

**MARÍA ARÁNZAZU CALZADILLA MEDINA**

# **La adopción internacional en el derecho español**

**Colección  
Monografías de Derecho Civil**

**I. Persona y Familia**

**DYKINSON**



**LA ADOPCIÓN  
INTERNACIONAL  
EN EL DERECHO ESPAÑOL**



MARÍA ARÁNZAZU CALZADILLA MEDINA

Doctora en Derecho  
Universidad de La Laguna

**LA ADOPCIÓN  
INTERNACIONAL  
EN EL DERECHO ESPAÑOL**

DYKINSON

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistemas de recuperación, sin permiso escrito del AUTOR y de la Editorial DYKINSON, S.L.

*Colección «Monografías de Derecho Civil»  
Dirección de D. Mariano Yzquierdo Tolsada*

© Copyright by  
M.<sup>a</sup> Aránzazu Calzadilla Medina  
Madrid, 2004

Editorial DYKINSON, S.L., Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfonos (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 84-9772-371-6  
Depósito legal: M. 13.030-2004

*Preimpresión e Impresión:*  
SAFEKAT, S. L.  
Belmonte de Tajo, 55 - 3<sup>o</sup> A - 28019 Madrid

*A mis padres,  
por haber estado siempre,  
por hacerme saber que siempre estarán.*



**La voz de la sangre...  
¡qué flácida patraña romántica!  
La paternidad única es  
la costumbre del cariño  
y del cuidado.  
El que sufre, lucha  
y se desvela por un niño,  
aunque no lo haya engendrado, ése es  
su padre.**

**Rubén Darío  
*Autobiografía* (1912)**



## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO: POR EL DR. PEDRO DE PABLO CONTRERAS .....	19
NOTA PRELIMINAR .....	21
ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS .....	23

### CAPÍTULO PRIMERO LA INSTITUCIÓN ADOPTIVA

I. LA ADOPCIÓN: UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA UNIVERSAL .....	27
1.1. La adopción como institución de protección jurídica del menor: su función social ..	28
1.2. La adopción en la actualidad: líneas básicas de la institución .....	33
II. PRINCIPIOS QUE CARACTERIZAN LA INSTITUCIÓN ADOPTIVA .....	41
2.1. El «interés superior del menor» como principio orientador de toda la normativa de protección de menores. Su influencia en la institución adoptiva .....	41
2.2. El principio de igualdad (o equiparación de efectos) de las filiaciones .....	49
2.3. El principio « <i>adoptio imitatur naturam</i> » .....	52
2.4. El deber de sigilo en la adopción .....	53
2.5. El principio de subsidiariedad de la adopción: prioridad de la familia de origen ...	53
III. LA ADOPCIÓN EN SU VERTIENTE INTERNACIONAL .....	55
3.1. ¿«Adopción internacional»? .....	55
3.2. Principios inspiradores de la adopción internacional .....	58
3.3. Nacimiento y desarrollo. Análisis de las distintas valoraciones .....	63

### CAPÍTULO SEGUNDO LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA

SECCIÓN PRIMERA: MARCO JURÍDICO GENERAL DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL .....	71
--	----

	<u>Pág.</u>
I. MARCO JURÍDICO GENERAL DEL DERECHO INTERNO ESPAÑOL .....	73
1.1. Normativa convencional en materia de adopción internacional existente en nuestro país .....	79
1.1.1. El Convenio de la Haya sobre protección de menores y cooperación internacional en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993 .....	80
1.1.2. Los protocolos bilaterales de colaboración firmados por el Ministerio de Asuntos Sociales español con instituciones de países de origen de los menores en materia de adopción internacional .....	88
1.2. El cambio de enfoque experimentado por el artículo 9.5 del Código Civil español: más allá de la determinación de la ley aplicable a las adopciones internacionales .....	90
1.3. La adopción internacional en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil .....	91
II. ELEMENTOS PERSONALES DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES: REQUISITOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO ESPAÑOL .....	93
2.1. El adoptando .....	95
2.1.1. Ser menor de edad no emancipado: el art. 175.2 CC .....	95
2.1.2. Encontrarse en situación de «adoptabilidad» .....	105
2.2. El adoptante .....	106
2.2.1. Tener al menos veinticinco años (art. 175.1.1º y 2º CC) .....	107
2.2.2. Ser al menos 14 años mayor que el adoptado (art. 175.1.3º CC) .....	110
2.2.3. Tener capacidad de obrar .....	112
2.2.4. Ser idóneo para adoptar (art. 176.1 último inciso CC): el certificado de idoneidad .....	113
2.2.5. La problemática derivada de la adopción por las parejas de hecho .....	123
a) La adopción por las parejas de hecho heterosexuales .....	125
b) Debate abierto a la adopción por parte de (parejas) homosexuales y/o transexuales .....	131
2.3. Las prohibiciones legalmente previstas para adoptar .....	143
IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD NECESARIAS PARA CONSTITUIR UNA ADOPCIÓN DE ACUERDO CON LO PREVISTO EN EL DERECHO ESPAÑOL .....	146
4.1. Consentimientos que deben concurrir en la constitución de la adopción .....	147

	<u>Pág.</u>
4.1.1. El consentimiento del adoptante .....	148
4.1.2. El consentimiento del adoptando mayor de doce años .....	154
4.2. Los asentimientos: la no oposición a la adopción .....	156
4.3. El derecho de audiencia: derecho a ser oído .....	162
<b>SECCIÓN SEGUNDA: LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y LAS ENTIDADES ACREDITADAS</b> .....	<b>165</b>
<b>I. LAS ENTIDADES COLABORADORAS DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (ECAIS) DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO ESPAÑOL</b> .....	<b>168</b>
1.1. Breve referencia a las personas jurídicas que pueden constituirse en ECAI ....	169
1.2. La acreditación de las entidades colaboradoras .....	171
1.3. Las funciones de mediación que realiza la ECAI .....	179
1.4. Seguimiento, control e inspección de las actividades desarrolladas por la ECAI ...	183
1.5. Problemas que plantean las adopciones independientes o con mediadores no acreditados .....	188
<b>II. ANÁLISIS DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL ADOPTANTE Y LA ECAI</b> .....	<b>190</b>
2.1. El contrato celebrado entre la ECAI y el adoptante ¿Derecho Público o Derecho Privado?.....	191
2.2. Encuadre de la relación contractual en uno de los contratos de prestación de actividad en interés ajeno. Distinción de figuras afines .....	192
a) El arrendamiento de servicios .....	193
b) El contrato de mediación .....	194
2.3. El contrato de mandato: la ECAI mandataria y el adoptante mandante .....	195
2.3.1. Elementos del mandato .....	198
2.3.2. Principales obligaciones de las partes contratantes .....	201
2.3.3. Régimen de responsabilidades de las partes .....	203
a) La ECAI mandataria responsable frente al adoptante mandante ....	203
b) El adoptante mandante responsable frente a la ECAI mandataria ...	209
c) En especial, consecuencias para el adoptante de la revocación (o suspensión) de la habilitación concedida a la ECAI para desarrollar su actividad .....	213
2.3.4. Extinción del contrato .....	214
2.4. La figura del representante en el país de origen del menor .....	214

CAPÍTULO TERCERO  
**CONSTITUCIÓN, EFECTOS Y EXTINCIÓN DE LAS ADOPCIONES  
 INTERNACIONALES DESDE EL PUNTO DE VISTA  
 DEL DERECHO ESPAÑOL**

SECCIÓN PRIMERA: PROBLEMÁTICA DE LAS ADOPCIONES CONSTITUIDAS POR AUTORIDAD EXTRANJERA .....	217
I. ADOPCIONES CONSTITUIDAS POR AUTORIDAD EXTRANJERA QUE PUEDEN TENER RELEVANCIA PARA EL DERECHO ESPAÑOL .....	218
1.1. Adopción de un menor extranjero por un español .....	218
1.1.1. Fase administrativa en España .....	219
1.1.2. Fase administrativa en el país de origen del menor: la preasignación ....	221
1.1.3. Tramitación conjunta por la Autoridad Central española y por la Autoridad Central del país de origen .....	222
1.1.4. Constitución de la adopción en el país de origen del menor .....	223
1.2. Adopción de un menor español en el extranjero .....	224
II. RECONOCIMIENTO DE LAS ADOPCIONES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO POR AUTORIDAD EXTRANJERA: ASPECTOS FORMALES Y SUSTANTIVOS .....	225
2.1. La institución adoptiva en distintos regímenes jurídicos extranjeros .....	229
2.1.1. Adopción plena. Los casos de Colombia, la República del Perú, Rumania y la Federación de Rusia .....	229
2.1.2. Clases y problemas de las adopciones no plenas .....	238
a) Adopciones simples propiamente dichas. La <i>kafala</i> islámica y la «adopción» en la República de La India .....	239
b) Adopciones simples con efectos atenuados. El caso de Costa Rica ..	244
c) Adopciones semiplenas revocables: la persistencia de derechos sucesorios frente a la familia de origen .....	245
d) Adopciones plenas revocables: el problema de la revocabilidad de la adopción. La adopción en la República Popular de China .....	246
2.2. Reconocimiento de las adopciones constituidas al amparo del Convenio de la Haya de 1993 .....	251
2.2.1. El certificado de conformidad de la adopción con el CHAI: el reconocimiento de pleno derecho .....	251
2.2.2. El sistema de conversión de la adopción del art. 27 del CHAI: supuestos en los que la normativa extranjera no prevé la ruptura de vínculos entre el adoptado y su familia de origen .....	253

	<u>Pág.</u>
2.3. Reconocimiento de las adopciones constituidas en un país que tiene firmado un Convenio bilateral con España en materia de reconocimiento .....	255
2.4. Reconocimiento de las adopciones constituidas al margen del Convenio de la Haya de 1993 .....	256
2.4.1. Control de la competencia de la autoridad extranjera que constituyó la adopción .....	258
2.4.2. Identificación y control de la ley extranjera aplicada al proceso constitutivo de la adopción: necesidad de que se haya aplicado la ley del adoptando por lo que respecta a la capacidad y consentimientos necesarios .....	259
2.4.3. El control de los documentos extranjeros: en especial, el de la resolución constitutiva de la adopción .....	261
2.4.4. Concurrencia del certificado de idoneidad del adoptante expedido por la competente autoridad española .....	262
2.4.5. La exigencia de la equivalencia de efectos impuesta por el art. 9.5 pfo. 5º CC .....	267
2.4.6. Ausencia de contrariedad con el orden público español .....	273
2.5. La tramitación del reconocimiento de las adopciones internacionales: el papel del Registro Consular y del Registro Civil Central .....	275
2.6. Operatividad de la anotación marginal en el Registro Civil de la adopción constituida en el extranjero no reconocida .....	279
SECCIÓN SEGUNDA: ADOPCIONES CONSTITUIDAS POR AUTORIDAD ESPAÑOLA .	280
I. DOPCIÓN CONSTITUIDA POR EL JUEZ ESPAÑOL .....	280
1.1. Adopción de menor extranjero por adoptante español .....	281
1.1.1. Régimen jurídico aplicable a la constitución de la adopción en España de un menor extranjero trasladado con ese fin .....	284
A) Traslados amparados por el Convenio de la Haya de 1993 .....	284
B) Traslados que quedan fuera del Convenio de la Haya de 1993 ...	285
1.1.2. La constitución <i>ex novo</i> de la adopción: supuestos en que España ha denegado el reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero ....	286
a) Posibilidad de constitución por el Juez español de un acogimiento familiar preadoptivo para regularizar la situación del menor hasta tanto no se constituya la adopción .....	286
b) La competencia de la autoridad judicial española para tramitar el expediente de adopción .....	287
c) La ley aplicable a la constitución de estas adopciones .....	287
— Problemática de las declaraciones de voluntad necesarias para constituir la adopción .....	288

