

**ADOPCIÓN INTERNACIONAL
Y SOCIEDAD MULTICULTURAL**

por **SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ**

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y ADOPCIÓN INTERNACIONAL
 1. **Objetivos básicos del Derecho internacional privado**
 2. **Derecho internacional privado y sociedad multicultural**
 3. **¿Qué es una adopción internacional?**
- III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA: PANORÁMICA DE LA REGULACIÓN POSITIVA
 1. **Aproximación general a la normativa positiva**
 2. **Cambio de modelo en el tratamiento de la adopción internacional**
 3. **La interacción de los cuatro sectores**
 - A) *Introducción*
 - B) *Competencia judicial internacional*
 - C) *Ley aplicable*
 - D) *Reconocimiento*
 - E) *Cooperación*
 4. **En especial, el Convenio de La Haya de 1993**
 - A) *Introducción*
 - B) *El procedimiento*
 - C) *El reconocimiento*
 - D) *El «tipo» de adopción internacional*
 5. **Una propuesta reciente**
- IV. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL SISTEMA: TENDENCIAS, PROBLEMAS Y ACTITUDES
 1. **Planteamiento**
 2. **Manifestaciones de la práctica contraria al reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero**
 - A) *Reducción de la problemática*
 - B) *¿Retroactividad de nuevos requisitos para el reconocimiento de la adopción?*
 - C) *Adopciones cuyos efectos se correspondan con la adopción prevista por nuestras leyes*
 - D) *Otros factores contrarios al reconocimiento*
 3. **Manifestaciones de flexibilización**
 4. **¿Qué pasa con los Tribunales de Justicia?**
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Creo que la rúbrica de un trabajo o el título de un curso o ciclo de conferencias debe servir algo más que para erigirse en gancho o atractivo reclamo para el lector o los oyentes. Por eso, cuando los organizadores de los Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gastéiz tuvieron la amabilidad de invitarme para disertar sobre algún tema de Derecho internacional privado tuve una primera reacción de cautela y, tras aceptar, les propuse la «Adopción internacional», como título del curso; título desnudo de cualquier connotación. Un planteamiento del estado de la cuestión, amparado en un ya buen número de aproximaciones entre la doctrina española¹ y la práctica de nuestras autoridades, no habría de ser excesivamente complejo. Pero, precisamente, esta última constatación y una reacción consecuente con mi propio talante contradictorio me hicieron cambiar de idea, llamando a los pocos días y trocando lo aséptico de mi primera opción por una propuesta en la que el apéndice «...y sociedad multicultural» quería ser algo más que un adorno a la moda. En definitiva, que, al menos en mi fuero interno, me propuse que la coda estuviera preñada de consecuencias; confieso que alguna de las mismas ya me venía rondando la cabeza desde hace tiempo: concretamente, la cuestión por la placidez del sistema, la bondad de algunos instrumentos internacionales y, en fin, la diligencia con la que nuestras autoridades (señaladamente la Dirección General de Registros y del Notariado) comprenden la problemática social y jurídica, ya habían sido objeto de una apresurada reflexión², muy necesitada de concreción y matizaciones.

¹ Por ceñimos al sistema español, tras la incorporación a nuestro ordenamiento del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993 (BOE, 1 agosto de 1995) y la última modificación normativa del artículo 9.5 del Código civil, la introducida por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM), existe un buen número de aproximaciones globales, entre las que, sin ánimo de exhaustividad, pueden señalarse, S. ADROHER BIOSCA, «La adopción internacional: una aproximación general», J. Rodríguez Torrente (ed.), *El menor y la familia. Conflictos e implicaciones*, Madrid, 1998, pp. 229-304; F. CALVO BABÍO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas», *La Ley*, núm. 4628; C. ESPLUGUES MOTA, «El "nuevo" régimen jurídico de la adopción internacional en España», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1997, pp. 33-75; J. M. ESPINAR VICENTE, «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 DGRN)», *Actualidad civil*, 1997, pp. 757-771; J. I. ESQUIVIAS JARAMILLO, «La adopción internacional», *BIMJ*, 1997, núm. 1808, pp. 2181-2201 y núm. 1809, pp. 2287-2306; *id.*, *Adopción internacional*, Madrid, Colex, 1998; C. GONZÁLEZ BELFUSS, «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» *RJC*, 1996, pp. 9-41; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)», *Aranzadi civil*, núm. 12, octubre, 1998, pp. 13-26; M. V. MAYOR DEL HOYO, «Notas acerca del Convenio de La Haya sobre adopción internacional», *RDP*, 1995, pp. 1017-1023; I. LÓPEZ ORELLANA, «La adopción internacional», *RGD*, 1996, pp. 8028-8030. Aunque anteriores, son imprescindibles para acercarse al sistema, N. BOUZA VIDAL, «La nueva Ley 21/1987, de 11 noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado», *RGLJ*, núm. 6, 1987, pp. 897-931; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988; *id.*, «Comentario al art. 9.5 del Cc», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, coordinadores, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pp. 242-259; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995.

² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La adopción internacional», en *La protección jurídica del Menor*, Ignacio Serrano García, Coordinador, Salamanca, 1997, pp. 105-121.

Por todo ello, las páginas que siguen, que recogen el tono del discurso del Curso impartido, tratan de poner de manifiesto por qué la adopción internacional en nuestro sistema y en este momento no responde, a mi juicio, a los presupuestos y principios que parecen inspirarla; es decir, por qué existe una cierta fisura entre el sistema, su glosa, sus consecuencias prácticas y los intereses superiores propios de la materia (partamos del axioma de que se trataría del interés superior del adoptando), los típicos del carácter internacional de la adopción (partamos de la garantía de continuidad de la adopción en el espacio) y los de una sociedad multicultural (partamos de la aceptación de la diferencia no insoportable). Sin duda existen numerosos criterios que desarrollan, perfilan e integran las grandes líneas de tales intereses. En mi discurso no voy a eludirlos, aunque, sin duda, voy a ser tendencioso: voy a incidir más en la parte oscura del sistema, puesto que la parte luminosa es perfectamente conocida y, en general, saludable. Y en tal sentido, voy a poner en tela de juicio el cumplimiento de las exigencias de ese respeto por la identidad cultural que se dice nota distintiva del Derecho internacional privado de nuestros días³. Voy a tratar de verificar si en relación con la adopción internacional se verifica una de las definiciones de «desarrollo» que he rescatado (también tendenciosamente) del Curso de mi compañera Consuelo Ramón Chornet, «capacidad de mezclarse con otros sin avergonzarse de aparecer en público»⁴.

II. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y ADOPCIÓN INTERNACIONAL

1. Objetivos básicos del Derecho internacional privado

Sin abundar demasiado en una realidad sobre la que los manuales al uso pueden ilustrar suficientemente, no es arriesgado señalar que el sistema de Derecho internacional privado surge o se justifica por el hecho de la conveniencia en algún caso, necesidad en otros, de dar respuestas específicas a específicos problemas que presentan la nota distintiva de estar conectados con más de un ordenamiento jurídico. Estas respuestas se dan desde la órbita de un ordenamiento jurídico concreto: es un Derecho internacional privado nacional o, dicho de otro modo, cada sistema estatal posee su propio sistema de Derecho internacional privado: en nuestro caso la órbita se corresponde con el sistema español. Las situaciones privadas internacionales (que así podemos llamarlas; otros nombres igualmente gráficos pueden ser situación jurídicamente heterogénea o situación jurídicamente plurilocalizada) exigen respuestas jurídicas diferenciadas, porque plantean problemas también diferenciados: no es lo mismo una adopción «interna» que una adopción «internacional».

La solución justa para estas situaciones debe tener buena cuenta de, al menos, dos aspectos: por un lado el grado de heterogeneidad de la situación privada internacional o, dicho de otro modo, la concreta manifestación de los vínculos del problema con uno o varios ordenamientos; por otro lado, la garantía de los intereses su-

³ S. SÁNCHEZ LORENZO, «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *REDI*, 1994, pp. 557-585; E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé», *R. des C.*, t. 251, 1995, pp. 9-267.

⁴ CONSUELO RAMÓN CHORNET, «Nuevas orientaciones de las políticas de cooperación y desarrollo de la Unión Europea: la propuesta del codesarrollo».

periores que presiden la regulación jurídica del concreto problema, siempre desde la propia perspectiva (desde la perspectiva del propio ordenamiento). Como consecuencia del primer aspecto, quizá sea conveniente el tratar de forma distinta la adopción internacional que pretendan dos suecos con residencia habitual en Suecia en relación con un menor español con residencia habitual en España, que la adopción por parte de dos españoles, con residencia habitual en Suiza, en relación con un menor español que también reside en el país helvético. En relación con el segundo, en ambos casos, los intereses superiores que subyacen en toda la regulación jurídica de la adopción (por ejemplo, el interés superior del adoptando y «nuestra» concepción del fenómeno) deben estar presentes, aunque pueden estirarse más o menos (nunca desaparecer) en función del aspecto anterior.

Este escueto organigrama determina la existencia de *compromisos sectoriales*, en los que la solución de Derecho internacional privado está más cerca de la especialidad de la situación privada internacional o más cerca de la garantía de la propia concepción, a pesar de la heterogeneidad jurídica del problema («...la adopción es esto, con independencia de que sea internacional o no»). En tal compromiso son relevantes índices tales como la concreta internacionalización de los valores en relación con el problema concreto (visto desde el otro punto de vista: la concreta parcelación jurídica de los valores o el grado de particularismo jurídico estatal) o, sobre todo, la fortaleza o intensidad de determinados valores (por ejemplo a través de su consagración o protección constitucionales) o la prioridad de protección de intereses concretos. El respeto por la multiculturalidad es uno de esos índices que determinan en el momento actual el modo en que el aludido compromiso se manifiesta en cada sector jurídico.

2. Derecho internacional privado y sociedad multicultural

Dado que, como indiqué, el nombre o título del trabajo no debe traicionarse, merece un apartado propio la relación entre Derecho internacional privado y sociedad multicultural, y cómo tal relación se manifiesta en el tema de la adopción internacional.

Simplificando, puede decirse que en los últimos años se han identificado dos perspectivas (que acaso sean dos caras de la misma moneda), que nos muestran, por un lado, cómo la existencia de una sociedad multicultural exige determinadas respuestas del ordenamiento jurídico con independencia de que nos encontremos o no ante situaciones privadas internacionales pero, sobre todo, cuando nos encontramos ante ellas. Desde este punto de vista el fenómeno de la multiculturalidad se proyecta sobre todo el sistema jurídico y, por lo tanto, sobre el Derecho internacional privado como partícipe del mismo. En este sentido, parece evidente que las situaciones jurídicamente heterogéneas pueden plantear, eso sí, sin exclusividad, fenómenos de multiculturalidad en mayor número que las situaciones puramente internas o jurídicamente homogéneas. La constatación de esta realidad, se dice, impone respuestas específicas al sistema de Derecho internacional privado: es una manifestación peculiar de lo que hemos llamado en otro lugar «función reguladora» del objeto del Derecho internacional privado, capaz de reclamar una respuesta jurídica y no otra⁵.

⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Objeto del D.I.Pr. y especialización normativa», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, 1993, pp. 1109-1151. Lo que ya no tengo tan claro es que pueda hablarse de un nuevo tipo de si-

La segunda perspectiva nos dice que, además de dar respuestas satisfactorias y específicas a la especialidad de la multiculturalidad (v.gr., no trataríamos de igual forma el despido improcedente de un alemán contratado en un restaurante chino en Países Bajos que el de un chino contratado en un restaurante chino en Países Bajos⁶) el Derecho internacional privado serviría para fomentar la intercomunicación cultural; sería un instrumento idóneo en pro del sostenimiento y promoción de la multiculturalidad, un canal de comunicación intercultural⁷.

La manifestación específica de este fenómeno no es otra que el reconocimiento y respeto de la identidad cultural de las personas implicadas; entendida esta identidad cultural en sentido amplio con inclusión, claro está, de esa parte que afecta a la identidad *jurídica* (que no es sino manifestación social de un modo de comprender la sociedad y las relaciones entre sus miembros). De esta manera, a través de una cierta *permeabilidad* de los distintos órdenes jurídicos, se garantiza la *convivencia* de distintas realidades (culturas).

En relación con la adopción internacional, y parafraseando las exigencias de un precepto contenido en el citado Convenio de La Haya de 1993, el sistema de Derecho internacional privado debería tener «...debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño, así como su origen étnico, religioso y cultural»; todo ello referido al adoptando. Ciertamente, la fórmula es lo suficientemente ambigua como para albergar cualquier tipo de solución, incluso las más opuestas: por ejemplo, «tenemos en cuenta el origen religioso y cultural del menor a la hora conseguir una transición (integración) hacia otra religión y otra cultura», *versus* «tenemos en cuenta el origen religioso y cultural del menor para respetarlo y poner los medios necesarios para su conservación y promoción». Realmente ambas posturas respetan la literalidad del precepto y habría que buscar en su finalidad para concluir que la segunda es la más ajustada a la misma. En esta línea creo que se ha de entender la apreciación de E. Jayme, al señalar que «Para las materias que afectan a la identidad cultural de una persona, el método conflictual [el que a través de las llamadas normas de conflicto posibilita la aplicación de una ley, que puede ser la propia o una extranjera] garantiza mejor que el resto de los métodos los derechos a la diferencia. La unificación de normas sustantivas conllevaría la destrucción de las diferencias. La protección de la identidad cultural entraña una pluralidad de identidades. Por otro lado, la salvaguarda de la identidad cultural ha engendrado algunas modificaciones de las técnicas de Derecho internacional privado. *Recordemos el nuevo Convenio de La Haya que prevé un procedimiento especial tendente a la protección de la identidad cultural del niño como condición de validez de la adopción*»⁸. La cuestión es saber si tal protección se consigue o no.

tuación privada internacional multicultural o si, simplemente, el fenómeno de la multiculturalidad debe abordarse desde el otro punto de vista que señalaba con anterioridad: desde la perspectiva de los valores superiores que operan como contrapeso a la naturaleza heterogénea. Lo cierto es que algunas manifestaciones típicas de esta multiculturalidad se entremezclan intensamente con la propia esencia de la situación privada internacional (*ad ex.*, teoría del doble escalón, que puede explicarse tanto desde el respeto por la peculiaridad internacional de la situación, cuanto desde la consecución de una respuesta materialmente orientada: mi trabajo «Objeto...», *loc. cit.*, es una prueba de lo primero). Quizá ocurra que es imposible la diferenciación.

