos regulados y por otro las recurrentes imprecisiones en que incurre el legislador. La primera de las deficiencias apuntadas genera una complejidad notoria que aumenta, no sólo la dificultad en la comprensión de los distintos supuestos, sino también, y sobre todo, su aplicación práctica. Respecto a la segunda, las imprecisiones del legislador, debemos señalar que pueden entorpecer la labor interpretativa o incluso, llevarnos a resultados incoherentes y contradictorios, haciendo patente una cierta discrepancia entre lo que el legislador dice y lo que parece que quiere decir conforme a una interpretación sistemática.

En cuanto a las cuestiones de fondo, interesa destacar tres conclusiones: la Ley no sigue los principios contenidos en el Convenio de La Haya de 1993, llegando incluso a contradecirlos; conserva determinados aspectos negativos de la regulación anterior e introduce algunas novedades positivas.

En lo que atañe a la inobservancia de la regulación y principios del Convenio de La Haya de 1993 señalamos: en primer lugar, que el interés superior del menor, tantas veces mencionado en la Exposición de Motivos de la Ley, no puede reducirse, como la ley pretende a la armonía internacional de soluciones; en segundo lugar, que la adopción simple es equiparada, posiblemente como consecuencia del descuido del legislador, al acogimiento familiar, lo que, si bien puede corregirse a través de un proceso interpretativo, no deja de plantear dudas; por último, que permanecen figuras anacrónicas que hacen patente una desconfianza hacia las autoridades extranjeras, como la adopción consular.

Conserva deficiencias propias del sistema anterior, tales como los exorbitantes foros de competencia judicial internacional -aunque introduciendo nuevos supuestos-, la excesiva importancia otorgada a la nacionalidad y la adopción consular. Además, introduce expresamente extravagantes visiones del control de la competencia de la autoridad de origen y de la ley por ella aplicada, que complican el proceso de reconocimiento de forma injustificada, sin aportar mejora

Por último, merece una valoración positiva la referencia expresa al reconocimiento de efectos a las adopciones simples, así como la posibilidad de su conversión en adopciones plenas, superando el silencio legal existente al respecto.