	<u>Pág.</u>
— En particular, ¿es necesaria la presentación de la propuesta previa? .....	292
1.2. Adopción de un menor español por un adoptante extranjero .....	293
1.3. Referencia a la adopción entre extranjeros en España .....	295
1.4. Posibilidad de recurrir la resolución constitutiva de la adopción .....	295
II. LA ADOPCIÓN CONSULAR .....	296
2.1. Procedimiento por el que se constituye la adopción consular .....	298
2.1.1. La competencia del Cónsul español .....	298
2.1.2. La ley aplicable a la constitución de las adopciones consulares .....	299
2.1.3. Tramitación de la adopción consular .....	299
2.2. Constitución de la adopción por el Cónsul español tras el no reconocimiento de la adopción constituida por la Autoridad extranjera .....	301
SECCIÓN TERCERA: LA INSCRIPCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL .....	302
I. PROCEDIMIENTO PARA INSCRIBIR LA ADOPCIÓN .....	302
II. PUBLICIDAD FORMAL RESTRINGIDA DE LA INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN: DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES VERSUS DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS PADRES BIOLÓGICOS .....	305
2.1. Repercusiones de la Instrucción de 15 de febrero de 1999 de la D.G.R.N. sobre constancia registral de la adopción .....	308
SECCIÓN CUARTA: EFECTOS JURÍDICOS DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES .....	312
I. LA RUPTURA CON LA FAMILIA BIOLÓGICA Y LA GENERACIÓN DE VÍNCULOS CON LA FAMILIA ADOPTIVA: ALCANCE Y LÍMITES .....	312
1.1. Efectos frente a la familia biológica .....	313
1.2. Efectos frente a la familia adoptiva .....	314
II. ATRIBUCIÓN Y ADQUISICIÓN POR EL ADOPTADO EXTRANJERO DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA .....	317
2.1. Atribución <i>ex iure</i> de la nacionalidad española de origen al menor de edad adoptado .....	319
2.2. La adquisición de la nacionalidad española: el derecho de opción del adoptado mayor de edad extranjero .....	321
2.3. Problemas de apatridia: el art. 9.10 CC .....	322

	<u>Pág.</u>
SECCIÓN QUINTA: EXTINCIÓN Y NULIDAD DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES.....	323
I. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR NATURALEZA DEL ADOPTADO .....	324
1.1. Filiación determinada con anterioridad a la constitución de la adopción .....	325
1.2. Filiación determinada una vez constituida la adopción: el problema de que coincidan filiación adoptiva y filiación biológica .....	325
II. LA EXTINCIÓN DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES .....	328
2.1. Supuestos en los que pervive la adopción pese a la extinción de la patria potestad del adoptante .....	330
2.1.1. Muerte del adoptante una vez constituida la adopción .....	330
2.1.2. La exclusión del adoptante .....	330
2.2. La extinción de la adopción cuando fue constituida sin el asentimiento de los padres biológicos y concurren los requisitos previstos en el art. 180.2 CC .....	332
III. LA NULIDAD DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL .....	335
3.1. Breve referencia de esta problemática en el Derecho español: adopciones constituidas por la competente autoridad española .....	336
3.2. Posibles soluciones a los casos de nulidad de adopciones constituidas por autoridad extranjera que ya han sido reconocidas e inscritas .....	337
3.3. Efectos <i>ex tunc</i> que genera la nulidad de la adopción internacional .....	339
BIBLIOGRAFÍA .....	341



## PRÓLOGO

La institución de la adopción, que a punto estuvo de no ser contemplada siquiera en el Código civil de 1889 —había caído en total desuso, se decía entonces—, ha vivido un importantísimo renacer en los últimos decenios. Ese renacer ha sido social —hoy es difícil no tener en el círculo de parientes y amigos a personas que tengan algún hijo adoptivo— y ha ido acompañado de una profunda renovación de nuestro ordenamiento en su regulación jurídica.

Fue la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la que acometió tal renovación. La pieza clave de la misma consistió en considerar la adopción, aparte otras posibilidades residuales, como instrumento de una política pública, de carácter más general, que es la llamada protección de menores. Ello se expresa en el propio enunciado dado por dicha ley al Capítulo V del Título VII del Libro I del Código civil: «*De la adopción y otras formas de protección de menores*». El esencial agente de dicha política pública es —lo mismo que antes de la reforma de 1987— la Administración, que aquí lo es, dado el sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias, la de cada una de las Comunidades Autónomas en su respectivo territorio, pues a todas ellas corresponde la asistencia social, concepto en el que está englobada la protección de menores. Como regla general, desde entonces la adopción, que sigue siendo de constitución judicial, sólo va a poder tener lugar a propuesta de la Administración y en favor del adoptante o adoptantes que ella misma haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad: aun sometida su decisión a la ratificación del juez, es pues la Administración la que selecciona al adoptado (propuesta) y a los adoptantes (declaración de idoneidad).

Sin embargo, la ley de 1987 fue, como ocurre casi siempre, por detrás de la dinámica de la propia sociedad. Aquélla no se planteó otra hipótesis que la de adoptantes y adoptados españoles, pero lo cierto es que el número de estos últimos no resultaba capaz de satisfacer la demanda de adopción existente, por lo que empieza a generalizarse entre nosotros, ya desde principios de los años noventa del pasado siglo, la adopción por españoles de niños extranjeros, conocida como adopción internacional. Tratando de llenar la laguna existente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dedicó su artículo 25 a esta clase de adopción, encomendando de nuevo a las Administraciones autonómicas la tramitación de las solicitudes, la expedición de los certificados de idoneidad de los adoptantes y la acreditación y control de las entidades que median y colaboran con los futuros padres adoptivos para la formalización de estas adopciones, las ECAIS o Entidades colaboradoras para la adopción internacional.

Hoy, la adopción de niños en España es, ante todo y sobre todo, adopción internacional. Por eso, cuando Aránzazu Calzadilla, que había sido alumna mía de Licenciatura —excelente alumna, debo decir— en los años en que desempeñé mi labor docente en la Universidad de La Laguna, me manifestó su interés por la adopción como tema para su tesis doctoral, los dos convinimos inmediatamente en la necesidad de que se centrara en la adopción internacional. Este libro tiene su origen en esa tesis, que obtuvo —no podía ser de otro modo, dado el trabajo, la dedicación y el rigor que puso en ella la autora— la máxima calificación.

Debo añadir enseguida, para que quede claro desde el principio, que este libro está escrito por una civilista y es de Derecho civil, porque está escrito con el método propio de nuestra disciplina y analizando la institución, en todo momento, desde nuestro Derecho interno. Es verdad que el es-

tudio de la adopción internacional, en cuanto que hay en ella elementos extranjeros, compete también al Derecho internacional privado, pero —sin dejar de introducirse en él cuando es necesario, porque hacer compartimentos estancos en el estudio de las instituciones sólo conduce a falsear la realidad— la autora ha visto los problemas y profundizado en ellos en todo momento desde el Derecho español. En realidad, lo que ha hecho es acompañar a unos hipotéticos futuros padres adoptivos españoles en su andadura de adoptar un niño en el extranjero, centrándose particularmente en las relaciones que inevitablemente dichos padres han de tener con la Administración española —la Entidad pública competente en materia de protección de menores, según la terminología legal— y con la Entidad colaboradora de adopción internacional a la que hayan acudido para que les ayude a completar los trámites y resolver con éxito el asunto. Y ello es, sin duda, Derecho interno —civil— español.

Mi anterior descripción del método con el que ha trabajado Aránzazu Calzadilla no es una metáfora, sino que describe exactamente la realidad de las cosas. Yo pienso sinceramente que, en una perspectiva científica, era el mejor método posible, y que, sin duda, se revela indudablemente el mejor desde el punto de vista práctico, pensando en los destinatarios últimos de este libro, que son los futuros adoptantes. La autora, en efecto, ha *peinado* la praxis de la adopción internacional, pisando de verdad el terreno. Doy fe de que, además de agotar la bibliografía existente en la materia, se ha entrevistado con los responsables de las Entidades públicas competentes, con los responsables de diferentes ECAIS y con los propios padres adoptivos. En ese trabajo *de campo* ha encontrado y contrastado numerosos datos acerca de cómo funcionan realmente las cosas, más allá de lo que diga el Derecho, para luego analizar éste con profundidad y rigor. El estudio jurídico realizado no es, por eso, abstracto e inconcreto, sino vivo, pegado a la realidad. Como no podía ser menos trabajando así, hay en la obra —pienso— hallazgos y reflexiones importantes, como es el caso —y es un mero ejemplo, aunque lo destaco en tanto creo que se llena con ello una notable laguna en la bibliografía existente— de las páginas que se dedican al estudio de los contratos que firman los futuros adoptantes con las ECAIS, a los deberes y responsabilidad de éstas, y a las relaciones de las mismas con las Entidades públicas competentes en materia de protección de menores.

Todo ello permite decir que Aránzazu Calzadilla ha escrito el libro que faltaba en España —y que, por eso, hacía falta— sobre el fenómeno de la adopción internacional. No creo que me quite la legitimación para decirlo el hecho de que fuera yo el director de su tesis, origen de este libro, porque, si siempre será cierto que casi todo el mérito de un trabajo así es de quien lo escribe y no de quien se limita a orientar los primeros pasos del investigador, en este caso ello es más cierto que nunca, pues, además de la autora y su familia, solo unos pocos sabemos el sinfín de dificultades que aquélla ha tenido que superar para alcanzar el objetivo. El hecho de haberlas superado añade mérito al excelente resultado, y por ambas cosas me siento orgulloso, y quiero que quede de ello constancia escrita.

Cuando se culmina una obra así, siempre hay personas a las que expresar agradecimiento. Yo, en cuanto la autora tuvo a bien confiar en mí en sus primeros pasos académicos, me siendo en el deber de hacerlo con los profesores Carlos Rogel y Joaquín Rams, que la acogieron durante su estancia en la Universidad Complutense de Madrid; con el profesor Mariano Yzquierdo, que, además de haber prestado una impagable ayuda en la elaboración del trabajo ha propiciado ahora su publicación en la colección que dirige en Editorial Dykinson; y, por supuesto, a la profesora Elena Sánchez Jordán, verdadera impulsora de la vocación y dedicación de Aránzazu Calzadilla al Derecho civil, que estoy seguro que cristalizará en el futuro en otros muchos logros importantes.