⁶ El supuesto es el que dio lugar a la conocida *Sent. Hoge Raad de 18 de noviembre de 1983*, cuyos hechos y un comentario de la misma pueden verse en H. U. JESSURUM D'OLIVEIRA, «Krypto-Internationales Privatrecht», *ZfRW*, 1996, pp. 246-262, pp. 250-251.

⁷ S. SÁNCHEZ LORENZO, *loc. cit.*, pp. 576 ss.; E. JAYME, *loc. cit.*, pp. 251-259.

⁸ E. JAYME, *loc. cit.*, p. 252.

Con carácter más general, pero con indudable incidencia en el tema de la adopción, el artículo 30 de la Convención sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 10 de noviembre de 1989⁹, señala que «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma». Creo que, a pesar de lo circunscrito del mandato, la idea del respeto por todos y cada uno de los extremos de identidad cultural y racial que ahí se consagran debe trascender las fronteras del propio Estado; y todo ello, con independencia de la eficacia jurídica directa o indirecta, mediata o inmediata (directamente alegable por particulares y autoridades) que pueda tener esta Convención¹⁰.

3. ¿Qué es una adopción internacional?

Antes de adentrarnos en la regulación positiva de la adopción internacional creo preciso un breve comentario sobre el objeto de la misma. Ello es así porque, a mi juicio, uno de los factores más acusados de nuestro sistema es, precisamente, el doble rasero con el que se miden realidades aparentemente similares. Me explico: la idea o la realidad de una adopción internacional no es uniforme en función del sistema en el que nos situemos; la adopción internacional puede hacer referencia a una institución con un contenido X en Francia y con un contenido Y en España. Es frecuente en este sentido (y, además, respecto de las normas de producción estatal no puede ser de otra forma) que la comprensión de las realidades jurídicas a que se refiere el sistema se ajuste al propio sistema (y no a otros). Lo que haya de entenderse por adopción (internacional) cuando el artículo 9.5 del Código civil se refiere a ella es una cuestión que sólo a la ley española compete. Es lo que nos recuerda el artículo 12.1 del mismo Código civil¹¹. Sin embargo, también es cierto que los conceptos utilizados por las normas de Derecho internacional privado deben ser lo suficientemente flexibles como para albergar realidades distintas con un mismo denominador: lo contrario sería matar la operatividad de normas dirigidas, precisamente, a regular situaciones privadas internacionales o jurídicamente *heterogéneas*.

En relación con la adopción internacional, el mandato del artículo 12.1 del Código civil nos obliga a partir de la idea reflejada en los artículos 175 y concordantes del mismo código para hacernos una idea de la realidad con la que operamos. No obstante, este punto de partida no debería ser un punto de llegada. El Derecho comparado nos muestra que existen numerosas formas de concebir el fenómeno adoptivo¹². Siguiendo con el razonamiento podríamos realizar una agrupación en

⁹ BOE, 1 de diciembre de 1990.

¹⁰ Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989», *REDI*, 1992, vol. XLIV, pp. 465-498.

¹¹ Que resuelve un aspecto singular (y parcial) del problema que se ha dado en llamar «calificación»; sobre él puede verse mi postura en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Artículo 12. 1 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, coordinadores, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pp. 842-880.

¹² Es sumamente ilustrativo el Anexo C que acompaña el curso de J.H.A. VAN LOON, «International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption», *R. des C.*, t. 244, 1993-VII, pp. 191-

función del denominador común al que antes me referí (el que sea) para delimitar la categoría de adopción internacional. En este sentido, por punto de partida podríamos considerar el acto solemne por el que se establece un vínculo de filiación entre dos (o tres) personas entre las que no media un vínculo de filiación natural, rompiéndose los vínculos de filiación que una de ellas (el adoptado) poseía con su familia natural. Mas, como he señalado, esta concepción (nuestra concepción actual) no es más que punto de partida. Hasta hace pocos años en España se aceptaba una concepción de la adopción que distinguía entre adopción simple y plena; ambas «adopciones» aunque con distinto contenido. La pregunta clave es si nuestro sistema de Derecho internacional privado concibe una adopción distinta de la que nuestro Código civil regula hoy o, por el contrario, asume una postura rígida. La respuesta es clave en la asimilación de la sociedad multicultural.

Si nos movemos en un ámbito de producción jurídica no estatal, como el del Convenio de La Haya de 1993, el mandato del artículo 12.1 del Código civil no sólo no es pertinente sino que tampoco sería operativo. La adopción internacional a que se pueda referir dicho Convenio se distingue de la descripción realizada en que, al menos, no exige la ruptura de los vínculos de filiación entre el adoptado y su familia natural; entiende que haya adopciones internacionales en las que tal circunstancia no se produzca, y las incluye dentro de su ámbito de aplicación, calificándolas, también, como adopciones.

Como vemos, hay distintas formas de comprender la adopción internacional o, dicho de otra manera, para parte del sistema una adopción internacional es una cosa y para parte del sistema es otra. Esta situación es perfectamente conocida y aceptada, y podría quedarse en mera constatación de la existencia de distintos regímenes en función del origen de producción jurídica de los mismos (autónomo-estatal o convencional). Sin embargo, parece patente que no es una situación enteramente satisfactoria: ¿es distinto el interés del niño en función de que a «su adopción» le corresponda el régimen de un convenio internacional (aplicable a las relaciones con 21 Estados de la comunidad internacional) o el de la ley interna española (aplicable al resto)?

Más discutible, aún, puede ser, a mi juicio, que incluso dentro de la regulación de origen estatal (v.gr., la del Código civil) se puedan utilizar denominadores «comunes» «distintos» (y no es una contradicción) para referirnos a las adopciones internacionales en las que sea adoptante un español y a aquellas en las que el adoptante sea un extranjero. Esa es precisamente la solución que parece desprenderse del inciso final del artículo 9.5 del Código civil, tras su modificación por la LOPJM; y digo «parece», porque lo que se establece expresamente es que la adopción constituida por adoptante español en el extranjero deberá tener unos efectos que se correspondan «... con los previstos por la legislación española» para poder ser reconocida en España. *A contrario sensu* podría decirse que la adopción constituida por adoptante extranjero en el extranjero no tiene por qué tener efectos que se correspondan con los del Código civil; pero también esto puede ser discutido.

Esta diferenciación, que es absolutamente legítima como opción de política legislativa, abunda en la llamada de atención sobre la realidad jurídica que estamos

456, pp. 382-398, en el que se aporta una amplia panorámica de la regulación sustantiva de la adopción en los diferentes ordenamientos y sobre la base de índices tales como la necesaria intervención judicial en la constitución de la adopción, las consecuencias de la adopción sobre las relaciones con la familia biológica y su situación en la nueva familia (similar o no a la de un hijo natural) y la posibilidad de revocación de la adopción.

analizando: es una realidad muy plural; pero, más interesante a los efectos de la perspectiva que aquí se está dando al tema, creo que tiene importantes consecuencias en torno al papel del Derecho internacional privado visto desde la sociedad multicultural que pretende regular y, supuestamente, promover en ese carácter plural. Quedémonos, de momento, con la visión de que adopción internacional es, para el ordenamiento jurídico español contemplado en su conjunto, una realidad doblemente heterogénea: por razón de sus vínculos con más de un ordenamiento jurídico y por razón de lo que en cada caso entenderemos por «adopción» en función de la normativa que sea aplicable.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA: PANORÁMICA DE LA REGULACIÓN POSITIVA

1. Aproximación general a la normativa positiva

Abundando en los ejemplos del apartado anterior, una constatación es que hoy el sistema muestra una verdadera *inflación normativa* en relación con la adopción internacional. A esta inflación normativa es preciso aparejar la característica de su *dispersión* en distintos niveles de producción jurídica: internacional, estatal e, incluso, autonómico. Hoy, las normas reguladoras de la adopción internacional las encontramos en la Convención sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989¹³, en el aludido Convenio de La Haya de 1993¹⁴, en determinados Protocolos *ad hoc* que nos vinculan con diversos países¹⁵, en la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶, en el propio Código civil en su artículo 9.5, en

¹³ Artículo 21. Los Estados Parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva, o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

¹⁴ Los Estados parte a 1 de julio de 1998 son Andorra, Burkina Faso, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chipre, Dinamarca, Ecuador, España, Filipinas, Finlandia, Francia, Lituania, México, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, Rumania, Sri Lanka, Suecia y Venezuela.

¹⁵ Vid. C. ESPLUGUES MOTA, «Conclusión por parte de España de cuatro Protocolos sobre adopción internacional», *REDI*, 1996-2, pp. 336-340; se trata de acuerdos administrativos con Rumania, de 2 de abril de 1993; con Perú, de 21 de noviembre de 1994; con Bolivia de 5 de abril de 1995; con Colombia, de 13 de noviembre de 1995. Añade J. CARRASCOA GONZÁLEZ, el Protocolo con el Ministerio de Bienestar Social de Ecuador, de 18 de marzo de 1997, y el Acuerdo con el Ministerio de Desarrollo Humano de Bolivia, de 21 de mayo de 1997 (A. L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho internacional privado*, Vol. II, Madrid, 1998, p. 175).

¹⁶ Especialmente su artículo 25, relativo a la adopción internacional, directamente condicionado por el citado Convenio, al que hace expresa alusión.

la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁷ y en las normativas autonómicas, donde, amén de regulación sustantiva en algunos casos¹⁸, se ha generalizado la regulación de las condiciones de acreditación y control de entidades colaboradoras en la adopción internacional.

Inflación y dispersión normativas tienen dos perspectivas que hay que resaltar: por un lado, son el caldo de cultivo apropiado para la aparición de incoherencias, contradicciones y problemas añadidos a los que plantea la propia realidad de la adopción internacional, ya por sí compleja; y todo ello a pesar de que, afortunadamente, la dispersión normativa formal no se acompaña de una dispersión temporal de las normas (algo que dificultaría aún más la articulación sistemática de respuestas coherentes). Por otro, y de nuevo volvemos a estar ante dos caras de la misma moneda, se exige lo que se ha llamado (dentro de la estética postmoderna) un diálogo entre las distintas fuentes: «...la solución de los conflictos de leyes —se ha dicho— emerge como resultado de un diálogo entre las fuentes más heterogéneas. Los derechos humanos, las constituciones, los convenios internacionales, los sistemas nacionales: las fuentes no se excluyen mutuamente [sino que] se hablan entre sí»¹⁹. Es lo que creo que hasta ahora se llamaba delimitación del respectivo ámbito de aplicación de cada norma; que nunca excluyó la posibilidad de aplicación conjunta de normas pertenecientes a diversos ámbitos de producción jurídica. Hoy se ve como una manifestación típica de la relatividad innata a nuestra sociedad y de la complejidad también alimentada por la multiculturalidad.

2. Cambio de modelo en el tratamiento de la adopción internacional

Una de las notas perceptibles en este conglomerado normativo, en relación con la situación anterior, es la existencia de un *cambio de modelo* en el tratamiento de la adopción internacional. La anterior situación mostraba una visión eminentemente jurídica situada en el ámbito de la *filiación* (más bien, de la determinación de la filiación), con regulaciones donde lo realmente interesante era determinar la ley aplicable a la adopción internacional, la competente autoridad para constituirla y el establecimiento de las condiciones de eficacia de la adopción fuera del Estado de constitución. Hoy se ha pasado a una regulación asentada en la órbita de la *protección de menores*, con una mayor dosis de intervención tanto judicial cuanto administrativa. Este cambio de modelo es especialmente visible en la evolución experimentada por los trabajos en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado; del *Convenio de 15 de noviembre de 1965, relativo a la competencia de autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones en materia de adopción* (con un fracaso evidente: como únicos Estados parte tenemos a Austria, Reino Unido y Suiza) se ha pasado al anteriormente citado, relativo a la «...protección del niño y a la cooperación...» en materia de adopción internacional. Este cambio es el que refuerza la idea de control, de intervención pública, pero también la de situar al menor adoptando en el centro de los intereses concurrentes, como su-

¹⁷ Regula la competencia internacional para la constitución de adopciones por Juez español, estableciendo que serán competentes los Juzgados y Tribunales españoles «... para la constitución de la adopción, cuando el adoptante o el adoptado sea español o tenga residencia habitual en España».

¹⁸ El ejemplo más reciente que conozco es el de la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor, de La Rioja (*BOR*, de 24 de marzo de 1998), cuyo artículo 67 se rubrica en concreto «adopción internacional».

¹⁹ E. JAYME, *loc. cit.*, p. 259.

jeto de un interés que es preponderante; más aún, se ha señalado que dicho convenio es un «instrumento de derechos humanos», fruto de una nueva perspectiva en la que las claves son la cooperación y la interacción entre derechos humanos y Derecho internacional privado²⁰.

En esta línea de protección, sin embargo, no acaba de encajar la regulación clásica (que no antigua, pues la última modificación se realizó por la citada LOPJM, en 1996) del artículo 9.5 del Código civil, que a mi juicio, refuerza el modelo (filial) anterior; lo que, como veremos a continuación provoca no pocas dudas en la interrelación necesaria con el resto de las normas procedentes de fuentes de producción distintas, de tal manera que el aludido diálogo entre las fuentes puede convertirse en un diálogo de sordos.

3. La interacción de los cuatro sectores

A) *Introducción*

Hablar, como he hecho, de panorámica de la regulación positiva de la adopción internacional en España, después de haber señalado la complejidad del sistema y la pluralidad de fuentes de producción jurídica, invita a proyectar sobre el objeto de estudio la «plantilla» típica de Derecho internacional privado. En ella se vislumbra un tríptico tradicional, formado por la competencia judicial internacional (¿cuándo son competentes nuestras autoridades para constituir una adopción internacional?), la determinación de la ley aplicable (¿conforme a qué ley o leyes se va a constituir tal adopción?) y el reconocimiento (¿cuándo va a ser eficaz en España una adopción constituida por autoridad extranjera?); este tríptico debe acompañarse de una parte relativa a la cooperación internacional en materia de adopción, aspecto que, más que complemento, se pretende erigir en verdadero eje normativo de la adopción internacional²¹.

A este organigrama se podría objetar de inmediato el hecho de que no todos los aspectos poseen la misma importancia, desde la perspectiva española. No sería aventurado adelantar que a un país como el nuestro lo que más le interesa es el tema de la eficacia en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras; no en vano España es un país eminentemente «receptor» de tales adopciones. No sería ilógico incidir en el hecho de que raramente los jueces españoles se enfrentarán a la constitución de una adopción internacional y que, por lo tanto, los problemas derivados de la ley aplicable tampoco arrojarán un balance cuantitativo importante. Ello, sin embargo, no es así más que en parte. Como veremos, sí es cierto que el problema principal es el reconocimiento de adopciones constituidas en el Extranjero; mas no lo es menos que la frustración de tales adopciones en unos casos, o razones de «mayor seguridad» en otros²², determinan la «nueva» constitución de adopciones en España.

²⁰ J.H.A VAN LOON, pp. 336 y 338.

²¹ J.H.A VAN LOON, pp. 336, 338, y 344, entre otras.

²² Razones de «mayor seguridad» a las que no es ajena, por ejemplo, la práctica alemana: *Sent. OLG Köln, de 24 de junio de 1996, IPRax*, 1997, p. 128, y comentario de D. HENRICH: dos alemanes adoptan un niño en Polonia y ante las dudas de su reconocimiento en la RFA y de que la adopción tuviera los mismos efectos que la alemana, solicitan, de nuevo, la constitución de la adopción ante Juez alemán y la revocación / anulación de la adopción pronunciada en Polonia. Señala el comentarista que «La causa de esta práctica ge-

B) Competencia judicial internacional

Los Juzgados y Tribunales españoles son competentes «... para la constitución de la adopción, cuando el adoptante o el adoptando sea español o tenga residencia habitualmente en España» (artículo 22.3 LOPJ). ¿Qué decir sobre unos criterios amplísimos que determinan que casi cualquier pretensión de adopción mínimamente conectada con España va a entrar dentro de la competencia de nuestras autoridades? Al menos tres cosas: en primer lugar, que no se corresponden con los criterios que gobiernan la materia de la protección de menores, donde el desplazamiento de la nacionalidad por la residencia habitual viene siendo considerado como satisfactorio, y que, por tal motivo, no se acomoda a lo dispuesto por el Convenio de La Haya de 1993, donde la residencia habitual del adoptando es el criterio retenido; en segundo lugar, que la amplitud de criterios de competencia judicial internacional plantea dificultades de coordinación con los que definen la competencia territorial *in casu*: por ejemplo, ¿qué juez constituye la adopción solicitada por un adoptante español con residencia habitual en el extranjero en relación con un adoptado también con residencia habitual en el extranjero?²³; en tercer lugar, y aunque esto será objeto de análisis más adelante, estos criterios han determinado, o posibilitado, una generalizada opinión, según la cual la competencia de autoridades extranjeras se ha de medir sobre la base de dichos criterios. Creo que esto último es discutible, como veremos más adelante.

En cuanto a los criterios de competencia llamados «generales», como el del domicilio del demandado en España y la sumisión expresa o tácita a nuestros Tribunales, baste señalar la duda razonable que existe en cuanto a su aplicación a los supuestos de adopción internacional²⁴.

Si se trata de una adopción realizada por un cónsul español en el extranjero, la competencia vendrá dada por la nacionalidad española del adoptante más el domicilio del adoptando en la demarcación consular.

neralizada es la (falsa) creencia de que una adopción intervenida en el extranjero por parte de un alemán sólo es válida cuando se constituye de conformidad con el derecho alemán o cuando sus efectos se corresponden con los de una adopción alemana. Esto sólo es así para las adopciones contractuales puras. Sólo ante éstas se determina la validez de conformidad con el estatuto de la adopción. Cuando la adopción es constituida en el extranjero ante una Autoridad Judicial, su reconocimiento sólo depende de los presupuestos del parágrafo 16.º FGG: competencia del tribunal extranjero, garantía de determinados principios fundamentales procedimentales y ausencia de contradicción manifiesta con el orden público alemán... una contrariedad con el orden público sólo concurre cuando el reconocimiento tendría como consecuencia un ataque al corazón del ordenamiento jurídico del foro. Algo que no es el caso ante meras desviaciones de las consecuencias jurídicas [de la adopción]» (la cursiva es mía). En la práctica francesa encontramos más razones para la constitución de adopciones internacionales en Francia en vez de constituir las en el extranjero y reconocerlas posteriormente. Señala H. MUIR WATT que, de ordinario, los ámbitos de la constitución de la adopción en Francia y los del reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero deberían ser equivalentes. Sin embargo, pone de manifiesto cómo la interpretación jurisprudencial hace más atractiva una acción directa (solicitud de constitución de adopción en Francia): una *kafala* nunca sería reconocida como equivalente a una adopción (ni siquiera simple), mientras que la práctica muestra cómo se utiliza el consentimiento expresado por los representantes del menor marroquí (cuya ley prohíbe la adopción) para constituir una adopción en Francia (*Rev. crit.*, 1995, p. 552).

²³ Vid., C. ESPLUGUES MOTA, pp. 42-43; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Art. 9.5 del Código civil», en *Comentarios del Código civil*, Madrid, 1991, pp. 87-90, propone la admisión de la sumisión en este caso (p. 88), aunque lo que realmente habría que cuestionarse es la pertinencia de la competencia en estos casos.

²⁴ Vid. C. ESPLUGUES MOTA, pp. 40-41, y opiniones allí citadas.

C) *Ley aplicable*

Siendo competente una autoridad española para constituir una adopción internacional, la ley o leyes aplicables a tal adopción viene determinada por el artículo 9.5 del Código civil. Este precepto sí es, a mi juicio, un claro exponente del reconocimiento de la identidad de la situación privada internacional (no ya del adoptando); del reconocimiento de que la situación privada (adopción) internacional es irreductible en su heterogeneidad. Ya me referí en otro lugar a esta lectura del precepto²⁵. Baste señalar ahora que la potencialidad del mismo para aplicar varias leyes concurrentemente con la española, en función de la internacionalidad (presente y futura: «...si no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española») del supuesto y del interés del adoptando determinan también su potencialidad para tomar suficientemente en cuenta el carácter eventualmente multicultural de la adopción. Si la complejidad de la sociedad multicultural exige una complejidad jurídica que tome buena nota del dato, este precepto es un modelo, a pesar de las buenas intenciones del legislador que quiso «...establecer una regulación más clara y de más fácil aplicación práctica», según consta en el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

Tan sólo cabe preguntarse si la solución prevista por el artículo 9.5 del Código civil es suficiente para satisfacer las exigencias del resto de las normas que gobiernan la adopción internacional; por utilizar los gráficos términos del postmodernismo, si el idioma que habla el artículo 9.5 es el mismo que hablan el resto de las normas jurídicas o, cuando menos, si posibilita el diálogo.

D) *Reconocimiento*

Como señalé más arriba, el mayor número de problemas que la adopción internacional presenta en España deriva del reconocimiento en nuestro país de las constituidas por autoridad extranjera. Y, en este sentido, el cómo resolver tan delicado problema es una de las mejores medidas de la capacidad de la institución para adaptarse al crisol de culturas.

Distintos son los regímenes que gobiernan este aspecto. Tratándose de un acto de jurisdicción voluntaria, no parece que la vía del reconocimiento procesal o exequátur sea la apropiada, con independencia de que, por un lado, algunos convenios internacionales incluyan en su ámbito de aplicación dichos actos²⁶, y de que, por otro, existan supuestos en los que la vía haya sido utilizada²⁷. En cuanto a las condiciones del reconocimiento, si nos situamos en el régimen común, integrado por las exigencias del artículo 9.5 del Código civil, en sus apartados 4 y 5, varios son los aspectos que sumariamente reseño:

²⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Objeto...», *loc. cit.*, pp. 1139-1140.

²⁶ V. gr., el Convenio hispano-francés sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil de 28 de mayo de 1969 (BOE de 14 de marzo de 1970); también los convenios bilaterales con Italia, República Federal de Alemania o Austria.

²⁷ *Auto del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1981* (RAJ, 1981, núm. 3040) (Francia), *Auto del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1983* (Colombia) o *Auto del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1994* (República Dominicana), comentado por R. ARENAS GARCÍA, *REDI*, 1995-2, pp. 400-403. Sobre el tema desde esta perspectiva P. A. DE MIGUEL ASENSO, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, 1997, pp. 205-223 y *passim*.

A) El precepto habla de la adopción constituida por la «competente autoridad extranjera...», de donde se ha hecho derivar un control de dicha competencia; control que, como antes indiqué, parece que deba realizarse trasladando a la verificación de la competencia de la autoridad extranjera los mismos (amplísimos) criterios que gobiernan la competencia de las españolas²⁸. Antes adelanté que tal modo de operar no tiene razón de ser necesaria. Efectivamente, el trasladar o «bilateralizar» los criterios de competencia internacional de las propias autoridades al juicio sobre la competencia de las autoridades extranjeras, aun siendo un método aceptado por la práctica y la doctrina españolas²⁹ y seguido en distintos ordenamientos de nuestro entorno no es enteramente satisfactorio en general³⁰, ni creo que, *ante los fueros previstos por la LOPJ española*, se adapta a las necesidades de la adopción en particular: ¿consideraríamos competentes a las autoridades norteamericanas de la residencia habitual de los adoptantes españoles que adoptan a un menor tailandés con residencia en Tailandia? Con la duda me doy por satisfecho.

B) El control de la ley aplicada por la autoridad extranjera es otro de los requisitos a tener en cuenta para el reconocimiento de los efectos de la adopción: al menos, la «Ley del adoptando» regirá en cuanto a la capacidad y consentimientos necesarios³¹; y yo me quedaría ahí: no parece necesario realizar ningún otro control accesorio de ley aplicada³², ni considero altamente criticable que el exigido por el artículo 9.5 del Código civil se establezca en tales términos. Tan sólo quiero poner de manifiesto que el tema de los consentimientos en materia de adopción es *fundamental*; recalco: *fundamental*. Y, con independencia de lo que señala nuestro Código civil al respecto, detecto una especie de *sustantivización* de tal aspecto, claramente perceptible en la práctica judicial de algún Estado de nuestro entorno³³, y también insinuado en la regulación normativa³⁴.

²⁸ En la doctrina, C. ESPLUGUES MOTA, pp. 60-61 y las opiniones que recoge de N. BOUZA VIDAL, pp. 927-928 y de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, 1995, p. 372; en la práctica véanse las *Resoluciones de la Dirección de Registro y del Notariado de 9 de junio de 1993, 16 de marzo de 1994 o 4 de julio de 1994*, todas ellas citadas y referenciadas en el trabajo citado en primer lugar. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, pp. 208-209, con más referencias y llamadas a las soluciones de Derecho comparado.

²⁹ *Vid. in extenso*, A. L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del Juez de origen*, Madrid, 1986.

³⁰ Una valoración *in casu* (en defecto de criterios explícitos de «competencia indirecta») puede ser más razonable; ejemplo de ello es la *Sent. Cour d'appel de París, de 27 de marzo de 1997, Rev. crit.*, 1997, pp. 732-739, y nota de H. MUIR WATT, pp. 739-746: el control de la competencia de la autoridad de origen que constituyó la adopción se realiza sobre la base de un cúmulo y valoración de indicios.

³¹ Otra vez la norma es incompleta: ¿qué ley?; ¿su ley nacional, como parece desprenderse de la sistemática del precepto?; ¿la ley de su residencia habitual, criterio al que concede una especial importancia la normativa convencional?; ¿qué capacidad y consentimientos?; ¿la capacidad del adoptando o también la de los adoptantes? Resulta curioso, como a lo largo de la exposición demostraré, la diferencia que existe entre la propuesta de J. C. GONZÁLEZ CAMPOS, en el sentido de interpretar la indeterminación del precepto *favor adoptionis* (*Derecho internacional privado, cit.*, 1995, p. 372) y el rigor y control que caracteriza la actual visión del tema.

³² C. ESPLUGUES MOTA, p. 62, propone el resto de los aspectos relativos a la constitución de la adopción una bilateralización de lo dispuesto en el artículo 9.5 del Código civil y exigir que la autoridad extranjera haya aplicado su propia ley. Si resulta criticable este control parcial (y así parece recogerlo parte de la doctrina: N. BOUZA VIDAL, p. 928, y el propio C. ESPLUGUES MOTA, p. 62) ¿por qué extenderlo a aspectos no previstos?

³³ La experiencia francesa en este sentido es sumamente ilustrativa. Desde la *Sent. Cour de cassation de 31 de enero de 1990 (Pistre), Rev. crit.*, 1990, pp. 519-521, y nota de E. POISSON-DROCOURT, se disocian a) las modalidades del consentimiento, a regir por la ley nacional del adoptando de b) el consentimiento mismo, que tan sólo debe ser manifiestamente claro sin que deba verificarse su validez de conformidad con la ley nacional del adoptando. Con ello se consigue, por ejemplo, que dentro de un contexto normativo en el que la adopción se rige por la ley nacional de los adoptantes, mientras que el consentimiento y la representación por la ley

C) Más llamativas son las previsiones especiales para los supuestos en los que adoptante o adoptando sean españoles. Para el caso de un adoptando español será necesario el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del mismo en España (si la tuvo).