DR. PEDRO DE PABLO CONTRERAS  
*Catedrático de Derecho Civil*

## NOTA PRELIMINAR

Este libro tiene su origen en la Tesis Doctoral que presenté y defendí en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna el día 11 de abril de 2002. Compusieron el Tribunal los profesores doctores don José Javier HUALDE SÁNCHEZ, don Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, don Mariano YZQUIERDO TOLSADA, doña M<sup>a</sup> Ángeles PARRA LUCÁN y doña M<sup>a</sup> Elena SÁNCHEZ JORDÁN. A todos ellos quiero reiterar desde aquí mi agradecimiento por su presencia en dicho acto así como por los comentarios y observaciones que formularon, los cuales he tenido muy en cuenta al preparar el presente libro. Igualmente he de agradecer al Director de este trabajo, el profesor Dr. Don Pedro DE PABLO CONTRERAS, sus orientaciones, consejos y apoyo a lo largo de su elaboración. Además, dado que este estudio se gestó tanto en el Área de Derecho Civil de la Universidad de La Laguna como en el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid he de agradecer a sus miembros todas las facilidades que me brindaron de cara a la elaboración de mi investigación. No puedo olvidar tampoco, las valiosas indicaciones del profesor Dr. Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

De manera especial quisiera hacer constar mi agradecimiento a la Asociación madrileña de padres adoptivos “Atlas en defensa de la Adopción” y, concretamente, a Francisco Rúa y a Juan Manuel Hernández. Juntos establecimos una recíproca relación de intercambio de conocimientos y de experiencias que ha sido profundamente fructífera. De la misma manera, he de mostrar mi gratitud a CORA, la Coordinadora de Asociaciones en Defensa de la Adopción y el Acogimiento, por haber puesto a mi disposición mucha de la información que me hubiera sido imposible obtener. Asimismo quisiera dejar constancia en estas líneas del enorme esfuerzo que están llevando a cabo todas las Asociaciones que componen CORA para proteger en primera y última instancia los derechos de la infancia.

San Cristóbal de La Laguna (Tenerife), a 5 de mayo de 2003.



## ABREVIATURAS

<i>A(J)A</i>	<i>Actualidad (Jurídica) Aranzadi</i>
<i>AC</i>	<i>Actualidad Civil</i>
a.(d.)d.C.	antes (después) de Cristo
<i>AD</i>	<i>Actualidad y Derecho</i>
<i>ADC</i>	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
<i>AFD</i>	<i>Anales (Anuario) de la Facultad de Derecho</i>
<i>AHDE</i>	<i>Anuario de Historia del Derecho Español</i>
<i>AJEE</i>	<i>Anuario Juridico y Económico Escorialense</i>
<i>AP</i>	<i>Actualidad Penal</i>
(S)AP	(Sentencia de la) Audiencia Provincial
apdo(s).	apartado(s)
APJ	Anuario de Psicología Jurídica
<i>ARAJL</i>	<i>Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación</i>
ArC	Aranzadi Civil
art(s).	artículo(s)
AT	Audiencia Territorial
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
<i>BIAGN</i>	<i>Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado</i>
<i>BIMJ</i>	<i>Boletín de Información del Ministerio de Justicia</i>
BOA	Boletín Oficial de Aragón
BOC	Boletín Oficial de Cantabria
BOCA	Boletín Oficial de Canarias
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOCL	Boletín Oficial de Castilla y León
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOE	Boletín Oficial del Estado español
BOIB	Boletín Oficial de las Islas Baleares
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BOLR	Boletín Oficial de La Rioja
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOPA	Boletín Oficial del Principado de Asturias
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
BORM	Boletín Oficial de la Región de Murcia
CA	Comunidad Autónoma
CC	Código Civil español de 1889
CCAA	Comunidades Autónomas
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil
CCom.	Código de Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978

CF	Código de Familia catalán de 1998
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CHAI	Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993
Coord.	Coordinador / Coordinado por
CTS	Cuadernos de Trabajo Social
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
<i>DFP</i>	<i>Il Diritto de Famiglia e delle Persone</i>
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir.	Director / Dirigido por
Doc.	Documento
DOCE	Diario Oficial de la Unión Europea
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOCM	Diario Oficial de Castilla-La Mancha
DOG	Diario Oficial de Galicia
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña
DOGV	Diario Oficial de la Generalitat de Valencia
DPC	Derecho Privado y Constitución
DT	Disposición Transitoria
ECAI	Entidad Colaboradora de Adopción Internacional
Ed.	Editorial / Editado por / Ediciones
EDC	Estudios de Derecho Civil
E(E)A(A)	Estatuto(s) de Autonomía
EEUU	Estados Unidos de Norteamérica
EURODOC	Agencia nórdica de adopciones
fasc.	fascículo
FJ	Fundamento Jurídico
ICAA	Instituto Catalán de Acogimiento y Adopción
JD	Jueces para la Democracia. Información y Debate.
LAIMC	Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los menores de la CA de Canarias
La Ley	La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía
LEC 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LEC 1/2000	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LRC	Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil
MFGE	Memoria del Fiscal General del Estado
<i>ob. cit.</i>	Obra citada
OEA	Organización de Estados Americanos
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OUA	Organización para la Unidad Africana
parágr.	parágrafo
<i>PJ</i>	<i>Revista del Poder Judicial</i>
<i>RAP</i>	<i>Revista de Administración Pública</i>
<i>RATC</i>	<i>Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional</i>
RC(C)	Registro Civil (Central)
<i>RCDI</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
<i>RCDP</i>	<i>Rivista Critica del Diritto Privato</i>

<i>RCDIP</i>	<i>Revue Critique de Droit Internationale Privé</i>
RD(L)	Real Decreto (Ley)
RDC	Rivista di Diritto Civile
<i>RDF</i>	<i>Revista de Derecho de Familia</i>
R.D.G.R.N.	Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado
<i>RDIPP</i>	<i>Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale</i>
<i>RDN</i>	<i>Revista de Derecho Notarial</i>
<i>RDPC</i>	<i>Revista Derecho Privado y Constitución</i>
RE	Reglamento de Extranjería (Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) aprobado por el RD 864/2001, de 20 de julio
<i>REDA</i>	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>
<i>REDC</i>	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>
<i>REDE</i>	<i>Revista Española de Derecho Eclesiástico</i>
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
<i>REDP</i>	<i>Revista Española de Derecho Privado</i>
<i>REP</i>	<i>Revista de Estudios Políticos</i>
<i>RGD</i>	<i>Revista General de Derecho</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue Internationale de Droit Comparé</i>
<i>RJA</i>	<i>Revista Jurídica de Asturias</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Cataluña</i>
<i>RJCM</i>	<i>Revista Jurídica de Castilla-La Mancha</i>
<i>RJN</i>	<i>Revista Jurídica de Navarra</i>
<i>RJNot.</i>	<i>Revista Jurídica del Notariado</i>
<i>RMTAASS</i>	<i>Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales</i>
<i>RP</i>	<i>Revista Penal</i>
RRC	Reglamento del Registro Civil (aprobado por el Decreto 14 de noviembre de 1958)
RTS	Revista de Treball Social
<i>RVAP</i>	<i>Revista Vasca de Administración Pública</i>
SSI	Servicio Social Internacional
S(S)TS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
S(S)TC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
Trad.	Traducido por
TUE	Tratado de la Unión Europea
V.	Ver / Véase
vol.	volumen
VVAA	Varios Autores



# CAPÍTULO PRIMERO

## LA INSTITUCIÓN ADOPTIVA

### I. LA ADOPCIÓN<sup>1</sup>: UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA UNIVERSAL

El origen de la institución adoptiva hay que buscarlo en los pueblos primitivos<sup>2</sup>, puesto que esta institución ha sido conocida por todos los pueblos de la Tierra desde los primeros pobladores<sup>3</sup> hasta nuestros días. Es muy probable que su génesis se encuentre en motivos religiosos, ya que antiguamente se pensaba que aquel que moría sin tener descendientes que le suministraran obsequios fúnebres estaba destinado a una vida de ultratumba solitaria<sup>4</sup>. La palabra «adopción» proviene del latín, *ad* (a, para) y *optio* (elección), *adoptio*, y ésta a su vez concretamente del verbo *arrogare* (*ad* y *rogo*) que significa adoptar (*arrogare in locum filii*, o sea, adoptar como hijo). Esto ya revela que, como sucede con gran parte de nuestras instituciones jurídicas, la regulación de la adopción encuentra su origen en el Derecho Romano, donde se distinguía entre la *adoptio* propiamente dicha (cuando el adoptado era un *alieni iuris*) y la *adrogatio* (que era la adopción de un *sui iuris* o de un jefe de familia), si bien, como sostiene RODRÍGUEZ ENNES<sup>5</sup>, «(...) el efecto de ambas modalidades era sustancialmente el mismo: el sometimiento del arrogado o del adoptado a la potestas del nuevo pater y su integración en la familia de éste como hijo legítimo». Por todo ello, concluye este autor que «No se puede hablar (...) de la existencia en Roma de dos clases de adop-

---

<sup>1</sup> V. José Javier HUALDE SÁNCHEZ, *La adopción del propio hijo natural reconocido*, Pamplona, 1979, pp. 21-25. Acepto sin matizaciones las ideas previas que expuso en su momento José CERDÁ GIMENO, «Notas de urgencia acerca del nuevo Proyecto de Ley de reforma de la adopción» en *RCDI*, n.º 580, 1987 y recopilado en *Estudios sobre el Derecho de Familia*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993, pp. 424-425. Dada la entidad de esta institución, es inevitable analizar (si bien someramente, pues no es objeto del presente estudio) su vertiente sociológica y humana así como enumerando una serie de principios básicos que deben orientar todo estudio o normativa sobre este tema.

<sup>2</sup> Apareció ya recogida en el Código de Hammurabí (s. XX a.d.C) y se sabe que fue practicada por los pueblos hebreo, griego, chino, japonés, germánico y romano. Un claro ejemplo de ello es la historia que recoge la Biblia en el Antiguo Testamento (Éxodo 2:1-6 y 6:16-18-20) acerca de la figura de Moisés, nacido aproximadamente en el año 1593 a.d.C. Para evitar que fuera asesinado por los egipcios tras la orden dada por el faraón de matar a todo varón nacido de los hebreos, fue colocado por su madre y su hermana en una cesta de papiro en el río Nilo. Allí lo encontró la hija del faraón que lo adoptó como si fuera suyo, pasando de esta manera a ser un miembro más de la familia. Otro ejemplo recogido en la Biblia es la adopción por parte de Jacob de Efraim y Manasés, quienes eran sus nietos (hijos de José y de una egipcia), diciendo lo siguiente: «Los dos hijos que antes de mi venida a ti a la tierra de Egipto te nacieron en ella, serán hijos míos» (*Génesis*, 48, 5). La misma suerte experimentaron los mismísimos Rómulo y Remo. V. Viollet, *Historie du Droit Civil Français*, París, 1905, p. 504; Luis RODRÍGUEZ ENNES, «Pueblos del oriente mediterráneo» en *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Monografía n.º 40 de la Universidad de Santiago de Compostela, 1978, pp. 21-29.

<sup>3</sup> «It has probably existed de facto, if not the iure, almos since the beginning of history». VVAA, *Adoption and foster placement of children (Report of an Expert Group Meeting on Adoption and Foster Placement of Children. Geneve, 11-15 december 1978)*, United Nations, New York, 1980, p. 2.

<sup>4</sup> V. ALMIRO RODRIGUES, «A adopção: um antes; e depois?» en *Infância e Juventude (Revista do Instituto de Reinserção Social)*, Ministério da Justiça, n.º 2, abril-junio, 1997, pp. 31-70.

<sup>5</sup> Luis RODRÍGUEZ ENNES, *La adopción: bases para una reforma de la normativa vigente en España a partir de la experiencia histórica y del Derecho Comparado*, Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, 1975, p. 10.

*ción, productoras de efectos diferentes para el adoptado». Tal situación no se daría hasta la época de Justiniano*<sup>6</sup>.