En cuanto al adoptante español, la adopción constituida en el extranjero no se reconocerá «como adopción» si sus efectos «...no se corresponden con los previstos por la legislación española»; tampoco se procederá al reconocimiento mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, cuando éste, además de ser español, estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción. Leamos *a contrario*: sí se reconocerá en España la adopción constituida en el extranjero por adoptante extranjero aunque los efectos de aquélla no se correspondan con los previstos por la legislación española... no es necesario que la entidad pública competente declare la idoneidad del adoptante cuando éste es extranjero, aunque estuviese domiciliado en España al tiempo de la adopción... no es necesario que la entidad pública competente (quizá por falta de identificación) declare la idoneidad del adoptante cuando, aun siendo español, no estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción. ¿Cuál es el motivo de esta restricción en relación con los adoptantes españoles? Sí, como así creo, la tendencia defendible es la equiparación de *todos* los hijos adoptivos reconocidos por nuestro orden jurídico, no veo la justificación de este distinto tratamiento que, dicho sea de paso, desaparece con la regulación convencional (aunque, recuérdese que ésta no es aplicable sino en las relaciones con un grupo más o menos numeroso de Estados).

Esta situación posibilitaría que Alain Bridel, francés domiciliado en España desde hace 10 años, que se gana la vida impartiendo clases particulares de francés entre los profesores de la Universidad, adopte a un niño mexicano en México y pase a ser su padre en su domicilio de Santiago de Compostela; su vecino, Alberto Pérez Pérez, español domiciliado en España, profesor de la Universidad de Santiago de Compostela y receptor de las clases de Alain, adopta a un niño mexicano en México y no pasa a ser su padre en España, puesto que la adopción mexicana (la misma en ambos casos) tiene unos efectos que no se corresponden con los previstos por la legislación española. Ciertamente en estos supuestos (absolutamente imaginarios) podemos establecer diferencias: se trata en un caso del estado civil de un francés y su hijo, mientras que en el otro afecta (potencialmente) al estado civil de un español; también en este segundo caso existe una vinculación tal entre la adopción de menores por parte de españoles y la nacionalidad española (art. 19.1 del Código civil) que se involucran intereses públicos específicos; en fin, el potencial acceso al Registro civil español de la adopción constituida en el segundo caso no se produce en el segundo y, como reiteradamente señala la Dirección General de Registros y del Notariado, esta realidad distinta de la española no puede estimarse incluida en la lista de actos inscribibles (en el Registro Civil) que detalla el artícu-

nacional del adoptando, se admitan adopciones respecto de menores marroquíes, cuando la ley marroquí prohíbe la adopción. En palabras de H. MUIR WATT, comentando la *Sent. Cour de cassation de 10 de mayo de 1995, Rev. crit.*, 1995, pp. 547-549 (pp. 549-553, para la nota), la situación en Francia es que «...los tribunales franceses pueden pronunciar la adopción solicitada en Francia (por esposos de nacionalidad francesa) en perjuicio del contenido prohibitivo de la ley nacional del hijo, cuando el representante legal de éste ha dado su consentimiento con pleno conocimiento de los efectos ligados a la adopción por la ley francesa».

³⁴ El artículo 21 a) de la Convención sobre derechos del niño, el artículo 4 c) y d) del Convenio de La Haya de 1993 y la Proposición de Ley 122/157, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código civil, a la que me referiré con posterioridad, podrían ser leídas en esta clave.

lo 1º de la Ley del Registro civil, «...so pena de producir grandes equívocos en cuanto a la eficacia de tal adopción»³⁵. Mas, ¿esto justifica la diferencia de trato, sentado el interés superior del adoptando como parámetro de medida? ¿No estaremos poniendo en tela de juicio ese pretendido cambio del centro de gravedad hacia la protección del adoptando?

Lo cierto es que una lectura pausada del precepto, enmarcada en el sistema español de Derecho internacional privado, debe conducirnos a otras posibilidades. En concreto, debe leerse que no será reconocida *como adopción similar a la española* aquella cuyos efectos no se correspondan con los de la adopción española; pero en este caso no creo que haya que distinguir entre adoptantes españoles o extranjeros³⁶. Y esta solución creo que también sería la correcta con independencia de la nueva redacción del artículo 9.5 del Código civil. Lo cual no supone, a mi juicio, que la adopción extranjera no pueda ser reconocida como *adopción extranjera con sus efectos propios*, siempre que concurren los presupuestos de reconocimiento.

Lo perturbador del sistema es la referencia al «adoptante español» en unión con la particular situación en la que se suele producir el conflicto: el momento de solicitar la inscripción del nacimiento del adoptado y de la propia adopción en el Registro Civil español (algo que no realiza el adoptante extranjero que adopta a un extranjero); un Registro Civil, cuya regulación no está en consonancia con la autonomía que ha adquirido la adopción internacional en nuestros días. La práctica de la Dirección General de Registros y del Notariado, además, no sólo es inflexible en la aplicación de dicha normativa, sino que en ocasiones, como veremos más adelante, adopta posturas restrictivas que van más allá de la misma.

D) Por último, la adopción constituida en el extranjero no se reconocerá en España si vulnera el orden público español. Orden público compuesto por los «principios fundamentales» que gobiernan la institución, la filiación y la protección de menores en general, en nuestro país y no meramente por las líneas básicas de la misma en un momento dado: por ejemplo la existencia o inexistencia de adopciones plenas, o, incluso, de la propia adopción³⁷. Tras su conformidad con las cuestiones analizadas en los apartados A) a C) anteriores, ¿qué adopción puede vulnerar el orden público español?: ejemplos pueden derivar de la insuficiencia de las audiencias y consentimientos necesarios, a pesar del respeto de la ley nacional del adoptando; de la obtención de dichos consentimientos mediando pago de dinero³⁸; de la extrapolación de la prohibición de adoptar a descendientes prescrita por la ley española...

³⁵ Resolución DGRN de 12 de julio de 1996, BIMJ, núms. 1788-89, 1997, pp. 113-116, entre otras resoluciones que transcriben el mismo comentario (vid. el comentario a esta resolución realizado por F. CALVO BABÍO, REDI, 1997-2, pp. 270-273).

³⁶ En este sentido P. A. DE MIGUEL ASENSIO, pp. 212-213.

³⁷ Vid., en este orden de cosas, el Informe Parra Aranguren, *Conférence de La Haya de droit international privé. Actes et documents de la Dix-septième session. 10 au 29 mai 1993. Tome II, Adoption-coopération*, La Haya, 1994, p. 616, núms. 425 a 428.

³⁸ Es aleccionador el trabajo de M.ª V. CUARTERO RUBIO, «Adopción internacional y tráfico de niños», *Ponencia presentada en el Congreso Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, celebrado en Toledo los días 5 a 11 de marzo de 1998, pendiente de publicación y al que he tenido acceso por gentileza de su autora. De él sólo matizaría que, a la luz de los principios fundamentales que gobiernan la materia, no distinguiría entre la obtención de beneficios o lucro económico por parte de los padres del adoptando y por parte de terceros: en ambos casos considero que existe una vulneración del orden público español (como indirectamente nos recuerda el artículo 221 del nuevo Código Penal español).

E) Cooperación

Con anterioridad he puesto de manifiesto cómo podemos estar alumbrando un cambio de modelo en el tratamiento de la adopción internacional; cómo el tema pasa a situarse en el ámbito de la protección del menor y cómo la idea de cooperación se superpone a los problemas clásicos de ley aplicable, competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones, para convertirse en el eje del actual debate.

En este contexto, y al margen de un número reducido de acuerdos y protocolos en materia de adopción internacional, a los que ya me referí con anterioridad, no cabe duda de que el Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional puede considerarse como un convenio «estrella», cuya impronta, curiosamente, supera los límites normales de sus ámbitos de aplicación de manera no siempre cómoda. Dos ejemplos son más que ilustrativos. Por un lado, llama la atención cómo la normativa de producción interna ha tomado cuenta de la existencia del Convenio y de sus soluciones, como si se tratase de un convenio de aplicación universal o la *ratio scripta* por excelencia³⁹. La LOPJM de 1996 organiza claramente muchas de sus soluciones sobre la base de las convencionales: la alusión expresa a las «autoridades centrales» españolas competentes y las autoridades competentes de otros Estados, que se coordinarán a través del Convenio es clara muestra de ello (y en 1996 el convenio estaba en vigor entre no más de seis Estados de la comunidad internacional)⁴⁰. En el mismo tono, los Decretos autonómicos reguladores de la acreditación de entidades colaboradoras para funciones de mediación en adopciones internacionales son ampliamente tributarios de la sistemática del Convenio; aun configurándose con carácter general (como con carácter general se regulan en el artículo 25 de la LOPJM), es decir, estando concebidos para las relaciones con *todos* los eventuales Estados extranjeros de origen de las adopciones, sean parte o no del Convenio, no pueden sustraerse en numerosas ocasiones al procedimiento previsto por dicho Convenio ni a la asunción de una colaboración con la «Autoridad Central» del país de origen; autoridad que no tiene por qué existir, pues sólo tiene sentido en la sistemática del Convenio.

Y si esta contaminación de la regulación estatal (y autonómica) por la impronta del Convenio de La Haya es manifiesta y sorprendente, lo es más, a mi juicio, el segundo ejemplo al que me refería: su aplicación pura y dura por la Dirección General de Registros y del Notariado en supuestos en los que claramente el Convenio no es de aplicación: llama la atención que la *Resolución DGRN de 12 de julio de 1996* se base en el artículo 27 del susodicho Convenio de La Haya, cuando este

³⁹ En este sentido, W. DUNCAN defiende la extensión de los principios y garantías que el Convenio contiene a las adopciones de carácter internacional, aunque no estén cubiertas por el mismo, dado que tales principios y garantías tendrían una validez universal. La opinión la tomo de P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)», *Aranzadi civil*, núm. 12, octubre, 1998, pp. 13-26, p. 17, nota 24, donde se da la referencia completa.

⁴⁰ No creo que ello signifique, sin embargo, una «incorporación por referencia» de dicho Convenio a nuestro ordenamiento (en tal sentido J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Madrid, 1996, p. 140, seguidos por F. CALVO BABÍO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas», *La Ley*, núm. 4628, 15 septiembre de 1998). No en materia de «comunicación entre autoridades centrales españolas competentes y las autoridades competentes de otros Estados»; la incorporación por referencia encuentra sus límites, precisamente, en aquellos mecanismos que sólo se articulan sobre la base de la reciprocidad.

instrumento internacional aún hoy no está en vigor para la República Dominicana, país donde la adopción se había constituido. La *Resolución DGRN de 4 de octubre de 1996* hace lo propio con una adopción proveniente de Brasil, y la *Resolución DGRN de 5 de febrero de 1998*⁴¹, con una adopción proveniente de Nepal, Estados ambos que tampoco son parte. En fin, es realmente difícil encontrar una resolución de la DGRN que en los últimos años no incluya el Convenio de 1993 entre los «vis-tos» de sus Fundamentos de Derecho, sea o no aplicable. Claro que siempre se me puede decir que «tan sólo se ve», pero no se aplica.

En cualquier caso, lo que sí es cierto es que el Convenio está siendo aceptado por un número cada vez más relevante de Estados; los veintiuno de julio de 1998 son un balance claramente positivo para un instrumento internacional de no más de cinco años. Su importancia (aun no siendo toda la que se le da) hace que sea conveniente dedicarle un apartado específico donde, de forma muy somera, describiré su funcionamiento.

4. En especial, el Convenio de La Haya de 1993

A) Introducción

Lo primero que creo que es necesario destacar del Convenio de La Haya de 1993 es que no hace honor a su rúbrica, y a las muchas voces que le asignan un papel meramente auxiliar o complementario de las legislaciones internas: el Convenio regula mucho más que meros aspectos de cooperación; el Convenio, dentro de su ámbito de aplicación, altera sustancialmente el régimen autónomo del artículo 9.5 del Código civil, que, no obstante, está llamado a complementar el convencional de manera no siempre clara.

El objetivo formal de este importante Convenio es establecer las garantías para que la adopción internacional tenga lugar en exclusivo interés superior del niño; algo que coincide con lo ya dispuesto en el artículo 21 de la Convención sobre los derechos del niño. Creo que de una lectura global del mismo se desprende que en ningún momento es objetivo del Convenio facilitar o favorecer las adopciones internacionales; de esa misma lectura deriva, por el contrario, el manifiesto interés en desincentivar el llamado tráfico de niños y las denominadas «adopciones independientes»; adopciones intervenidas mediante la mediación o participación de personas o entidades no acreditadas por organismo oficial que, generalmente (aunque no necesariamente) con ánimo de lucro, aportan su *saber hacer*, sus relaciones en el país de origen del adoptando (según el Convenio el de su *residencia habitual*; no el correspondiente a su nacionalidad) y, en definitiva, su experiencia en materia de adopciones internacionales⁴².

⁴¹ *BIMJ*, núm. 1827, 1998, pp. 2159-2162.

⁴² Si se me permite un ejemplo que creo revelador, el Decreto 168/1996, de 10 de septiembre, de la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de Valencia (*DOGV*, de 20 de septiembre de 1996) nos muestra el siguiente texto en alusión al Convenio de La Haya: «...Su eje central de actuación es la cooperación internacional con el fin de luchar contra el tráfico que se desarrolla en torno a las llamadas “adopciones independientes”, en concordancia con la Convención de Derechos del Niño...» A pesar de ello, el propio Convenio se ve obligado a admitir la posibilidad de intervención de intermediarios privados (artículo 22.2) debido a la fuerza negociadora de los EEUU y a la práctica en este Estado; la posibilidad de realizar una declaración restringiendo el ámbito de este artículo, es decir, de no constituir adopciones intervenidas a través de la intermediación de personas o entidades no acreditadas (posibilidad que abre el artículo 22.4 del Convenio y de

Aun a riesgo de estar emitiendo una opinión no suficientemente reflexiva, creo que el interés del menor en no ser *objeto* de tráfico prima sobre el que, de nuevo, considero esencial en esta materia: su interés en ser integrado cuanto antes en una familia en la que pueda desarrollarse como niño y como persona. De forma somera voy a señalar los aspectos que hacen visible tal impresión.