### 1.1. La adopción como institución de protección jurídica del menor: su función social

La adopción es una figura jurídica de protección de menores<sup>7</sup> que, a excepción del Derecho de los países árabes, como se verá, es comúnmente admitida en Derecho Comparado, si bien con notables diferencias. La función social que la misma viene a cumplir en la actualidad no es otra que la efectiva protección del menor que se ha visto privado de una vida familiar normal<sup>8</sup>. Paralelamente, eso sí, a esta función social que cumple la institución en nuestros días existe otra que

<sup>6</sup> Expondré brevemente cuál era la situación existente en la Roma antigua. En los primeros tiempos, la adopción servía para perpetuar la familia. Básicamente se pretendía evitar la extinción de las familias patricias (aristocráticas) cuando éstas carecían de descendientes naturales. Se adoptaba normalmente a algún pariente o allegado, que venía a heredar el patrimonio y el apellido del adoptante. Fue frecuente en una época que los emperadores adoptasen a quienes querían convertir en sucesores. En la época imperial, se utilizó la adopción como método para conseguir herencias y para disfrazar relaciones homosexuales y/o adúlteras, cayendo por todo ello, en el descrédito de la sociedad y siendo calificada como de inmoral. V., entre otros muchos estudios, Luis RODRÍGUEZ ENNES, «Derecho Romano» en *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Monografía n.º 40 de la Universidad de Santiago de Compostela, 1978, pp. 31-82; Eduardo VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Trad. Jesús Daza Martínez, Madrid, 1986, pp. 106-108; J. ARIAS RAMOS y J. ARIAS BONET, *Derecho Romano (Obligaciones. Familia. Sucesiones)*, vol. II, Madrid, 1994, pp. 736-738; *Las instituciones de Justiniano* (Versión española de Francisco Hernández-Tejero Jorge), n.º 3, Colección Derecho Romano y Ciencia Jurídica, Sección Nexum, Granada, 1998, pp. 33-36; Antonio ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*, Málaga, 1999, pp. 38-39.

<sup>7</sup> Lo cual queda claramente reflejado en el encabezamiento de los artículos dedicados en el Código Civil a la regulación de la adopción (concretamente, como ya se ha apuntado con anterioridad, el Capítulo V del Título VII del Libro I de nuestro Código Civil se rubrica de la siguiente manera: «*De la adopción y otras formas de protección de menores*»). No obstante, la LO 1/1996 no define la expresión «protección de menores», si bien sí dispone en su art. 12.1 cómo deberá llevarse a cabo esa protección por parte de los poderes públicos. En mi opinión, ante este vacío legislativo ha de entenderse la expresión en sentido amplio. Para TENA PIAZUELO con la expresión «protección del menor», «(...) se designan determinadas medidas con las que tanto el Derecho público (derecho administrativo estatal y autonómico, derecho procesal, derecho penal) como el derecho privado (derecho civil) tratan de conseguir el amparo de quienes no tienen la capacidad de obrar y la autonomía personal de los mayores de edad». Isaac TENA PIAZUELO, «Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996» en *RJN*, n.º 24, julio-diciembre de 1997, p. 245. De una manera similar, si bien desde el punto de vista de la Administración autonómica, se pronunció el legislador de la CA de La Rioja cuando dispuso en el art. 3 de la Ley 4/1998, de 18 de marzo, que: «*A los efectos de esta Ley se entiende por protección de menores el conjunto de actuaciones, integradas en el marco del sistema público de Servicios Sociales que el órgano competente en el ámbito territorial de la CA de La Rioja, realice con la finalidad de promover el desarrollo integral del menor, los cuidados y asistencia especiales, tanto antes como después del nacimiento, así como prevenir y remediar las situaciones de riesgo o desamparo que detecten*». V. Carlos J. MALUQUER DE MOTES I BERNET, «Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro Derecho» en *VVAA, Explotación y Protección Jurídica de la Infancia*, Barcelona, 1998, pp. 153-163. Una de las primeras veces donde se ve reflejada a la adopción como una figura protectora de los menores es en las mismas Partidas (concretamente en la Partida IV, Título 16, Ley 4) donde se consideraba que «(...) tanto quiere decir como prohijamiento, que es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente» (Trad. de Miguel Calsals Colldecarrera, *Voz «Adopción» en Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, Barcelona, 1950, p. 397). Sin embargo, no va a recogerse expresamente hasta que el Proyecto de Código Civil de 1882 lo haga en el art. 144 *in fine*: «(...) el Juez (...) aprobará la adopción si está ajustada a la ley y la cree conveniente para el adoptado». Este precepto se verá finalmente plasmado como Derecho positivo en el art. 178 CC. Pero el qué conlleve necesariamente la protección de menores es el factor determinante de denegar la constitución de adopciones en supuestos donde lo que realmente se pretende es encubrir otro tipo de relaciones. V., por ejemplo, el caso *Matter of adoption of Robert Paul P.*, Nueva York, 1984 (en este caso se denegó la constitución de una adopción por parte de un hombre de 57 años de su amante de 50 con la que había mantenido una relación de pareja estable durante más de 25 años, argumentándose por el Juez que de haberse constituido una adopción se estaría distorsionando la finalidad de la institución, que no es otra que la creación de una relación paterno filial).

<sup>8</sup> En este sentido se manifestó nuestro legislador en el Preámbulo de la Ley 21/1987 cuando afirmaba que era necesario un control de todas y cada una de las actuaciones que preceden a la adopción: «(...) si se quiere que ésta responda a su verdadera finalidad social de protección a los menores (...)».

merece y debe ser señalada: la finalidad de cubrir las necesidades de unos padres que desean tener un hijo. Ambas funciones coinciden con el derecho del menor a tener un hogar en el que crecer: todas estas vertientes no son incompatibles entre sí, al contrario, se complementan y se satisfacen mutuamente creando un círculo perfecto<sup>9</sup>.

Pese a todo, esta finalidad primordial de protección del menor<sup>10</sup> que tiene hoy en día la adopción es algo que no siempre ha existido. La adopción respondió a fines religiosos, políticos (conseguir mantener el poder político), sucesorios, económicos (evitar la dispersión del patrimonio o la legislación fiscal), de continuación de estirpe (para que no se extinguiera el culto a los antepasados) y en multitud de ocasiones ha servido para defraudar el interés de terceros. No obstante, también se llegó a realizar como un acto filantrópico o de recompensa por algún favor recibido. En el antiguo Derecho Romano<sup>11</sup> e incluso en el momento de promulgación de nuestro CC, en 1889, el interés protegido era el del adoptante, situación que permaneció hasta hace relativamente poco tiempo<sup>12</sup>, aunque ya a comienzos del siglo pasado surge la necesidad de proteger el «interés del menor», convirtiéndose en la actualidad en un principio universalmente aceptado.

Este cambio de orientación revela el sentido del que están impregnadas las normas que regulan la normativa de menores, las cuales dan así cumplimiento al mandato constitucional que el art. 39.2 proclama: *la protección integral de los hijos*. Ello es muy importante sobre todo cuando el Juez las aplique, ya que en caso de duda siempre ha de decantarse por la interpretación que respete en mayor medida los intereses de los menores (y no los del adoptante, como ocurría entonces, que si bien están presentes, nunca van a primar sobre los de aquellos). Se trata, en definitiva, de dar una familia a un niño, y no un niño a una familia<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Obviamente, la finalidad de protección del menor es la primordial y básica para que esta institución opere. Pero ello no obsta, sin embargo, a que paralelamente a dicha necesidad de protección se encuentren unos deseos insatisfechos de unas personas de ser padres, que al casar perfectamente con la demanda de protección del menor, se encuentran, y de esta manera ambos satisfacen sus deseos. La realidad práctica demuestra, y así debe ser en mi opinión, que no se va a pedir a unos solicitantes de adopción que su deseo sea proteger a un menor: lo que se les va a pedir es que deseen ser padres. Esto en definitiva, redundará en beneficio del menor, que será integrado en una familia que le aceptará como a un hijo con todas las consecuencias que ello conlleva y no como a un menor acogido necesitado, situación ésta que queda cubierta por otra figura jurídica distinta: el acogimiento. V. a este respecto, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes» en VVAA, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, pp. 177-193.

<sup>10</sup> Realmente, tal y como apunta BORRÁS RODRÍGUEZ, «(...) la protección de la parte considerada débil en una determinada relación se encuentra en diversos ámbitos y en relación a diversas personas, como es el conocido supuesto del consumidor, pero también lo es en relación del asegurado, o al trabajador. (...)». V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «El interés del menor como factor de progreso de unificación del Derecho Internacional Privado» en *RJC*, año XCIII, n.º 1, 1994, p. 921.

<sup>11</sup> Concretamente en el Derecho romano clásico el adoptante adquiría la patria potestad, lo cual redundaba en su propio beneficio pues aumentaban las fuerzas del grupo familiar, y no en el del menor. Este podía ser no sólo un impúber, sino también un *paterfamilias* que por razones «económicas» quisiera pasar a formar parte de otra familia. Esta es la *arrogatio* (adopción de mayores de edad o en pleno uso de sus derechos civiles), que implicaba la pérdida para ese *pater* adoptado de su capacidad como tal y su conversión en sujeto *alieni iuris*, o sea, en un hijo más del adoptante. Pero además, toda la familia y el patrimonio del *pater* adoptado pasaba a ser del adoptante. V. Laura SANZ MARTÍN, «La familia, su naturaleza y finalidad» en *AC*, n.º 19, 1996, pp. 417-418.

<sup>12</sup> Fue en el siglo XX cuando empezó a cambiar el fundamento de esta institución, principalmente por las consecuencias que las dos guerras mundiales acarrearían para la infancia: muchos menores se quedaron sin familia. Se comenzó en toda Europa (incluida España) a elaborar una nueva normativa que fomentara la adopción. Realmente, el principio de absoluta superioridad del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo fue recogido en la Declaración de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 (Principios 2 y 3) y en la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (artículos 3.º 1.º, 9.º 1.º, 18.1.º, 21, 37 c, y 40). V. sobre este punto, José María CRUZ CABALLERO, «La adopción en el nuevo derecho alemán» en *RGLJ*, año CXXXV, n.º 6, 2ª época, tomo XCIII (n.º 261), 1986, pp. 851-874. V. Alejandro DE LA VALLINA DÍAZ, «Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción» en *RDP*, junio de 1969, pp. 437-456.

<sup>13</sup> La 12.ª conclusión a la que llegó el Grupo de Expertos que redactaron la *Declaration on Social and Legal Principles Relating to the Protection and Welfare of Children* fue la siguiente: «The primary purpose of adoption is to provide

En nuestro país, la institución adoptiva se regula principalmente en la Sección 2.<sup>a</sup> («De la adopción»: arts. 175 a 180) del Capítulo V («De la adopción y otras formas de protección de menores»: arts. 172 a 180) del Título VII («De las relaciones paterno-filiales»: arts. 154 a 180) del Libro I («De las personas») del CC. Existen otras normas en nuestro ordenamiento que también hacen alusión a esta institución, lo cual presenta un marco jurídico amplio y complejo que no se encuentra recogido en un único cuerpo normativo. Si a esto se une el hecho de que muy probablemente sea la adopción la institución de todo el CC que más ha sido reformada<sup>14</sup>, se comprueba claramente que para estudiarla hay que tener en cuenta multitud de vertientes.