El procedimiento a que me referiré a continuación, necesario para el pleno reconocimiento de la adopción intervenida, es más propio de una carrera de obstáculos que de un trámite basado en última instancia en la solidaridad y en el amor⁴³. Aun así, es decir, a pesar de todas las cautelas que el procedimiento prevé, el Convenio mismo también prevé el fracaso de la adopción una vez trasladado el menor al Estado de acogida con vistas a su adopción⁴⁴. ¿Cómo puede justificarse este hecho? Lo cierto es que el número de adopciones internacionales frustradas tras la convivencia entre adoptados y adoptantes no es pequeño. Los convenios complementarios (por ejemplo el *Convenio de La Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable a la protección de menores*, de 5 de octubre de 1961) serían operativos en estos casos.

Al margen de este extremo, existe lo que a mi juicio es un obstáculo estructural al fomento de la constitución de las adopciones internacionales: el papel de los respectivos sistemas jurídicos de los Estados de origen y de recepción se articula de forma *acumulativa y no distributiva*; en otras palabras, en la traducción práctica de unas normas que parecen *repartir* el peso de la total regulación, lo que realmente se produce, o puede producirse, es la fiscalización de un mismo requisito a la luz de *los dos* sistemas. Claramente se puede deducir que someter una misma condición (por ejemplo la diferencia de edad entre adoptante y adoptando) a dos criterios distintos conlleva una menor posibilidad de que la condición concorra, que si se somete a uno solo. La somera contemplación del procedimiento previsto por el Convenio y las propuestas coherentes de interpretación de alguna de sus normas nos ilustran y corroboran esta impresión.

B) *El procedimiento*

La solicitud de adopción internacional, una declaración de disponibilidad para recibir a un niño o niña en adopción, puede ser dirigida por las personas con resi-

la que España ha hecho uso) puede no ser «políticamente correcta» si pensamos en quienes podrían articularla (países de origen, sudamericanos o asiáticos, frente a un país de recepción como EEUU). Por otro lado, creo necesario indicar que la exclusión de las «adopciones independientes» tan sólo posee importancia en relación con el Convenio. Al margen del mismo, el cumplimiento de los requisitos del artículo 9.5 del Código civil es el único parámetro calificador de la eficacia de adopciones internacionales en España.

⁴³ Sería aquí plenamente válida la pregunta del titular extraído de la sección de Sociedad del periódico *El País*, en su número de 10 de noviembre de 1996 que decía así: «¿Controlar o entorpecer?» (por supuesto, en relación a la adopción internacional).

⁴⁴ Artículo 21.º: «Si la adopción debe tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y la Autoridad central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior, esta Autoridad central tomará las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para: a) retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional; b) en consulta con la Autoridad central del Estado de origen, asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero; la adopción del niño sólo podrá tener lugar si la Autoridad central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos; c) como último recurso, asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés.»

dencia habitual en España a la correspondiente Autoridad central de su residencia (Autoridad autonómica⁴⁵) y se caracteriza por la unilateralidad y singularidad: un solo expediente para un solo país de origen. La salvaguarda del interés genérico del menor, lo aconseja; lo contrario, permitir jugar varias partidas simultáneamente, para optar por la más favorable, implica o puede implicar la frustración intolerable de las expectativas formadas en las «menos favorables»: así ocurriría, por ejemplo, si dos procedimientos paralelos ante dos Estados de origen distintos concluyen simultáneamente con la preasignación de dos menores concretos a los solicitantes y éstos optasen en ese momento por uno de ellos, abandonando el otro procedimiento y causando un daño manifiesto.

Tras la solicitud surge el primer problema no resuelto por el Convenio y tampoco por nuestro sistema, aún no adaptado a sus exigencias: el procedimiento exige (como a escala interna) un informe extenso sobre la adecuación y aptitud del solicitante o solicitantes para adoptar (una especie de *declaración de idoneidad*) donde se deben evaluar aspectos sociales, económicos, culturales y, cómo no, jurídicos: ¿conforme a qué ley una Autoridad central española determina si el solicitante es apto desde el punto de vista legal? Por ejemplo, ¿conforme a qué ley se determina si el solicitante posee la edad mínima para poder adoptar?; ¿conforme al Código civil o la eventual legislación autonómica⁴⁶?; ¿conforme a la ley nacional del solicitante si no es español?; ¿conforme a la ley del Estado de origen del niño o niña? Son incógnitas que el artículo 9.5 del C.c. no despeja, puesto que no se plantea tal supuesto de hecho (de nuevo el diálogo de sordos). Parece, no obstante, que cuando se trate de solicitantes españoles con residencia habitual en España (supuesto que podemos considerar como el «tipo» más común), la ley española es la que más título posee. En el supuesto de adopción solicitada por extranjero residente en España, la sistemática, no del artículo 9.5.º del Código civil, sino del Convenio también podría hacer pensar en la ley española de la residencia habitual del solicitante y la futura residencia habitual del adoptando, como ley con título suficiente. En ambos casos, a la española, creo que habría que añadir la toma en consideración de la ley del Estado de origen, por meras razones de operatividad: para no frustrar un procedimiento, desde su origen, con el consiguiente perjuicio para el solicitante y gastos para éste y para la propia administración. Tal alternativa permite también tender un puente entre el régimen común y el convencional, aunque redundante en la acumulación a que más atrás he hecho referencia: de nuevo se plantea el binomio *garantías versus favor* en la constitución de la adopción.

⁴⁵ El artículo 6 del Convenio establece que «...Un Estado federal, un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos o un Estado con unidades territoriales autónomas puede designar más de una autoridad central y especificar la extensión territorial o personal de sus funciones. El Estado que haga uso de esta facultad, designará la Autoridad central a la que puede dirigirse toda comunicación para su transmisión a la Autoridad central competente dentro de ese Estado». España en el momento de la ratificación del Convenio formuló una declaración, en virtud de la cual será Autoridad Central cada una de las 17 Comunidades Autónomas, en el ámbito de su territorio y en relación con los residentes en el mismo; como Autoridad central, para la transmisión de comunicaciones se designó a la Dirección General de Acción Social, del Menor y de la Familia. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

⁴⁶ El artículo 36 del Convenio establece que «...En relación a un Estado que tenga, en materia de adopción, dos o más sistemas jurídicos aplicables en distintas unidades territoriales: a) toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado se entenderá referida a la residencia habitual en una unidad territorial de dicho Estado... b) toda referencia a la ley de dicho Estado se entenderá referida a la ley vigente en la correspondiente unidad territorial...».

La misma diligencia y flexibilidad creo que hay que proyectar sobre el informe que ha de elaborar la Autoridad del Estado de origen del niño o niña a la hora de la obtención de los consentimientos a los que se refiere el artículo 4 del Convenio⁴⁷. Dichos consentimientos no son necesariamente los previstos por la ley sustantiva del Estado de origen sino por la ley determinada por su sistema de Derecho internacional privado. Ello no obsta para que podamos pensar que en la práctica mayoría de los supuestos, la adopción se proyectará sobre niños y niñas con residencia habitual en el Estado de origen pero también con la nacionalidad de dicho Estado. Raramente la ley sustantiva del mismo va a poder desconocerse; mas, en aras a la constitución *eficaz* de la adopción, no estaría de más tener en cuenta los consentimientos exigidos por la ley determinada por el sistema de Derecho internacional privado del Estado de recepción o, al menos, la posibilidad de que tales puedan ser completados en aquél.

Tras los dos informes positivos de las respectivas Autoridades Centrales de los Estados de origen y de recepción se produce una especie de preasignación de menor y solicitante a expensas de un acuerdo definitivo instrumentalizado a través de la aceptación o el veto de las autoridades del Estado de recepción. Aunque, el proceso descrito se mantiene al margen de los contactos personales (medida para evitar el comercio con los niños y niñas) es difícil concebir la ausencia de tales contactos, a pesar de la prohibición de base del artículo 29 del Convenio. Del inciso segundo de tal precepto creo que puede derivarse que cuando los contactos no posean una finalidad fraudulenta, la negativa a la *elección* hecha por los padres constituiría una sanción desproporcionada cuando es claro que no nos encontramos ante la situación que el propio artículo 29 del Convenio trata de prevenir.

Pero sigamos con el procedimiento. Realizada la preasignación mediante la remisión del informe al Estado de recepción, las autoridades competentes de éste manifiestan su aceptación (si «...han aprobado tal decisión»), confiándose al niño o niña a los futuros padres adoptivos con vistas a la constitución de la adopción; o bien no aprueban tal extremo, con lo que el procedimiento se terminaría (artículo 17 *b*) y *c*) del Convenio).

Me gustaría detenerme brevemente en esta posibilidad, que se me antoja de cierta gravedad: tras superar los beneplácitos de las autoridades del Estado de origen y las del Estado de acogida, y tras haber obtenido todos los consentimientos necesarios, la adopción se frustra. ¿Cuáles pueden ser las causas que determinen tal consecuencia? Si realmente se han elaborado los informes respectivos (en origen y en el Estado de recepción) con la seriedad y conforme a la diligencia que el Convenio prevé; y si, además, como he propuesto, en ambos casos se ha tenido suficientemente en cuenta el orden jurídico de ambos Estados, esta posibilidad no debe concurrir. Se ha avanzado como ejemplo de situación en la que la no-aprobación sería posible, aquel en el que la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptando

⁴⁷ Artículo 4.º: «Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades Competentes del Estado de origen... *c*) se han asegurado de que 1) las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen... 2) tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado por escrito... 3) los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y ...4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño...».

no sea la prescrita por la ley del Estado de recepción⁴⁸; si las autoridades del Estado de origen han tenido en cuenta tal extremo, como he propuesto, la situación no se producirá; y, en todo caso, no me parece que a estas alturas tal motivo sea suficiente.

Por otro lado, esta misma ejemplificación me parece sumamente peligrosa. Si la mera diferencia de edad puede dar al traste con la adopción en un momento bastante avanzado del procedimiento, ¿qué decir de la propia diferencia en la concepción de la adopción? Admitir el veto en función del «parámetro» diferencia de edad (salvo en casos extremos) justifica con mucha más razón que el veto se utilice por la autoridad administrativa española cuando la adopción a constituir plantee «problemas jurídicos» para su reconocimiento en España, por ejemplo, por no implicar los mismos efectos que la adopción española. Ciertamente que ello se ha de evitar en una fase muy anterior del procedimiento; pero si el procedimiento llega hasta aquí y se utiliza el veto, el artículo 17 del Convenio no sólo resultará el precepto clave del mismo en aras a la consecución del interés del menor⁴⁹, sino también la puerta falsa por la que pueda escapar dicho interés.

Pero un aspecto que me interesa más, también en relación con esta posibilidad de veto, es la articulación de que ha sido objeto por la reglamentación autonómica. Un ejemplo tomado de la normativa castellano-leonesa: el artículo 16 del Decreto 207/1996, de 5 de septiembre, por el que se establece y regula la habilitación de entidades colaboradoras para funciones de mediación en adopción internacional⁵⁰, a la hora de diseñar las funciones y actividades de la entidad colaboradora en el país de origen del niño o niña, establece que la entidad «...informará de esta preasignación al Servicio Territorial de Sanidad y Bienestar Social correspondiente para que éste emita informe sobre su aprobación o su no aprobación motivada a la misma, remitiendo dicho informe a la Dirección General de Acción Social para su resolución. Esta decisión determinará la continuación o no del proceso».

Si antes me refería a una carrera de obstáculos, esta norma, que se repite en otros decretos autonómicos sobre la misma materia, es una buena prueba de que al rígido procedimiento previsto por el Convenio (y, para no caer en un maniqueísmo fácil, recordemos que esta rigidez encuentra su exclusiva justificación en el interés del niño), aún se le pueden añadir condiciones y presupuestos accesorios. Porque, de hecho, el Convenio no exige tal aprobación. Tan sólo contempla la posibilidad de que para confiar al niño a los futuros padres se haya producido la aprobación de tal decisión por la Autoridad Central del Estado de recepción «... si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen». Al margen de este último supuesto (la Autoridad Central del Estado de origen exige la aprobación), hay que decir que, por ejemplo, el sistema español del Código civil *no contempla una tal aprobación*; por lo que no se ve la lógica de la imposición a través del Decreto autonómico. Si de lo que se trata es de que la autoridad española utilice un sucedáneo de «propuesta previa», de nuevo me parece una medida desproporcionada y no justificable si se ha dejado llegar el procedimiento hasta este punto y se han tenido en cuenta todas las garantías. Tanto en este caso, cuanto en el supuesto de que nos encontremos ante un sucedáneo del orden público, no veo por qué ha de sus- traerse este juicio al Juez.

⁴⁸ Informe Parra-Aranguren, p. 602.

⁴⁹ Entre otros muchos, J. H. A. VAN LOON, p. 342.

⁵⁰ BOCyL, de 11 de septiembre de 1996.

C) *El reconocimiento*

Como vemos, el interés del niño o niña exige la adopción de una serie de cautelas que transformadas en un procedimiento *participativo* (cooperación entre autoridades e interacción entre normas convencionales y normas dictadas por los Estados implicados en la adopción internacional) puede derivar en la constitución de la adopción.

Tal constitución tendrá lugar, de ordinario, en el Estado de origen. Este interés fue puesto claramente de manifiesto en las negociaciones del Convenio y se tradujo, aunque no de forma absolutamente nítida, en el artículo 28: «El Convenio no afecta a ley alguna de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese Estado tenga lugar en ese Estado o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción o su desplazamiento al Estado de recepción antes de la adopción.» Por ello, y en lo que afecta a España, el momento final del proceso descrito no se ceñirá a la constitución de la adopción, sino, fundamentalmente, al reconocimiento de la misma en nuestro país.

A tales efectos el Convenio prevé un reconocimiento de pleno derecho en los Estados contratantes de toda adopción «certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar». Como señala P. A. de Miguel Asensio, «...el régimen diseñado, muy favorable a la eficacia extraterritorial de la adopción, es resultado directo del severo marco regulador de las condiciones de fondo y de procedimiento de la adopción internacional»⁵¹. 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 (artículo 24). Pero, ¿cómo va a funcionar la cláusula de orden público tras la sucesión de informes y controles que se han efectuado con anterioridad por parte de las autoridades de los Estados de origen y de recepción? Creo que nos encontramos ante una cautela que, salvo desviaciones e incorrecta comprensión del procedimiento y la finalidad del mismo, no puede tener operatividad alguna⁵².