La adopción es una institución que ha sido definida de múltiples maneras por la doctrina civilista. Dependiendo de lo que el autor considerase que era (un contrato, acto o negocio jurídico, perteneciente al Derecho Público o al Derecho Privado), su definición se decantaba por uno u otro sentido. GARCÍA CANTERO<sup>15</sup> la entiende como un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas (aunque no enteramente idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación por naturaleza. SANCHO REBULLIDA<sup>16</sup> afirma que la adopción es el acto jurídico en cuya virtud se establece, entre adoptante y adoptado, una relación semejante a la paterno filial. Por su parte, ALBALADEJO<sup>17</sup> la considera como un acto solemne que da al adoptante (o adoptantes<sup>18</sup>) como hijo al adoptado, creándose así un vínculo de parentesco puramente jurídico, pero con igual fuerza y efectos que si fuera de sangre.

Debe entenderse que la adopción, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, también puede ser llevada a cabo por dos personas, como máximo (cónyuges o pareja de hecho, tal y como establece la DA 3.<sup>a</sup> de la Ley 21/1987) y no sólo por una. El art. 175.4 inciso 1.º CC recoge el que se ha venido llamando «principio de unicidad» al disponer que: «*Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie podrá ser adoptado por más de una persona*». En el caso de adopción por sólo una persona, se habla de adopción individual, mientras que la adopción conjunta será la llevada a cabo por dos. Estoy en desacuerdo con la postura sostenida por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI pues este autor critica la adopción unilateral por considerarla como un medio más de orfandad<sup>19</sup>. En mi opinión, tanto la adopción unilateral como la conjunta, constituyen por sí mismas adopciones propiamente dichas y, si bien es cierto que la realidad biológica demuestra que es necesaria la existencia de un hombre y una mujer para concebir a un hijo, la realidad fáctica ofrece cada día innumerables ejemplos de familias monoparentales que cumplen a la perfección su cometido. Va más allá SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA<sup>20</sup> cuando sostiene que «*Si se quiere realmente integrar al adoptado en una vida familiar normal, la adopción matrimonial ha de ser en la práctica la figura or-*

---

*a permanent family for a child who cannot be cared for by his/her biological family*». VVAA, *Adoption and foster placement of children (Report of an Expert Group Meeting on Adoption and Foster Placement of Children. Geneva, 11-15 december 1978)*, United Nations, New York, 1980, p. 9.

<sup>14</sup> José FERRANDIS VILELLA, «Nuevas perspectivas de la adopción» en *ICADE*, n.º 4, 1985, p. 107.

<sup>15</sup> Gabriel GARCÍA CANTERO, «La adopción» en *Derecho Civil Español, Común y Foral* de José Castán Tobeñas, tomo V, vol. 2.º, Madrid, 1995, pp. 360-361.

<sup>16</sup> Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, de José Luis Lacruz Berdejo, vol. 2.º, Barcelona, 1989, p. 173. Siguiendo a este autor se manifiesta Juana Marco Molina, «Los efectos y la extinción de la adopción» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 188.

<sup>17</sup> Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Barcelona, 1996, p. 275 y ss.

<sup>18</sup> En adelante se hablará de «adoptante» en singular para simplificar la exposición.

<sup>19</sup> José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de Familia. Patria potestad, tutela y alimentos*, Madrid, 1988, p. 171. V. a favor, José MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Barcelona, 2000, p. 96.

<sup>20</sup> Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, «Mantenimiento y extinción de vínculos parentales tras la adopción del hijo del cónyuge: el artículo 178 del Código Civil» en *AC*, n.º 48, tomo 4, 1994, p. 982. V. a favor de la consideración de la familia monoparental como una auténtica familia, Yolanda GÓMEZ, «La familia de un solo sustentador» y «Separación de uno de los adultos sustentadores del grupo familiar» en *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Serie IV: Monografía n.º 18, Madrid, 1990, pp. 272-276 y pp. 276-278, respectivamente.

*dinaria, y la unipersonal la excepción, pues aunque ciertamente existen familias con un solo progenitor (...) lo que no puede mantenerse es que estos casos constituyen el paradigma de una familia normal».*

SERRANO GARCÍA se plantea un curioso supuesto relacionado con las adopciones individuales, ¿qué sucedería si el adoptante (tras haberse constituido la adopción) se casa con uno de los progenitores biológicos del adoptado?<sup>21</sup> Ante el mismo caso se estaría, en mi opinión, si pese a no casarse ambos, progenitor biológico y adoptante, inician una relación *more uxorio*, y también si pese a haberse realizado una adopción conjunta uno de los dos adoptantes fallece y posteriormente el adoptante superviviente convive o se casa con el progenitor del adoptado. Según este autor, la relación biológica podría convertirse en jurídica con posterioridad. Personalmente considero que para que ello sucediera, sería necesario que se instara la adopción por parte del progenitor biológico (pudiendo hacerlo en tanto en cuanto, tal y como sostiene SERRANO GARCÍA, la prohibición de no adoptar a los descendientes se obviaría con la ruptura de vínculos con la familia biológica que generó la adopción, por lo que pese a que en la realidad fáctica esa persona es el progenitor biológico del adoptado, en la jurídica nada le impide adoptar al menor siempre y cuando reúna los requisitos que la normativa exige para ello) y que el Juez la considerara oportuna para el menor, y difícilmente la considerará conveniente si con ello se enmascara la realidad biológica mediante la creación jurídica.

Desde mi punto de vista, la adopción puede ser definida como la institución jurídica mediante la cual nacen, entre adoptante y adoptado, los mismos vínculos jurídicos existentes entre los padres (y las familias de éstos) y sus hijos biológicos, y se extinguen, salvo algunos, los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica<sup>22</sup>. La institución de la adopción es la traducción que realiza el Derecho de la realidad biológica a la realidad jurídica. Tanto la filiación por naturaleza (esto es, la matrimonial y la extramatrimonial) como la adoptiva tienen exactamente los mismos efectos (art. 108 pfo. 2.º CC), los cuales vienen recogidos entre otros, en los arts. 109 y 111 CC. Es la familia<sup>23</sup> el lugar idóneo para el crecimiento del menor<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> V. Ignacio SERRANO GARCÍA, «La adopción según las leyes 21/1987 de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero» en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, pp. 90-91.

<sup>22</sup> No puede considerarse adopción, en el sentido técnico jurídico del término, la denominada «adopción a distancia» o «apadrinamiento», que simplemente consiste en la ayuda económica o material a menores necesitados de otros países, sin que en ningún caso se establezca vínculo de filiación alguno entre ambas partes. V. María Gabriella LANDUZZI, «Adozione a distanza: un dono che impegna» en VVAA, *Famiglia e adozione internazionale: esperienze normative e servizi*, Dir. Eugenia Scabini y Pierpaolo Donati, Studi interdisciplinari sulla famiglia, n.º 15, Milán, 1996, pp. 121-139.

<sup>23</sup> En la doctrina, a lo largo de los años, se han ido generando diferentes acepciones de lo que debe entenderse por familia. El concepto originario de familia romana (donde era imposible formar parte de dos familias a la vez, ya que únicamente se pertenecía a la paterna al no concebirse la posibilidad de que la misma persona se hallara bajo la supervisión de dos *paterfamilias* distintos) ha ido cambiando y evolucionando hasta nuestros días. De esta manera puede seguirse la evolución de su significado y comprobar cómo iba coincidiendo paulatinamente con la mentalidad, cultura y valores de cada época. V. José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «Las relaciones personales en el ámbito de la familia: el «status» del menor» en *La tutela de los Derechos del menor (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil)*, Dir. José Manuel González Porras, Córdoba, 1984, pp. 99-115; Yolanda GÓMEZ, «Origen y evolución de la familia y del matrimonio» y «Sociedades actuales» en *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Serie IV: Monografía n.º 18, Madrid, 1990, pp. 17-69 y pp. 75-175, respectivamente; José D'AGUANNO, «La familia a través de la evolución histórica» en *La génesis y la evolución del Derecho Civil (según los resultados de las ciencias antropológicas e histórico-sociales)*, Trad. Pedro Dorado Montero, Pamplona, 1999, pp. 283-321; M.ª Dolores DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y Francisco HERNÁNDEZ GIL, «La familia y el Derecho de familia» en *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, 1999, pp. 39-65.

Está claro que nuestra CE de 1978, cuando hace referencia a la familia (pese a que no ofrece una definición) no está pensando exclusivamente en la compuesta por un matrimonio, sino que la familia, como afirma BAUTISTA GONZÁLEZ se entiende de «(...) forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio como por la unión extramatrimonial. En igual sentido se ha manifestado la doctrina; para la jurisprudencia, el concepto de familia es extrajurídico y se define como gente que vive en una casa, bajo una misma dirección, siendo este concepto social el protegido por la Constitución, que no distingue entre familia basada en el vínculo matrimonial y familia extramatrimonial (...).» V. Luis María BAUTISTA GONZÁLEZ, «La proble-

El adoptado no sólo pasa a ser hijo del adoptante, sino que también se convierte en un miembro más de su familia (será, pues, nieto de los padres del adoptante, sobrino de los hermanos de éste y hermano de los hijos que tenga). A partir de este momento, la adopción crea un *status familiae* y no sólo un *status filii*<sup>25</sup>.

Retomando lo anteriormente expuesto, hay que afirmar que este cambio de orientación legislativa e interpretativa ha de ser considerado como una evolución positiva ya que no sólo rige este principio de protección del menor en la institución de la adopción<sup>26</sup>, sino que está presente en toda la normativa de protección de menores<sup>27</sup>.

---

mática de las uniones extramatrimoniales en el proceso de familia» en *Usus Iuris*, n.º 7, 1996, p. 10. A favor, la STC 222/1992, de 11 de diciembre, entre otras, y desde el punto de vista doctrinal, puede citarse a Yolanda GÓMEZ, *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Serie IV: Monografía n.º 18, Madrid, 1990, p. 182 y ss; Gabriel GARCÍA CANTERO, «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de Familia» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, pp. 337-353; M.ª Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ, *Protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el derecho Constitucional Español*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1994, p. 147 y ss; Encarna ROCA TRÍAS, «Familia, familias y derecho de la familia» en *ADC*, tomo XLIII, fasc. IV, octubre-diciembre, 1990, pp. 1055-1091, y de la misma autora, V. también, *Métodos y derechos en el Derecho de Familia*, Documents de Treball de la Divisió de Ciències Jurídiques Econòmiques i Socials (Col·lecció de Dret), n.º D96/01, Barcelona, julio, 1996 y *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Madrid, 1999, p. 37 y ss; Gerardo HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Análisis y perspectivas sociodemográficas de las uniones de hecho» en *VVAA, Las uniones de hecho. Una aproximación plural*, Universidad Pontificia de Comillas (Instituto Universitario «Matrimonio y familia»), Nueva Serie, n.º 4, Madrid, 1999, pp. 1-45. Sin embargo, son muchos los autores que han criticado la ubicación sistemática del legislador constituyente cuando separa el matrimonio de la familia. Entre ellos, cabe citar a Gabriel García Cantero, «Familia y Constitución» en *Desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1982, p. 193 y ss. Desde la óptica constitucional, resulta imprescindible estudiar, entre otros, la elaboración doctrinal de: Enrique CASAS BARQUERO, «Aspectos constitucionales y jurídico-positivos sobre la institución de la familia» en *RGD*, n.º 438, año XXVII, 1981, pp. 186-194; Carmen CHINCHILLA MARÍN, «La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en *Aranzadi Civil*, tomo I, 1995, pp. 135-159; Yolanda GÓMEZ, «La Familia» en *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Serie IV: Monografía n.º 18, Madrid, 1990, pp. 247-307. V. también Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «El Derecho de Familia y sus principales reformas tras la Constitución española de 1978» en *VVAA, El derecho y los servicios sociales*, Granada, 1997, pp. 43-73. Para Laura SANZ MARTÍN, «La familia, su naturaleza y finalidad» en *AC*, n.º 19, 1996, p. 416, la familia es: «(...) el conjunto de personas físicas relacionadas entre sí por vínculos conyugales o de parentesco (...)». A favor, V. Yolanda GÓMEZ, *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Serie IV: Monografía n.º 18, Madrid, 1990, p. 275. Personalmente no comparto esta definición puesto que no engloba todos los supuestos que en la actualidad la realidad presenta como relaciones familiares. Una pareja de hecho sin hijos nunca podrá ser considerada como familia, opinión que no comparto. Para profundizar en este tema, resulta interesante el artículo de Mariano ALONSO PÉREZ, «La Familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho Civil» en *AC*, n.º 1, enero de 1998, pp. 1-29. Pese a que no estoy de acuerdo con muchas de las opiniones vertidas por este autor, como ya pondré de manifiesto, he de reconocer que la lectura de este artículo ofrece una visión genérica de las diferentes concepciones de familia que se han ido teniendo a lo largo de la Historia hasta llegar a nuestros días. V. también, Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «La familia en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado» en *REDI*, vol. XLV, n.º 1, 1993, pp. 5-37; y Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Pamplona, 1996.