D) *El «tipo» de adopción internacional*

Por último, querría llamar la atención sobre un hecho: el Convenio posibilita la recepción de adopciones no plenas en el sentido que nosotros entendemos la adopción. Ciertamente sólo se refiere a adopciones que establecen un vínculo de filiación entre adoptantes y adoptados («El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación», señala el artículo 2.2.º del mismo), mas no es menos cierto que prevé expresamente la posibilidad de que la adopción no produzca la ruptura de los vínculos con la familia biológica del niño. ¿Es ésta una situación patológica e inaceptable por nuestro sistema?

⁵¹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, p. 219.

⁵² El *Informe Parra-Aranguren* (pp. 615-616) tampoco nos da muchas pistas de cuándo puede ser operativa la cláusula. Tan sólo pone de manifiesto los intentos que hubo para o bien suprimirla o bien concretarla. Intentos vanos que cedieron ante una fórmula clásica, aderezada con el injerto del interés superior del niño. Si se establece una delimitación negativa: la cláusula de orden público no puede operar contra la adopción extranjera desconocida en el foro. Son los «principios fundamentales» del Estado de recepción los que deben verse amenazados para que el orden público impida el reconocimiento de la adopción extranjera.

Hasta ahora, la práctica de la Dirección General de Registros y del Notariado, a la que tras el epígrafe siguiente dedicaré un apartado especial, niega virtualidad a las adopciones no plenas, al menos con vistas a su *inscripción* en el Registro Civil (no así con vistas a su *anotación* sobre la base del art. 154.3 del Reglamento del Registro Civil); la propuesta que realiza es la de la *conversión* de la adopción no plena en adopción plena y, sobre todo, la constitución de una «nueva» adopción en España (entre las últimas, *Resolución DGRN de 27 de enero de 1996*, sobre inscripción de adopción no plena constituida en El Salvador).

Ciertamente, la aceptación de la eficacia de una adopción de las características de las que permite el Convenio (recordemos, establecimiento de vínculos de filiación con la nueva familia y no ruptura de los mismos con la antigua o posibilidad de revocación de la adopción) plantea problemas complejos en lo que atañe, sobre todo, a los efectos de «esa» filiación adoptiva particular (regulados por la ley nacional del hijo, según el artículo 9.4.º del Código civil), así como a la interrelación entre las normas sobre adopción y las normas sobre nacionalidad. No voy a entrar en la complejidad de unos argumentos sobre los que la doctrina española discute sin que exista acuerdo. Tan sólo quiero poner de manifiesto que el Convenio de La Haya de 1993 contempla la situación como posible y, por lo tanto, como no patológica. Su artículo 26 establece que el reconocimiento de la adopción «comporta el reconocimiento... a) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos... c) de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, *si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar*». Si leemos *a contrario*, el reconocimiento de la adopción no comporta el reconocimiento de la ruptura de tales vínculos si tal efecto no se produce en el Estado contratante en que se ha constituido la adopción.

Cierto que el artículo 27 del propio Convenio posibilita una *conversión* de la adopción que no supone ruptura del vínculo de filiación anterior «... si la ley del Estado de recepción lo permite»; cierto que parece que tal posibilidad puede encontrar eco en lo dispuesto en el artículo 9.5.º-IV del Código civil; mas no es menos cierto que la utilización de este precepto como *convertidor* ni es pacífica entre los comentaristas⁵³, ni parece contar con el total beneplácito de la Dirección General de Registros y del Notariado, que transparenta una en absoluto oculta inclinación por una *nueva constitución* de la adopción en España.

Por último, las dificultades que tales adopciones pueden plantear en nuestro sistema, no son insoportables. Es verdad que siempre puede atajarse el problema en su origen, utilizando la posibilidad de veto a la que más atrás me he referido⁵⁴. Mas ello creo que traiciona la propia esencia de un convenio internacional. Si nuestras autoridades van a restringir los procedimientos de adopción en el extranjero llevándolos a su fin sólo en aquellos casos en los que los países de origen contemplan una adopción similar a la española, la finalidad de protección del interés del menor que inspira el Convenio queda, no ya en un segundo plano, sino en un tercero o un cuarto.

⁵³ Una de las más cualificadas, la Profesora P. RODRÍGUEZ MATEOS, se opone con sólidos argumentos («Comentario al art. 9.5 del Cc», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., pp. 258-259).

⁵⁴ Por ejemplo, en relación con la dificultad derivada de la «adopción revocable» ésta es una posibilidad contemplada por P. A. DE MIGUEL ASENSIO, p. 222.

5. Una propuesta reciente

Recientemente, se ha dado un paso en la flexibilización del sistema a la luz de alguno de los inconvenientes señalados. En concreto, la Proposición de Ley 122/157, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código civil, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados⁵⁵, introduce una novedad digna de referencia: como artículo único se propone añadir un párrafo final al susodicho precepto, con el siguiente tenor: «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.» Veamos el alcance de esta posibilidad, señalando antes su filosofía; algo que extraigo de la Exposición de Motivos.

Antes de nada, hay que señalar que el tono de dicha Exposición es, a mi juicio (y, en este caso, quizá peque de suspicaz) resignado. La modificación del artículo 9.5 del Código civil se hace depender en gran medida de la impronta que marca el Convenio de La Haya de 1993: «...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 (cfr. su artículo 23), su reconocimiento obligado en España no puede llegar a transformar automáticamente a 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» (los énfasis son míos). Muy sucintamente, yo diría que, *a*) la existencia de diferencias entre los efectos de la adopción extranjera y la española no es algo que haya de evitarse necesariamente: el Convenio establece un concepto amplio de adopción y las que caigan dentro de su ámbito están en situación de igualdad; *b*) la calificación como adopción simple de las adopciones distintas de la española que caen bajo la órbita del Convenio es, ella, simple o, mejor, simplista: recordemos que el Convenio sólo se aplica a las adopciones que constituyan un vínculo de filiación entre adoptante y adoptando y el Derecho comparado nos ilustra con la existencia de numerosísimas variantes; *c*) el Convenio no «tiene que admitir» nada: tan sólo pone de manifiesto varias posibilidades, de nuevo, en situación de igualdad; y *d*) la noción de *plenitud de efectos*, aplicada a la adopción española, recuerda un cierto integrismo jurídico y, en todo caso, no puede ser sino el resultado de contrastar los efectos previstos por la adopción «española» con los del «resto» de las adopciones; sólo así se sabrá si «la nuestra» es plena (en el sentido de plenitud de efectos) o si, eventualmente, hay una adopción extranjera «más plena» (si se nos permite el contrasentido).

En segundo término, merece también un comentario el reconocimiento por parte del legislador de lo que ocurre en la práctica: si la revocabilidad de la adopción 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 como tal (énfasis también mío). Puestos a reducir costes, la proposición podría ir mucho más allá. Por ejemplo «recalificando» los consentimientos otorgados en el extranjero y midiéndolos a la luz también de la ley española. La idea sería algo así como «...el mantenimiento de

⁵⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, de 18 de marzo de 1998.

vínculos con la familia biológica previsto por la ley extranjera no impedirá el reconocimiento de la adopción si se acredita que el consentimiento prestado por las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera contiene la renuncia al mantenimiento de dichos vínculos»⁵⁶. Se me puede objetar que tal postura sería algo así como una especie de «fraude a la ley extranjera»; y quizá lo sea. Pero, potencialmente, también lo será la renuncia al derecho de revocación, sin que por ello deje de reconocer que en este caso la incidencia es mínima y que no son cuestiones que puedan compararse al mismo nivel.

Por último, tan sólo quiero poner de manifiesto algunos puntos que no veo claros: ¿vale la renuncia, aunque tal renuncia no esté prevista en el ordenamiento extranjero? Más aún: ¿qué ocurre si el derecho de revocación es, según el Derecho extranjero, irrenunciable?; ¿qué ocurre si se renuncia en España a la revocación y se ejerce tal derecho en el país de origen? La puesta en práctica de la nueva norma (si llega a ser tal) nos ilustrará sobre estos extremos.

IV. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL SISTEMA: TENDENCIAS, PROBLEMAS Y ACTITUDES

1. Planteamiento

En parte ya he aludido a algunos supuestos de la práctica española que no parecen mostrar una actitud respetuosa con la normativa aplicable: porque, *v.gr.*, ¡no es respetuoso aplicar un convenio internacional cuando no es aplicable! En las líneas que siguen voy a pasar revista a las últimas resoluciones de la DGRN, valorando su talante y compatibilidad con las ideas hasta ahora adelantadas y, en definitiva, el grado de aceptación de la multiculturalidad jurídica o del mestizaje jurídico, que no es sino una manifestación de lo anterior. Este análisis, que no es en absoluto compasivo, debe tener en cuenta un dato importante: se limita a los casos conflictivos que han dado lugar a resoluciones específicas; hay otros muchos en los que la adopción internacional se ha llevado a cabo sin problemas⁵⁷.

En los apartados que siguen analizaré lo que considero que son actitudes claramente orientadas hacia la constitución de barreras a la adopción internacional y aquellas otras que parecen tender puentes hacia la aceptación de lo distinto y la convivencia con instituciones y realidades ajenas a las españolas.

2. Manifestaciones de la práctica contraria al reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero

A) *Reducción de la problemática*

La práctica reciente de la DGRN sobre adopción internacional ha sido generalmente objeto de afiladas críticas por parte de los comentaristas, al lado de adhesiones también claras. No obstante, incluso en los casos en que la postura asumida por

⁵⁶ Reténgase lo dicho con anterioridad sobre la «objetivación» creciente del consentimiento en este ámbito y el ilustrativo ejemplo de la práctica francesa que describo en la nota 33.

⁵⁷ Hemos tenido acceso a datos del Ministerio correspondientes a las inscripciones realizadas en los Consulados españoles en 1997. Estos datos no suponen el 100% de las adopciones realizadas por españoles en el

el Centro Directivo es saludada, se reconoce su «tendencia restrictiva hacia el reconocimiento de la eficacia de las adopciones constituidas en el extranjero por nacionales españoles»⁵⁸. En el extremo de la crítica se ha llegado a hablar de un «integristo» en las adopciones internacionales⁵⁹; calificación que, aunque radical, es sumamente gráfica para describir alguno de los supuestos que paso a analizar y que centraré en dos problemas representativos de la actitud señalada (aunque el primero de ellos sea residual desde la perspectiva problemática): la posible aplicación retroactiva de requisitos nuevos impuestos por la LOPJM a adopciones constituidas con anterioridad y la ponderación de la realidad jurídica que pretende inscribirse como adopción.

B) *¿Retroactividad de nuevos requisitos para el reconocimiento de la adopción?*

En las Resoluciones de la DGRN de 29 de noviembre de 1996 y de 17 de enero de 1997⁶⁰, se deniega el reconocimiento y como consecuencia de ello, la inscripción en el Registro civil español de los nacimientos y las adopciones intervenidas en Rumania el 25 de agosto de 1995 (primera Resolución) y 17 de agosto de 1995 (segunda Resolución). En esencia se arguye en ambos casos que no procede el reconocimiento por no haberse aportado el certificado de idoneidad de los adoptantes, exigible a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.5 del Código civil, en su redacción dada por la LOPJM. Los interesados hacen valer que tal exigencia no existía en el momento en que las adopciones fueron constituidas, por lo que mal podían cumplirla; además, la Disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, establece que los procedimientos de adopción iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la misma se regirán por las disposiciones antes vigentes. La DGRN, no obstante, interpreta que tal disposición transitoria se limita a los «procedimientos españoles en curso» pero no puede extenderse a materias totalmente ajenas al legislador español como son los procedimientos extranjeros en adopción; además, la exigencia no sería procedimental sino sustantiva, dice la DGRN⁶¹. En este sentido se toma como momento relevante la *fecha de la solicitud* de la inscripción en el Registro Civil español; si la solicitud de inscripción es anterior a la entrada en vigor de la LOPJM, el reconocimiento tiene lugar y se practican las inscripciones pertinentes⁶².

extranjero, dado que existe la posibilidad de proceder a las inscripciones en el Registro Civil Central, así como que alguna adopción se haya realizado ante tribunales españoles, tras el desplazamiento del menor a España: de acuerdo con países de origen la estadística muestra el siguiente reparto: Bolivia, 18; Chile, 25; China, 105; Colombia, 250; Costa Rica, 23; Guatemala, 47; Honduras, 12; México, 72; Nicaragua, 41; República Dominicana, 40; El Salvador, 2. En total, se inscribieron 705 adopciones en consulados españoles en el extranjero.

⁵⁸ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «El certificado de idoneidad de los adoptantes», *loc. cit.*, p. 14.

⁵⁹ J. BAYO DELGADO Y P. ORTUÑO MUÑOZ, «Integristo en las adopciones internacionales», *Jueces para la Democracia*, núm. 27, 1996, pp. 36-39.

⁶⁰ BIMJ, núm. 1808, 1997, pp. 2238-2241 y núm. 1814, 1998, pp. 283-287.

⁶¹ El razonamiento es similar en la Resolución DGRN de 14 de febrero de 1997, BIMJ, núm. 1819, 1998, pp. 916-920 (adopción procedente de Paraguay).

⁶² P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «El certificado de idoneidad de los adoptantes», *loc. cit.*, p. 18; la Resolución DGRN de 5 de abril de 1997, BIMJ, núm. 1825, 1998, pp. 1815-1817, señaló en lo atinente a la exigencia de certificado de idoneidad (que en el supuesto no concurría) que «...la idoneidad de los adoptantes españoles y domiciliados en España, para que la adopción extranjera sea reconocida en España ha sido establecida en el plan nacional por el artículo 9.5 del Código civil, redactado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Ahora bien, esta Ley, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 17 de enero de 1996, entró en vi-

En esencia, las adopciones se constituyeron cuando no existía una exigencia legal, introducida posteriormente como un obstáculo al reconocimiento. Sobre las críticas que en términos de técnica jurídica pueden efectuarse a esta línea interpretativa no voy a detenerme; basten las que se han efectuado por otros comentaristas⁶³ y la situación pintoresca que plantean nuestros personajes imaginarios: habiendo adquirido Alain Bridel la nacionalidad española decide iniciar los trámites para adoptar a un menor en un país extranjero; su alumno, Alberto Pérez Pérez, toma la misma decisión y en enero de 1995 inician dichos trámites, que concluyen en diciembre de 1995 con la constitución de sendas adopciones de dos menores rumanos ante las autoridades rumanas. En ambos procedimientos se siguieron los mismos trámites con idénticas garantías; en ambos casos el certificado de idoneidad expedido por la entidad pública española competente no concurría. De vuelta a Santiago de Compostela, Alain y Alberto celebran una fiesta en la que invitan a sus amigos para festejar la llegada de los nuevos miembros de las familias; al día siguiente, Alain solicita la inscripción del nacimiento y de la adopción de su hijo en el Registro Civil Central; Alberto, a quien el vino francés bebido en la fiesta le ha sentado realmente mal, realiza tal solicitud tres días después: el día 18 de febrero de 1996. Pues bien, en aplicación de la doctrina de la DGRN, el reconocimiento y las inscripciones solicitadas por Alain serían posibles, mientras la solicitud de Alberto sería denegada por carencia del certificado de idoneidad y *haber solicitado la inscripción tras la entrada en vigor de la LOPJM*. La pregunta es obvia: ¿Puede la calidad del vino determinar el reconocimiento de una adopción internacional?

No quiero en modo alguno poner en tela de juicio la pertinencia del certificado o declaración de idoneidad en las adopciones, tanto internas como internacionales; nada más lejos de mi intención. Estoy de acuerdo con las razones de fondo que se han vertido en favor de tal exigencia⁶⁴. Pero tales razones no justifican el camino buscado por la DGRN: la retroactividad de la norma existe y es una solución técnicamente desafortunada que enmascara una tendencia de resistencia de nuestras autoridades frente a la adopción internacional no «enteramente regular»⁶⁵. Para proteger al adoptando del daño que a su interés puede causar el hecho de que el adoptante no posea ese certificado de idoneidad utilícese el orden público. Si es necesario (que puede que lo sea) deniéguese el reconocimiento de las adopciones por motivos de orden público; pero los mismos antes y después de la entrada en vigor de la LOPJM en relación con adopciones constituidas con anterioridad a la misma⁶⁶. Y si no existen razones de orden público, el dato de la fecha de solicitud de inscripción no debe ser manipulado de tal manera.

gor a los treinta días de su publicación... por lo que, habiéndose solicitado la inscripción del Registro Civil Central, con fecha 25 de enero de 1996, no había aún entrado en vigor la ley citada y no puede imponerse el cumplimiento de un requisito no exigido...».

⁶³ Sobre todo, F. CALVO BABÍO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania», *loc.cit.*; los argumentos contrarios pueden verse en P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «El certificado de idoneidad de los adoptantes», *loc. cit., passim*.

⁶⁴ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «El certificado de idoneidad de los adoptantes», *loc. cit.*, pp. 19-23.

⁶⁵ También para «protegerse» de lo distinto: en la *Resolución DGRN de 6 de marzo de 1997*, sobre inscripción de adopción constituida en China el 15 de junio de 1995, la aplicación de las actuales exigencias del artículo 9.5 del Código civil no se vuelca sólo sobre la falta del certificado de idoneidad de los adoptantes, sino sobre todos los aspectos por dicho precepto exigidos (*BIMJ*, núm. 1823, 1998, pp. 1498-1501).

⁶⁶ Al fin, como la propia autora citada en último lugar confiesa, la decisión que reconoce e inscribe el nacimiento y la adopción por haber sido solicitados ambos con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPJM (se refiere a la *Resolución DGRN de 5 de abril de 1997*), «...supone dar amparo legal a una adopción que no

C) *Adopciones cuyos efectos se correspondan con la adopción prevista por nuestras leyes*

Éste es el otro gran argumento que sirve de obstáculo al reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero cuando los adoptantes son españoles. Ya ejemplifiqué más arriba con una hipótesis ficticia lo llamativo de esta previsión. En este momento, me interesa destacar cómo la DGRN está aplicando el precepto.

Los argumentos son, en ocasiones, sorprendentes: la *Resolución DGRN de 4 de octubre de 1996* deniega el reconocimiento de una adopción constituida en Brasil sobre un adoptando mayor de edad «... porque existe el obstáculo insalvable de que la adopción de un mayor de edad en la legislación española exige una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años (cfr. art. 175 Cc), que no ha concurrido en este caso. Teniendo en cuenta esta circunstancia hay que calificar la adopción brasileña de un mayor de edad efectuada como radicalmente distinta a la adopción española en la que no cabe esta posibilidad a no ser que concurren las circunstancias previstas en el artículo 175 del Código Civil...». ¿No es esto integrismo jurídico? Además, como todo integrismo, el carácter unidireccional de la actitud hace perder de vista la globalidad de la situación: en el supuesto resuelto quizá sí existiesen otras razones para concluir el no reconocimiento de la adopción: mas, sin duda, no las alegadas. Si se pretende aplicar el artículo 9.5 del Código civil en su actual versión (algo que no es jurídicamente de recibo, pues la adopción fue anterior, al menos, al 25 de septiembre de 1995, fecha de la solicitud de inscripción), si lo que se pretende, digo, es seguir con la práctica de aplicar las más restrictivas condiciones de reconocimiento de hoy, el parámetro sería que los «efectos» de la adopción extranjera no se correspondan con los previstos por la legislación española y no otros⁶⁷.

En otros casos, la negativa al reconocimiento es la consecuencia de aplicar estrictamente la nueva regulación surgida tras la LOPJM: así, la previsión de que el reconocimiento sólo podrá tener lugar en relación con adopciones cuyos efectos se correspondan con los de la ley española se aplica, por ejemplo, denegando el reconocimiento de aquéllas adopciones que no rompen totalmente los vínculos con la familia biológica o que son revocables (en ocasiones ambos aspectos coinciden).

Aunque en estos supuestos creo que la aplicación del sistema es estricta y el problema está más en la legislación (también la registral) que en su aplicador, tampoco está de más recordar algunos extremos. Por una parte, la ruptura de vínculos con la familia biológica no creo que deba ser un dato determinante en todo caso. Nuestra propia legislación prevé supuestos en que tal ruptura no se produce: cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido y cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adop-

se ha tramitado con las debidas garantías... El fundamento de la denegación [en estos casos] puede hallarse en las obligaciones asumidas con la ratificación y entrada en vigor en nuestro país de la Convención de 1989... la adopción rumana [señala en otro lugar] no puede considerarse ilegal pero sí contraria al interés del menor, puesto que no se ha realizado de conformidad con los principios que han de regir actos de esta naturaleza». Absolutamente de acuerdo: mas ello no justifica abrazar una técnica de aplicación temporal de la ley, que puede revelarse perversa (v. gr., Resolución DGRN últimamente citada); vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «El certificado de idoneidad de los adoptantes», *loc. cit.*, pp. 22-23.

⁶⁷ En el caso concreto, las condiciones del reconocimiento deberían ceñirse a la comprobación de la competencia judicial de las autoridades brasileñas, el respeto de la ley brasileña en cuanto a la capacidad y consentimiento del adoptando y la no contrariedad con el orden público español.

tante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir⁶⁸. Es más importante la verdadera constitución de un vínculo de filiación, con atribución de patria potestad y los derechos/deberes a ella inherentes que la ausencia de ruptura definitiva de vínculos con la familia natural. En este sentido, la *profundización real* en el alcance del Derecho extranjero me parece fundamental, a fin de realizar una valoración ponderada de la equivalencia entre la adopción constituida en el extranjero y la española. Porque, si se continúa con una concepción maximalista, probablemente ninguna adopción constituida en el extranjero posea unos efectos que se correspondan al 100% con los de la adopción española.

En cuanto a la denegación del reconocimiento sobre la base de ser la adopción constituida revocable, la *Resolución DGRN de 25 de marzo de 1998*⁶⁹ parece plantear un nuevo enfoque (afortunadamente más abierto que hasta ahora), que merece colocarse en la zona clara de la práctica española a la que prestaré atención más adelante.

D) *Otros factores contrarios al reconocimiento*

Dos últimas muestras atestiguan la práctica contraria al reconocimiento: la primera consiste en velar por la correcta aplicación de la ley extranjera, más allá de lo que exige la española; la segunda trata de una interpretación exclusivista del Convenio de La Haya que impide el reconocimiento de la adopción que no ha seguido sus mecanismos.

Sorprende, en relación con la primera idea, cómo la DGRN se convierte en el bastión más sólido de la defensa de la pureza del Derecho extranjero. El juicio de reconocimiento implica, como he señalado más atrás, la verificación de que la ley nacional habrá regido la capacidad y consentimientos necesarios, pero nada más. ¿Qué decir, pues, del celo del Centro Directivo, en defensa del «principio de legalidad» en su citada *Resolución DGRN de 6 de marzo de 1997*? El acuerdo apelado había denegado el reconocimiento por considerar que la adopción «china» era revocable. La DGRN da un ligero tirón de orejas al Juez Encargado, recordándole que se olvidó de otros obstáculos ya que «...la adopción cuestionada no se ajusta a la Ley china del adoptando, que debería regir en cuanto a la autoridad competente (*sic*) para la constitución y en cuanto a la capacidad y consentimientos necesarios (cfr. art. 9.5 Cc) e, incluso, en cuanto a la forma de constitución (cfr. art. 11 Cc) (*sic*). En efecto, a pesar del certificado de parentesco expedido por la Embajada de la República Popular China en España y de la transcripción incompleta del artículo 20 de la citada Ley china de 1991, lo cierto es que, según el artículo 4 de esta Ley, sólo está prevista la adopción de los menores de catorce años y que, según su artículo 20, la adopción hecha por extranjeros requiere inexcusablemente su inscripción en el

⁶⁸ Artículo 178 del Código civil, que encuentra parangón en otras legislaciones, como el reciente párrafo 1756 II BGB (ley de 16 de diciembre de 1997) en el que se establece que «... En la adopción del hijo por parte del cónyuge, no se extinguen los vínculos de parentesco con la familia del otro progenitor cuando éste hubiere muerto y ostentaba la patria potestad»; asimismo, el párrafo 1772 I d BGB prevé la adopción del mayor de edad sin ruptura de vínculos entre éste y su familia biológica.

⁶⁹ *BIMJ*, núm. 1831, 1998, pp. 2599-2602.

Registro Civil chino —que aquí no consta— y su posterior elevación a escritura pública ante notario —que aquí tampoco consta—».

Es de alabar el deseo de las autoridades españolas de velar por la correcta aplicación del Derecho chino por parte de las autoridades extranjeras; puede que no esté de más extender el tirón de orejas a dichas autoridades (incluidas las de la Sección Consular de la Embajada China en España que certificaron la corrección de la adopción); pero no todo lo controlado entra dentro de la competencia de nuestras autoridades, y ni el control de la competencia se realiza sobre la base de la legislación china, ni creo pertinente el control que se efectúa sobre la inscripción o la elevación a escritura pública.

Por último, recientes manifestaciones ponen de manifiesto que la DGRN considera que las adopciones constituidas en un Estado contratante del Convenio de La Haya, cuyos trámites comenzaron con posterioridad a la entrada en vigor de dicho Convenio deben canalizarse a través del mismo. Lo contrario implicará que tales adopciones no serán reconocidas por «vulneración patente» del mismo⁷⁰. La idea que presidió la elaboración del Convenio fue precisamente ésa: que sus normas eran imperativas y de aplicación en todo caso; no un instrumento a mayores en manos de las partes⁷¹. Cabe preguntarse, no obstante, si la sanción aparejada por la DGRN (denegación del reconocimiento de la adopción) está justificada allí donde la adopción reúne todos los requisitos procesales y sustantivos para ser reconocida; dicho de otro modo, si en condiciones idénticas Alain Bridel y Alberto Pérez Pérez adoptan a sendos menores en Rumania (Estado contratante) y en Rusia (Estado no contratante) la segunda ha de reconocerse y la primera no. Los supuestos no tienen por qué ser infrecuentes, sobre todo en relación con un Convenio al que progresivamente se van incorporando Estados en fechas muy distintas; el propio desconocimiento de las autoridades (más que la torpeza de los solicitantes) puede determinar tales situaciones. Para ellas, una interpretación teleológica del Convenio (a pesar de reconocer los argumentos que militan por su aplicación estricta) debe deparar el reconocimiento de la adopción en la que se hayan observado todas las garantías en interés del menor adoptado.

3. Manifestaciones de flexibilización

La *Resolución DGRN de 24 de enero de 1997*, deniega la inscripción de una adopción intervenida en México, pero decide practicar anotación de la misma al amparo del artículo 154.3.º del Reglamento del Registro Civil. En esta Resolución se lee que «... el reconocimiento en España de los efectos conectados a esta adopción simple, podrá obtenerse a través de una anotación». Me queda la duda de si lo que se desprende del entrecomillado es un verdadero reconocimiento de la adopción «mexicana» o un mero lapsus del Centro Directivo. Si ello fuese así (es decir, si se deniega la inscripción, pero se considera que la anotación es suficiente para que se reconozcan en España los efectos de la adopción mexicana), nos encontraríamos ante un *enorme paso* en la aceptación de lo distinto no insostenible; ante una ver-

⁷⁰ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «El certificado de idoneidad de los adoptantes», *loc. cit.*, p. 17, con cita de las *Resoluciones (1ª, 2ª y 3ª) DGRN de 22 de enero de 1998*, en relación con adopciones rumanas (*BIMJ*, núm. 1826, 1998, pp. 1981-1990).