<sup>24</sup> Éste es el espíritu que impregna, por ejemplo, todo el articulado de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño (arts. 3.2, 5, 7.1, 9, 10). En el pfo. 5.º de su Preámbulo sostiene que los Estados parte declaran estar «(...) convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencias necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad (...)». V. sobre este punto, Tilde LONGOBARDO, «La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo» en *DFP*, n.º 1 y 2, 1991, pp. 370-427. La misma idea se desprende claramente de lo establecido en el art. 22 de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular (BOCG B-152-1, de 6 de octubre de 1995), el cual al final no se incluyó en el texto definitivo de la LO 1/1996. Dicho precepto preveía que: «1. El padre y la madre son los principales responsables de la crianza, cuidado, educación y desarrollo de los hijos menores de edad, cualesquiera que sea su estado civil e independientemente de la filiación de éstos. 2. Los padres podrán determinar libremente el modo de cumplir sus responsabilidades respecto a sus hijos, siempre que ello resulte conforme a la protección del interés de éstos».

<sup>25</sup> V. Enrique RAMOS CHAPARRO, *Ciudadanía y Familia: Los Estados Civiles de la Persona*, Barcelona, 1999.

<sup>26</sup> El art. 176.1 CC prevé que: «La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad».

<sup>27</sup> En Convenios Internacionales ratificados por España, también se hace expresa referencia a este principio de protección del interés del menor. Por ejemplo: el art. 21 de la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de

## 1.2. La adopción en la actualidad: líneas básicas de la institución

La adopción ha sido considerada a lo largo de los siglos de múltiples maneras: como contrato, acto, institución, acto complejo, negocio jurídico, de acuerdo con las diferentes normativas existentes que, como ya he apuntado, inducían a pensar de uno u otro modo<sup>28</sup>. Actualmente, la doctrina civilista considera que la adopción es un acto jurídico, pues se constituye mediante resolución judicial (art. 176.1 CC) que tiene forma de auto, por la que se crea entre adoptante y adoptado un vínculo jurídico que tiene los mismos efectos que el vínculo existente entre los padres e hijos biológicos<sup>29</sup>. Fue la reforma operada por la Ley 21/1987 la que modificó substancialmente la institución. Su Preámbulo afirma que la adopción no es «(...) un simple negocio privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza (...)»<sup>30</sup>. Además, en el primer párrafo sostiene que: «(...) es preciso reconocer que el régimen hasta ahora vigente no ha llegado a satisfacer plenamente la función social que debe cumplir esta institución, a causa de la existencia de una serie de defectos e insuficiencias normativas que la experiencia acumulada con el paso de los años ha puesto de relieve».

La adopción es el instituto que más veces ha sido reformado en el CC. GARCÍA CANTERO<sup>31</sup> sostiene, incluso, que: «(...) no parece exagerado calificar a la adopción de institución mártir, que se ha encontrado en el punto de mira de los caprichos socializantes del legislador, quien da la im-

20 de noviembre de 1989, prevé que: «Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés del niño sea la consideración primordial y (...); y el art. 1.º del CHAI establece que «(...) el Convenio tiene por objeto establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional». V. el artículo de Eulalia Moreno Trujillo, «Actuaciones de protección del menor» en *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997, pp. 58-59.

<sup>28</sup> V. Mariano FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, «La adopción» en *ADC*, año MCMLXXI, tomo XXIV, fasc. III, 1971, p. 685 y ss. Con carácter general sobre la institución adoptiva desde el punto de vista del Derecho español, V. Carmen Victoria RODRÍGUEZ BARRANTES, «La adopción» en *Usus Iuris*, n.º 9, 1996, pp. 49-63; Francisco BLASCO GASCÓ, «La filiación (IV). La adopción» en *Derecho de Familia*, VVAA., Valencia, 1997, pp. 331-340; Inmaculada BUSTOS VALDIVIA, «La adopción» en *Derecho Civil de la persona y de la familia*, Granada, 1999, pp. 213-227.

<sup>29</sup> Pese a ser ésta una opinión sostenida unánimemente por la doctrina y por nuestras normas jurídicas así como en la mayoría de las legislaciones extranjeras, existen argumentaciones que dudan e incluso niegan esta equiparación de los hijos biológicos y los adoptivos. Cabe destacar una reciente STS de 17 de enero de 1998 que ha suscitado bastante polémica porque llega a afirmar que: «El nacimiento genera un vínculo totalmente distinto de la adopción, que es una mera ficción legal, que incluso podría no estar reconocida en el ordenamiento y que cuando lo está, cual ocurre en nuestra legislación, es modulable, como lo demuestra la existencia de la adopción plena y menos plena (figuras ya desaparecidas) o actualmente de la adopción junto al acogimiento familiar». Y no sólo se limitó a ello, sino que ante el recurso presentado por la interesada que estaba basado en la plena equiparación de los hijos independientemente de si son o no biológicos (tal y como sostiene entre otros el mismo art. 14 de nuestra CE), volvió a su argumentación anterior. Pero no era ésta la primera vez que nuestro TS, obviando lo sostenido por nuestro ordenamiento jurídico y la interpretación que del mismo ha venido realizando la más autorizada doctrina, argumentaba su fallo en este sentido. Puede verse la misma orientación en las SSTs de 22 de abril de 1988, de 27 de febrero de 1989 y de 23 de mayo de 1991. Concretamente en la STS de 23 de mayo de 1991 sostenía que: «Los artículos 14 y 39.2 CE no implican una constitucionalización de los derechos de los hijos en punto a su igualdad respecto de los padres más que en los que sean de la sangre, sin posibilidad de discriminación de si son intra o extramatrimoniales como se infiere del párrafo 3 del mismo artículo 39, pero sin que se configure un derecho de igualdad respecto de los adoptivos con relación a la familia del adoptante, pues tan sólo se define este derecho de orden legitimario en la herencia del padre adoptante, y no por disposición constitucional, obviamente, sino a través del artículo 823 del Código Civil, según redacción de la Ley de 13 de Mayo de 1981».

<sup>30</sup> Esto antes sí era mantenido por la doctrina civilista. V. José Alberto RODRÍGUEZ CARRETERO, *La persona adoptada*, Madrid, 1973, p. 27. Existía una disparidad de opiniones sobre la verdadera realidad de la institución; fiel reflejo de ello son las múltiples obras jurídicas en las que se trata esta cuestión. Una síntesis concisa y clarificadora es la que recogen Miguel Ángel DEL ARCO TORRES y Manuel PONS GONZÁLEZ en la voz «Adopción» de su *Diccionario de Derecho Civil*, Pamplona, 1984, p. 76.

<sup>31</sup> Gabriel GARCÍA CANTERO, «Adoptio, semper reformanda est» en *RCDI*, año LXXVI, n.º 660, julio-agosto de 2000, p. 2438.

*presión de haberse servido de ella como caballo de Troya para dinamitar desde dentro las instituciones civiles; cuando no ha sido utilizada como moneda de cambio en determinados traspasos de competencias, o para completar la lista de atribuciones de las Comunidades Autónomas».*

Dado que el objetivo de este estudio se encuentra muy lejos de hacer referencia a la evolución normativa de la institución adoptiva<sup>32</sup>, ha de puntualizarse someramente el vertiginoso cambio que experimentó nuestro ordenamiento con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores<sup>33</sup> (en adelante, Ley 21/1987), si bien lo que en esencia caracteriza a esta reforma es la instauración de un nuevo régimen jurídico de protección de menores<sup>34</sup>. La Ley se inspiró<sup>35</sup>, por lo que a la regulación de la adopción se refiere, en la Ley italiana n.º 184 de 4 de mayo de 1983, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*<sup>36</sup> (en adelante, Ley italiana de 1983)<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> V. a este respecto, mi artículo «Las reformas del Código Civil español y la institución de la adopción» en *AFD de la Universidad de La Laguna*, n.º 20 (en prensa).

<sup>33</sup> BOE n.º 275, de 17 de noviembre de 1987. He de señalar que la rúbrica con la que aparece esta Ley en el BOE (Ley 21/1987 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción) es totalmente inexacta pues esta norma procede a modificar muchos otros preceptos que no se refieren para nada a la adopción. V., Leonardo PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, «El nuevo régimen legal de la adopción» en *RGLJ*, año CXXXVI, tomo XCV, n.º 5, 1987, p. 785. V. sobre la Ley 21/1987 con relación a la adopción, Francisco CASTRO LUCINI, «Notas sobre la nueva Ley de Adopción 21/1987, de 11 de noviembre» en *ADC*, tomo XL, fasc. 4, 1987, pp. 1232-1241; Olayo E. GONZÁLEZ SOLER, «Estudio sobre la Ley de adopción» en *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, n.º 9, 1988, pp. 32-45; Javier GIMENO LAFUENTE, «Adopción: notas acerca de la reforma de la adopción» en *BLAGN*, n.º 87, marzo, 1988, pp. 486-510; Eduardo MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, «Adopción: Comentarios a la reforma de la Ley 21/87 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción» en *BLAGN*, n.º 87, marzo, 1988, pp. 465-485; José Luis PASCUAL ESTEBAN, «La tutela y la guarda de menores por las entidades públicas. El acogimiento. La adopción» en *RDN*, año XXXV, n.º 140, abril-junio, 1988, pp. 270-281; M.ª Luisa LEAL PÉREZ-OLAGÜE, «La adopción: Aspectos jurídicos y sociales» en *Menores*, Cuarta Época, n.º 8, 1988, pp. 34-41; Javier Ramos Sánchez, «Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad» en *La Ley*, vol. 2, 1989, pp. 996-1012; Ignacio SERRANO GARCÍA, «Comentario de los artículos 175 a 180 del Código Civil» en *Comentario al Código Civil*, tomo I, Madrid, 1991, pp. 584-599; Etelvina VALLADARES RASCÓN, «Comentario al artículo 176 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1993, pp. 150-181; José M.ª CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, «Instituciones para la protección de menores» en *AD*, n.º 16, vol. 1, 1995; Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La adopción» en *Compendio de Derecho Civil: Derecho de Familia*, tomo IV, Madrid, 1996, pp. 233-251. A modo de síntesis de la Ley puede verse el artículo de Etelvina VALLADARES RASCÓN, «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción» en *PJ*, n.º 9, Madrid, 1988, pp. 29-59.