⁷¹ *Informe Parra Aranguren*, pp. 556 y 592.

dadera asunción de la multiculturalidad «jurídica», que permitiría la convivencia entre la adopción española y la adopción mexicana, con todo lo que ello puede suponer⁷². Mas quizá esté sacando demasiada punta a una frase que no ha sido ni aclarada ni ratificada por la DGRN. La espera es la actitud más prudente.

La también citada *Resolución DGRN de 5 de febrero de 1998* señala que a la hora de valorar la correspondencia de efectos entre la adopción (nepalí) y la española debe tenerse en cuenta cuál es el espíritu que emana de las normas o de las instituciones que se comparan para comprobar su adecuación a la ley española. La DGRN pone de manifiesto que la posibilidad de revocación de la adopción prevista por la legislación nepalí debe entenderse como contraria al principio de irrevocabilidad consagrado por el artículo 180 del Código civil; ello debería conducir a la denegación del reconocimiento. Hasta aquí todo es conocido; pero (estamos dentro del epígrafe relativo a la flexibilización), es preciso significar que el Centro Directivo añade que como tal revocación sólo concurre en relación con los adoptandos varones, tal posibilidad vulnera el orden público español, al afectar al principio constitucional de igualdad de las personas y no discriminación por razón de sexo. A esta idea, le añade el «interés de los menores» como aquel que debe ser protegido, por lo que la idea de igualdad se traduce no en la posibilidad de revocar la adopción sobre varón y hembra sino todo lo contrario: la DGRN entiende que la *irrevocabilidad* afecta por igual a ambos sexos y reconoce la adopción⁷³.

La pirueta no deja de ser llamativa: a partir de ahora veremos cómo todos los adoptantes se esforzarán por demostrar a la autoridad española que los efectos distintos (de los *nuestros*) de la adopción constituida en el extranjero derivan de la aplicación de una ley contraria al orden público español, con el fin de que la adopción sea reconocida (!). El favor a la adopción es loable en este caso, pero, de nuevo, el camino elegido no me parece el adecuado.

En su *Resolución DGRN de 6 de febrero de 1998*⁷⁴ se leen, en relación con el requisito del certificado de idoneidad para los españoles domiciliados en España, las siguientes líneas: «... es evidente la existencia del certificado de idoneidad exigido que debe ser entendido no en el sentido literal de la palabra sino en el más amplio y lógico de intervención de la entidad pública correspondiente en la valoración sobre las aptitudes de los solicitantes para la adopción pretendida». Aunque, como ha sido señalado por F. Calvo Babío⁷⁵, la diferencia en relación con su anterior práctica es de matiz, puede ser una vía abierta a una postura más flexible y adecuada a las exigencias de la adopción hoy.

4. ¿Qué pasa con los Tribunales de Justicia?

A estas alturas de la exposición, creo que muchos estarán pensando: «...la posición del autor no debe ser demasiado sólida cuando los argumentos de autoridad

⁷² *Vid.*, por ejemplo, la descripción que realizo en la nota 78, a propósito de un supuesto similar.

⁷³ Los mismos razonamientos (también en relación con adopciones constituidas en Nepal) se repiten en tres *Resoluciones (1.ª, 2.ª y 3.ª) de 14 de febrero de 1998, BIMJ*, núm. 1827, 1998, pp. 2184-2194, y en otras tres de dos días después, *Resoluciones (1.ª, 2.ª y 3.ª) de 16 de febrero de 1998, BIMJ*, núm. 1829, 1998, pp. 2281-2293, aunque en este último caso el reconocimiento fue denegado por la falta de certificado de idoneidad de los adoptantes.

⁷⁴ *BIMJ*, núm. 1827, 1998, pp. 2162-2166.

⁷⁵ F. CALVO BABÍO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania», *loc.cit.*

no están muy en su línea y, sobre todo, cuando no cita ni una sola resolución judicial en apoyo de sus tesis». Y puede que tengan razón... mas no por no poder apoyarme en la práctica judicial.

El porqué de esta situación creo que hay que buscarlo en dos factores de distinta índole: por un lado, uno histórico y tradicional: la autoridad de la práctica de la Dirección General de Registros y del Notariado, que a lo largo del tiempo ha creado una verdadera jurisprudencia (en sentido atécnico, claro) en materia de estado civil. Resulta sorprendente cómo cuando en 1985 me hice esta misma pregunta en materia de nacionalidad (¿qué pasa con los Tribunales de Justicia?) no encontré ni una sola resolución que pusiera coto a una práctica del Centro Directivo ampliamente criticada por los comentaristas; un año después se publicó la primera sentencia del TS⁷⁶; y desde entonces las resoluciones judiciales se cuentan con los dedos de la mano⁷⁷, sin que exista motivo de técnica jurídica que lo explique. Creo que sería muy saludable para el sistema que esa posición privilegiada que *de facto* ostenta la DGRN fuese de vez en cuando fiscalizada por los Tribunales de Justicia. Pero eso corresponde al impulso de parte.

El otro argumento es propio de la materia que nos ocupa. Seguramente el lector también se habrá preguntado a estas alturas ¿qué pasa con el niño o niña cuando la adopción no se reconoce? Intuyo que si la parte interesada no recurre contra la resolución es porque puede ver satisfecho su interés a través de algún otro medio. Ciertamente no es conocida la práctica que se genera en España tras la denegación del reconocimiento de la adopción internacional, pero me cuesta creer que se esté actuando drásticamente: es decir, que se separe a adoptando y adoptantes definitivamente rompiendo entre ellos cualquier tipo de relación. En teoría, la situación del menor adoptado en el extranjero cuya adopción no es reconocida en España, pasa a ser la de un menor objeto de medidas de protección de su persona y (en su caso) bienes; menor sometido en España al Convenio de La Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable a la protección de menores, de 5 de octubre de 1961 y, eventualmente, sujeto de un nuevo procedimiento de acogimiento, adopción⁷⁸.

⁷⁶ Sentencia TS (Sala 4.ª) de 7 de junio de 1986, y el comentario, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ Y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «La nacionalidad ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista Jurídica Española LA LEY*, núm. 1694, 1987, pp. 1-7.

⁷⁷ Sentencia del T.S. (Sala 1ª) de 19 setiembre 1988, y mi nota en *REDI*, 1989-1, pp. 273-275; Sentencia del TS (Sala 3.ª) de 2 de junio de 1998 (*RAJ*, núm. 5132) o Sentencia del TS (Sala 1.ª) de 28 de octubre de 1998.

⁷⁸ En realidad la situación puede ser más compleja: en ocasiones el no reconocimiento de la adopción no puede evitar que los (llamémosles, frustrados) adoptantes sean quienes legítimamente ostentan la patria potestad sobre el menor, de conformidad con su ley nacional: tal es el caso de una adopción mexicana que, siendo revocable y, por ello, no reconocible en España como adopción, atribuye la patria potestad a dichos adoptantes. La situación es pintoresca: según el artículo 9.5 del Código civil la adopción no se reconoce; pero de acuerdo con el artículo 9.4 del mismo Código, la ley nacional del «hijo» (mexicana) determina el contenido de sus relaciones paternofiliales: los adoptantes ostentan la patria potestad. Consecuencia de ello es, por ejemplo, que *ex artículo 20 del Código civil*, este menor mexicano puede optar a la nacionalidad española puesto que está bajo la patria potestad de un español; y si accede a la nacionalidad española ¿deja de estarlo? Más consecuencias: estando bajo la patria potestad de un español y siendo ésta ejercitada en sus justos términos *no hay situación de desamparo* que determine la adopción de medidas de protección: luego lo que el sistema ha pretendido evitar (convivir con una adopción «distinta») se transforma en la obligación de convivir con una situación aún más lejana: titularidad y ejercicio de la patria potestad por quien, a lo sumo, se considera como acogedor. De nuevo he de decir que esta descripción podría ser objeto de diversas matizaciones, pero, en esencia, muestra lo perturbador del sistema (entre tales matizaciones debo señalar una práctica de la DGRN que, eventualmente, podría ser obstativa del ejercicio del derecho de opción: sobre la misma con argumentos crí-

En la práctica, lo que podemos sospechar es que en numerosas ocasiones el menor queda bajo los cuidados de las personas que lo adoptaron en el extranjero. Salvo los supuestos en los que tales personas sean absolutamente inidóneas para ocuparse del menor, ésta es la solución menos traumática para su interés. Ésta es también la idea que subyace en la práctica de la DGRN consistente en asimilar la adopción constituida en el extranjero cuyos efectos no se corresponden con la española a una situación de prohijamiento o acogimiento; situación que por afectar a españoles es susceptible de anotación en el Registro civil. Esta nueva situación (o la asimilación a una tutela) favorece claramente la situación de los (frustrados) adoptantes, con vistas a la constitución de una (nueva) adopción en España; por ejemplo, el artículo 176 del Código civil (aplicable a los requisitos de la adopción por ministerio del artículo 9.5 del mismo Código) no exige para tal situación la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante; además, la situación jurídica y de hecho que se crea tras un no reconocimiento de la adopción y una convivencia de meses o años entre adoptantes y adoptando no es en absoluto indiferente para las autoridades judiciales: la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de marzo de 1996*, es buen ejemplo de cómo el órgano judicial se sitúa en una perspectiva en favor de la adopción en España de un menor nicaraguense, obviando eventuales obstáculos de orden jurídico formal⁷⁹.

España es país receptor de adopciones internacionales constituidas en el extranjero, pero también país en el que se constituyen adopciones internacionales.

V. CONCLUSIONES

No por haber agotado el tema, sino por exigencias de espacio editorial y, tal vez, de agotamiento del lector, resulta preciso decantar sintéticamente algunas conclusiones en torno a la problemática analizada.

En primer lugar, y por dar satisfacción al título del Curso, creo que la actual regulación de la adopción internacional no puede calificarse en sí misma de respetuosa con la promoción de una sociedad multicultural.

En segundo término, aunque no puede resultar sorprendente que la práctica siga los mismos derroteros que la legislación, creo que la española de la DGRN se esfuerza en ir más allá de la propia normativa, imponiendo más obstáculos a la aceptación de lo diferente de los que técnicamente son posibles y exigibles.

Una tercera constatación es que la idea de cambio de modelo y la inserción de la adopción internacional en el núcleo de la protección de menores operados por el Convenio de La Haya de 1993 (ya visible en el Convenio sobre los derechos del niño de 1989) no ha calado en la reglamentación de origen autónomo; esta última sigue tratando el tema con fuerte dependencia de la idea de filiación y con una, a mi

ticos J. M. ESPINAR VICENTE, AC, pp. 759-761 y, claramente, p. 771, donde denuncia, con razón, que la DGRN vincula el tema de la patria potestad al de la adopción, siguiendo ambos la misma suerte).

⁷⁹ *Audiencias Provinciales*, 1996, núm. 1876, y nota de G. ESTEBAN DE LA ROSA, *REDI*, 1997-2, pp. 264-270. Este caso, no obstante, no partía de la denegación del reconocimiento de una adopción pronunciada en el extranjero. Sí es representativo, por ejemplo, el Auto del Registro civil central de 21 de junio de 1996, *REDI*, 1997-1, pp. 259-260, y nota de L. ESTEVE GONZÁLEZ, pp. 261-264, en el que se lee: «...Por lo anterior, la presente adopción realizada en México no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento español, y por tanto no puede inscribirse en el Registro español, aconsejándose en el presente caso una adopción en España» (cursiva mía).

juicio, más fuerte dependencia (aunque solapada) de la regulación sobre nacionalidad (más en concreto, de la automática atribución de la nacionalidad a los menores adoptados por españoles y de la posibilidad de opción de los que estén bajo la patria potestad de españoles).

En cuarto lugar, se observan obstáculos de índole registral que penalizan el reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero y que, a mi juicio, no se justifican. Creo que negar la inscripción de una realidad (adopción) jurídica extranjera por no corresponderse sus efectos con los de la ley española es criticable; pero abundar en el hecho de que ello supondría crear graves equívocos en cuanto a los efectos de la adopción me parece una observación que lo único que hace es incidir en la deficiencia de nuestra legislación registral; luego... modifíquese. ¿Acaso la adopción internacional y su problemática específica no es lo suficientemente relevante como para dotarla de respuestas *registrales* también específicas? A mi juicio, sí. La adopción internacional no es ya meramente una adopción dotada de un elemento de extranjería; posee autonomía (algo que, por ejemplo, no creo que pueda decirse de los problemas que la filiación biológica presenta en el ámbito del Derecho internacional privado). Autonomía que le viene dada tanto por la normativa convencional, cuanto por la de origen autónomo; y, dentro de ésta, la «adopción internacional» es institución reconocida por la legislación estatal y por la autonómica. ¿Por qué no adaptar la legislación registral? Si las realidades que se presentan al encargado del registro civil no son actos inscribibles, ¿por qué no se modifica la situación para que lo sean?

No obstante, de poco serviría la modificación de la legislación registral, acomodándola a una nueva realidad plural, cual es la de la adopción internacional, si no se modifica la regulación sustantiva. En este momento baste señalar que a finales del segundo milenio no se entiende (o yo, al menos, no entiendo) por qué la protección de un niño debe tener un tratamiento distinto si la efectúa un español o si la presta un extranjero, si el menor es mexicano o es nepalí; porque, como en otro lugar señalé, el interés supremo del niño no sabe de nacionalidades.

Por último, el Convenio de La Haya, al exigir que sean reconocidas adopciones que creen un vínculo de filiación, aunque no rompan los vínculos familiares con la familia biológica del adoptado, puede tener un efecto educativo y didáctico que, además «tire» de la legislación y la práctica interna; porque con él estamos obligados a convivir con adopciones que no tienen por qué ajustarse al contenido de la adopción prevista por nuestras leyes, y a realizar un ejercicio de imaginación jurídica para poder integrar un producto extraño en nuestro catálogo de productos (jurídicos) propios.

Recuérdese que esa posibilidad es uno de los presupuestos de la existencia del Derecho internacional privado: la convivencia con la complejidad y con todo lo que siendo (jurídicamente) diferente, no nos resulte insoportable.