<sup>34</sup> V. con relación al Proyecto de Ley del que surgió esta reforma, Mario SIGNES PASCUAL, «En torno al Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de adopción» en *La Ley*, tomo I, 1987, pp. 1073-1077.

<sup>35</sup> FERRANDIS VILELLA intuyó antes de que se produjera la notable influencia que tendría esta norma italiana sobre nuestro legislador. V. José FERRANDIS VILELLA, «Nuevas perspectivas de la adopción» en *ICADE*, n.º 4, 1985 (concretamente «El nuevo régimen de la adopción en Italia»), pp. 111-117). V. también, Teresa PICONTÓ NOVALES, *La protección de la Infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*, Zaragoza, 1996, p. 154, nota n.º 1; Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «El interés del menor como factor de progreso de unificación del Derecho Internacional Privado» en *RJC*, año XCIII, n.º 1, 1994, p. 921.

<sup>36</sup> Publicada en el suplemento ord. A la *Gazzetta Ufficiale*, n.º 133, de 17 de mayo de 1983.

<sup>37</sup> V. sobre la Ley italiana n.º 184 de 1983, entre otros muchos, Massimo DOGLIOTTI, «Luci (ed ombre) nella nuova legge sull'adozione» en *Giustizia Civile*, 1983, pp. 1349-1357; Erik JAYME, «L'adozione internazionale. Tendenze e riforme» en *RDC*, vol. 2, año XXX, 1984, pp. 545-558; VVAA, «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori (l. 4 maggio 1983, n. 184)» en *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n.º 1 y 2, año VII, 1984, pp. 1-248; Alfio FINOCCHIARO, «La L. 4 maggio 1983 N.184, disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori» en *Giustizia Civile*, año XXXVII, enero, fasc. 2, 1987, pp. 52-105; Angelo DAVI, «Problemi di diritto internazionale privato relativi all'applicazione della nuova legge italiana sull'adozione» en *DFP*, tomo I, año XVII, 1988, pp. 481-511; Giovanni MANERA, «Sul modo di computo delle differenze di età tra adottante ed adottato richieste dagli artt. 6 e 30 della legge n. 184 del 1983» en *Il Nuovo Diritto. Rassegna giuridica pratica*, año LXX, fasc. 6, junio, 1993, pp. 451-459; Tommaso AULETTA, *Il Diritto de Famiglia*, Turín, 1993;

La adopción pasó de ser un negocio privado entre los padres biológicos y los adoptantes a ser un acto de resolución judicial (o de la autoridad competente en su caso), según la nueva redacción del art. 176.1 CC, si bien la Administración tiene una intervención fundamental en la fase preadoptiva. También se eliminó la adopción simple, subsistiendo únicamente la adopción que antes equivalía a la plena, lo cual hay que valorar positivamente si se atiende al interés superior del menor<sup>38</sup>. Por otra parte, se modificaron los requisitos necesarios para realizar la adopción, entre los que destacan: la prohibición de estraneidad<sup>39</sup>; se establece expresamente el carácter secreto de las adopciones; se recoge un nuevo procedimiento para realizar las adopciones mediante la figura del acogimiento preadoptivo<sup>40</sup> y a la vez se prevé la figura del acogimiento como autónoma a la adopción; se modifica el procedimiento de adopción, simplificándolo (por ejemplo, con la supresión de la necesidad de intervención del notario en el proceso adoptivo<sup>41</sup>, lo cual también implica una disminución de los costes económicos que toda adopción acarrea); la edad para poder adoptar pasa de treinta a veinticinco años y también disminuyen los años de diferencia de edad que deben mediar entre adoptante y adoptado, pasando a ser de dieciséis a catorce; se delimita el concepto de desamparo<sup>42</sup> (que sustituye al anterior de abandono); se reconoce excepcionalmente la posibi-

---

Guido ALPA, «VI. La famiglia. Adozione» en *Instituzioni di Diritto Privato*, Turín, 1994; Giovanni MANERA, «Sul decreto de idoneità quale primo atto del procedimento di adozione internazionale» en *Il Nuovo Diritto. Rassegna giuridica pratica*, año LXXI, fasc. 12, diciembre, 1994, pp. 1105-1110; Pasquale STANZIONE, «Interesse del minore e *statuto* dei suoi diritti» en *Studi in memoria di Gino Gorla*, tomo II, Milán, 1994, pp. 1747-1769; Mario BESSONE y otros, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Bolonia, 1995; Adriana BEGHÈ LORETI, «Problemi e prospettive dell'adozione internazionale» en VVAA, *Famiglia e adozione internazionale: esperienze normative e servizi*, Dir. Eugenia SCABINI y Pierpaolo DONATI, Studi interdisciplinari sulla famiglia, n.º 15, Milán, 1996, pp. 15-36; Luigi Fadiga, «L'adozione internazionale e i tribunali per i minorenni» en VVAA, *Famiglia e adozione internazionale: esperienze normative e servizi*, Dir. Eugenia Scabini y Pierpaolo Donati, Studi interdisciplinari sulla famiglia, n.º 15, Milán, 1996, pp. 37-53; Francesco GALGANO, «Adozione» en *Dizionario Enciclopedico del Diritto*, vol. I, Milán, 1996, pp. 38-39; Gabriella Autorino STANZIONE, *Diritto di Famiglia*, Turín, 1997.

<sup>38</sup> Pese a esta afirmación, existen hoy en día voces doctrinales que defienden la reaparición de la adopción simple en los ordenamientos occidentales que la han eliminado. V. sobre este punto, Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero (una lectura del art. 9.5.º CC a la luz del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993)» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 181-202 (en especial, p. 199 y ss.), si bien este autor opta más que por un resurgimiento de la adopción simple, por su convertibilidad en plena mediante el proceso de reconocimiento.

<sup>39</sup> Según FELIÚ REY, por «estraneidad» se entiende «(...) la inexistencia de vínculos parentales –y matrimoniales– entre los sujetos que conforman la relación adoptiva». V. Manuel Ignacio FELIÚ REY, *Comentarios a la Ley de Adopción*, Madrid, 1989, p. 100. Pese a que ha de considerarse esta introducción como altamente positiva, ya que salvaguarda el derecho del adoptado a conocer sus orígenes una vez que sea mayor de edad, la doctrina de la época no se manifestó unánimemente conforme. V., en contra de la prohibición de estraneidad, Ramón DURÁN RIVACOBA, «Adopción por los abuelos maternos contra la voluntad del progenitor (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1989)» en *La Ley*, n.º 3, 1989, pp. 838-844 (en particular, p. 844).

<sup>40</sup> Si bien en algunos países es necesario constituir antes que la adopción un acogimiento preadoptivo (como sucede en Italia), en España esto no ocurre así, puesto que ni era preciso con la Ley 21/1987 ni con la LO 1/1996. V. Antoni VAQUER ALOY, «El acogimiento preadoptivo» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, pp. 117-145.

<sup>41</sup> Los argumentos que justificaban la eliminación de la fase notarial en la adopción vienen recogidos en el estudio de Pilar BRIOSIO DÍAZ, *La constitución de la adopción en Derecho Internacional Privado*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, p. 33 y ss.

<sup>42</sup> V. con relación al concepto de desamparo introducido por esta Ley 21/1987: Pedro DE PABLO CONTRERAS, «Comentario al artículo 172 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Madrid, 1993, pp. 35-88; Bartolomé VARGAS CABRERA, «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. (Interpretación sistemática de la Ley 21/1987)» en *ADC*, tomo XLIV, fasc. I, 1991, pp. 611-695; Etelvina VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo» en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, pp. 2041-2067; y dado que las CCAA también han promulgado normas en las que se hace alusión, entre otros muchos, al concepto de desamparo, cabe citar, entre otros, el estudio de Dolores PALACIOS GONZÁLEZ, *Aspectos civiles de la protección de menores en el Principado de Asturias*, Oviedo, 1999, p. 35 y ss.; y el de Santiago ESPIAU

lidad de la adopción *post mortem*; se introduce la posibilidad de la adopción por parte de la pareja de hecho; se amplía la intervención de la Administración y de las entidades colaboradoras; se suprime la exigencia de que el adoptante debía disponer «del pleno uso de los derechos civiles» o «hallarse en el ejercicio de todos sus derechos civiles»<sup>43</sup>; y, por último, se eliminan las prohibiciones eclesiásticas o de estatuto religioso, pues carecían de sentido tras la entrada en vigor de la CE. PÉREZ ÁLVAREZ<sup>44</sup> reconoce que la nueva normativa se hizo eco de las exigencias y las propuestas de *lege ferenda* que la doctrina autorizada había llevado a cabo al respecto, encontrando el origen de las deficiencias de índole técnico-jurídico de esta norma en la ausencia de la Comisión General de Codificación en el *iter* prelegislativo de la misma.

La LO 1/1996<sup>45</sup>, por su parte, engloba dos grandes grupos de normas: normas programáticas (principios genéricos que establecen pautas orientativas a los poderes públicos) y normas de conflicto (reglas jurídicas de aplicación concreta que indican al órgano judicial la solución de los concretos supuestos que se le presenten)<sup>46</sup>. Aunque *a priori* la clasificación realizada pudiera tener únicamente interés en el ámbito teórico, ello no es así: su repercusión práctica es incuestionable, en tanto en cuanto las normas programáticas serán de aplicación a los menores independientemente de la situación en que éstos se hallen, cosa que no sucede con las normas de conflicto, las cuales sólo podrán ser aplicadas si previamente el menor se encuentra en una situación prevista expresamente en ella (como sería por ejemplo, encontrarse en riesgo o desamparo<sup>47</sup>). De todas ma-

---

ESPIAU «La situación de desamparo y las medidas de protección» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, pp. 71-86, donde analiza básicamente normativa de la CA catalana. El desamparo es, en definitiva, la situación que se produce como consecuencia de un incumplimiento de los deberes de asistencia y guarda que ostentan los titulares de la patria potestad.

<sup>43</sup> Estas expresiones habían originado en la práctica ambiguas interpretaciones. Piénsese que bastaba con que una persona fuese declarada judicialmente pródiga para que ya no pudiera realizar una adopción. No obstante, sobre este punto se volverá más adelante, concretamente cuando analice los requisitos que se precisan para llevar a cabo una adopción.

<sup>44</sup> V. Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, p. 51 y ss.

<sup>45</sup> Diego ESPÍN CÁNOVAS, «Aproximación a la Ley Orgánica de protección jurídica del menor de 15 de enero de 1996» en *ARAJL*, n.º 27, 1997, pp. 107-133 (en particular, pp. 114-115). Para BORRÁS RODRÍGUEZ, por ejemplo, «(...) la Ley del menor añade poco a la situación anterior y es muy limitada en su contenido, como resultado de un complejo proceso de preparación». V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del menor» en VVAA, *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1997, p. 198. V., con carácter general sobre la Ley, entre otros muchos, Teresa GISBERT JORDÁ, «Ley de Protección Jurídica del Menor» en *BIMJ*, n.º 1776, Madrid, 1996, pp. 2585-2608; Olayo E. GONZÁLEZ SOLER, «Algunas consideraciones sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor» en *Revista de la Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil (Bienestar y protección infantil)*, año II, n.º 3, 1996, pp. 6-22; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, «Análisis de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor» (Resumen de las reuniones de las Comisiones Técnicas Interautonómicas celebradas del 12 al 14 de marzo y el 17 y 18 de abril de 1996), Madrid, 1996; Manuel RIVERA FERNÁNDEZ, «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor» en *RGD*, año LII, n.º 621, 1996, pp. 6501-6531; Elsa SABATER BAYLE, «La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor» en *AJA*, año VI, n.º 241, 1996, pp. 1-4; Francisco Javier GARCÍA MÁS, «Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor» en *AC*, n.º 34, vol. 3.º, 1997, pp. 805-842; Félix PANTOJA GARCÍA, *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Madrid, 1997; Joaquín Rivera Álvarez, «La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes» en *CTS*, n.º 10, 1997, pp. 75-92; Carlos VARELA GARCÍA, «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto» en *AC*, n.º 12, 1997, pp. 261-282; Félix PANTOJA GARCÍA, «Unas notas a las instituciones de protección de menores modificadas por la Ley Orgánica 1/96» en *El menor en la legislación actual*, Madrid, 1998, pp. 107-121; María LINACERO DE LA FUENTE, «La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero» en *AC*, tomo 4, 1999, pp. 1573-1626.

<sup>46</sup> V. Carlos VARELA GARCÍA, «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto» en *AC*, n.º 12, 1997, pp. 261-282.

<sup>47</sup> Tanto el concepto de «riesgo» como el de «desamparo» son conceptos jurídicos indeterminados. Ello conlleva apañada necesariamente la valoración subjetiva, hermenéutica, por parte de los poderes públicos. Tal y como apunta Manuel

neras, si se sigue la elaboración parlamentaria de la Ley<sup>48</sup> se aprecia claramente cómo realmente la primera parte se añadió al final mediante unas enmiendas. Las normas programáticas se limitan a recoger derechos de los menores (si bien no todos: se olvida, entre otros, del derecho a la salud, a la educación, a pesar de que estos derechos sí se hallaban recogidos en la Proposición de Ley de 6 de octubre de 1995, arts.13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19, que presentó el Grupo Parlamentario Popular, BOCG B-152-1). Pese a ello, dicha enumeración de derechos es repetitiva, en tanto en cuanto los mismos ya se encuentran reconocidos genéricamente para todas las personas, y también defectuosa, puesto que se mezclan derechos de la personalidad y derechos fundamentales con otros, tales como por ejemplo el derecho a la audiencia (que no parece ser un derecho fundamental)<sup>49</sup>. Dentro del segundo grupo de normas hay que entender comprendidas las modificaciones e innovaciones que hace la LO 1/1996 en artículos del CC y de la LEC<sup>50</sup>.

---

Andrés NAVARRO ATIENZA, «La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados» en *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997, pp. 180-181, el concepto de riesgo es definido por la LO 1/1996 como el que se da cuando existe una situación que perjudique el desarrollo personal o social del menor, siempre que no sea necesaria la asunción de la tutela por ministerio de la Ley; mientras que el de desamparo (que en definitiva viene a ser un calco de lo previsto en la Ley italiana de 1983) se halla asociado a una situación que se produce a causa del incumplimiento, o del posible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. En situación de riesgo, al menor no se le puede separar, en principio, de su familia, mientras que si se trata de una situación de desamparo sí que se le puede (y debe) separar. V. también al respecto, Pedro DE PABLO CONTRERAS, «Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor» en VVAA, *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor*, La Coruña, 1999, pp. 49-62; Margarita FERNÁNDEZ ARROYO, «Algunos aspectos de desamparo de menores en la Ley extremeña 4/94, de 10 de noviembre, de protección de menores» en *AFD de la Universidad de Extremadura*, vol. 17, 1999, pp. 315-354.

<sup>48</sup> V. el Proyecto de Ley tal y como fue aprobado en su momento por la Mesa del Congreso de los Diputados (BOCG A-117-1 de 16 de mayo de 1995). Compárese con el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior sobre dicho proyecto (BOCG A117-14 de 23 de noviembre de 1995). V. también, en el mismo sentido la intervención de la diputada Urán González por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya en el debate a la totalidad del Proyecto de Ley del menor y de modificación parcial del Código Civil de 16 de mayo de 1995, recogida en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 28 de septiembre de 1995, n.º 172, p. 9210-9211.

<sup>49</sup> Estas ideas ya las planteó en su momento la diputada DEL CAMPO CASASÚS. Concretamente ponía de manifiesto que: «(...) no es cierto que no exista legislación que declare y proteja los derechos del menor en España. (...) La Convención de los Derechos del Niño (...) existe, y (...) recoge (...) los derechos del menor, esos derechos de identidad, nacionalidad, salud, intimidad y propia imagen, educación, libertad de pensamiento y expresión (...) tendría sentido una ley de derechos del menor que procediese a una mejor desarrollo de tales derechos, a una ampliación, a detallar extremos relativos a ellos (...). Lo que no tiene sentido es una nueva declaración de derechos que sea una mera enunciación, y además, una enunciación resumida de lo que contiene la Convención de los Derechos del Niño (...)». Lo ideal hubiera sido que esta primera parte incluyera normas concretas de Derecho Privado. V. Carmen DEL CAMPO CASASÚS, «El proyecto de Ley de Protección Jurídica del Menor y su debate parlamentario» en *Ciencia Policial*, n.º 34, enero-febrero 1996, pp. 9-20. La doctrina civilista más autorizada también se ha hecho eco de esta innegable realidad. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, «El derecho civil de la postmodernidad» en *AFD de la Universidad de La Laguna*, n.º 15, 1998, pp. 348-349 sostiene que: «(...) la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (...) opta, no por modificar el articulado del Código en lo que hiciera falta, sino por convertir en artículos de una nueva Ley los preceptos de la Convención que los Derechos del Niño de 1989, que ya era Derecho interno. Daba más imagen, se ha dicho, una Ley especial que llevara como nombre propio a su destinatario (en el caso, el menor), que acometer una reforma en profundidad del Código civil. Por lo demás, cuando esta Ley ha querido no limitarse a reproducir los artículos de la Convención y ha ido más allá, dando entrada a alguna originalidad, ha olvidado la existencia de leyes anteriores que regulaban las mismas cuestiones (...). Sin embargo, el Grupo Parlamentario Popular propuso la elaboración de una Ley de Derechos de los Menores. V. María Bernarda BARRIOS CURBELO, «Debate parlamentario en materia de menores» en *Ciencia Policial*, n.º 34, enero-febrero 1996, pp. 21-39.

<sup>50</sup> V. el análisis sobre el contenido de las modificaciones en los siguientes artículos: Manuel RIVERA FERNÁNDEZ, «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor» en *RGD*, año LII, n.º 621, 1996, pp. 6501-6531; Mariano ALONSO PÉREZ, «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras» en *AC*, n.º 2, 1997, pp. 28-39; Francisco Javier GARCÍA MÁS, «Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor» en *AC*, n.º 34, vol. 3.º, 1997, pp. 805-842.

La LO 1/1996, según ALONSO PÉREZ<sup>51</sup>, pretende «(...) dotar al menor de un status jurídico más allá incluso de las mismas previsiones constitucionales y de la normativa del Código Civil», poniendo como eje central de su articulado el principio de protección del interés superior del menor. PÉREZ ÁLVAREZ<sup>52</sup> acierta al afirmar que «(...) la Ley de 15 de enero de 1996 constituye una disposición legal que, asumiendo los principios de la reforma de 1987, los lleva más allá dándoles contenido explícito y desarrollándolos. Junto a lo anterior, la Ley de 1996 corrige ciertos defectos o insuficiencias del régimen que deroga y además resuelve ciertas contradicciones que tenían su origen en la reforma de 1987».

El art. 1 LO 1/1996 dispone que:

*«La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.»*

El criterio por el que se rige este precepto es el de la territorialidad, entendiéndose que lo dispuesto en la norma es, con carácter general, aplicable a todos los menores que se encuentren en nuestro país independientemente de las condiciones en las que los mismos estén, pues el precepto no diferencia entre residencia legal o ilegal: únicamente se basa en la situación de minoría de edad del menor. Pese a ello, se plantean ciertas cuestiones relacionadas con este precepto. Es evidente, como se ha puesto de manifiesto, que la Ley sostiene un concepto de menor en sentido amplio ya que al no distinguir, parece englobar a todos los que sean menores de dieciocho años. Ello no obsta que la misma pueda ser de dudosa aplicación a otros menores que reúnen ciertas particularidades<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Mariano ALONSO PÉREZ, «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras» en *AC*, n.º 2, 1997, p. 22.

<sup>52</sup> Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, «La adopción en el sistema vigente de protección de menores» en *VVAA, Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, p. 159 y 173 y ss.

<sup>53</sup> ¿Se aplica la Ley a los menores emancipados, al *nasciturus*, a los menores incapacitados y/o a los menores extranjeros? a) Los menores emancipados. En mi opinión la LO 1/1996 sí engloba a los menores emancipados, básicamente por aplicación del principio de protección del interés superior del menor y porque el art. 1 establece claramente una edad (inferior a 18 años). V. en contra, Manuel RIVERA FERNÁNDEZ, «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor» en *RGD*, año LII, n.º 621, 1996, p. 6503. No me estoy refiriendo únicamente a que debe aplicarse la primera parte de la Ley (donde se enumeran una serie de derechos que les amparan) sino también la segunda. V., a favor, José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1999, p. 402. En puntos sucesivos, trataré con más profundidad esta cuestión. No obstante, me parece conveniente puntualizar la anterior afirmación en el sentido que lleva a cabo ALONSO PÉREZ, cuando afirma que «(...) las ventajas y beneficios que esta Ley dispensa a los menores de edad se extienden a los emancipados en la medida en que su capacidad ampliada ex art. 323 CC no les coloque en el ámbito de la mayoría de edad». Mariano ALONSO PÉREZ, «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras» en *AC*, n.º 2, 1997, p. 40. A favor, V. Francisco Javier GARCÍA MÁZ, «Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor» en *AC*, n.º 34, vol. 3.º, 1997, p. 807. RIVERO HERNÁNDEZ entiende que con carácter general al menor emancipado ha de considerársele menor «(...) en todo lo que no afecte a la emancipación y sus efectos, es decir, a su no sometimiento a la patria potestad o tutela». Francisco Rivero Hernández, *El interés del menor*, Madrid, 2000, p. 48. b) El *nasciturus*. La mayoría de la doctrina sostiene que al *nasciturus* no se le puede aplicar la Ley pues para ello debería haber nacido, según lo que establecen los arts. 29 y 30 CC. El problema radica en determinar si el mismo puede tener la condición de menor. Ante una respuesta afirmativa, sí le sería de aplicación la norma, y si se opta por la negativa no le sería aplicada. La cuestión es discutible en tanto en cuanto en el CC se encuentran preceptos que conceden derechos al no nacido (tales como poder recibir herencias y donaciones). A este problema me dedicaré detenidamente con posterioridad (concretamente a la hora de determinar si es viable la adopción de un concebido pero no nacido), puesto que como se puede imaginar, no se está ante una materia pacífica ni sobre la que haya unidad de opiniones. c) La situación de los menores discapacitados. Es indiscutible y unánime en la doctrina el hecho de que la Ley

La LO 1/1996 modifica algunos artículos del CC que son aplicables a la adopción, si bien las principales modificaciones<sup>54</sup> que lleva a cabo afectan a la institución del acogimiento (arts. 173 y

---

es aplicable a los menores que se encuentren en estas circunstancias. Pese a ello, la norma guarda silencio con respecto a los mismos, es decir, en ningún precepto hace alusión expresa a las particularidades de estos menores, que gozan si cabe, tal vez por esas mismas circunstancias excepcionales en las que se encuentran, de especial protección. En mi opinión, de *lege ferenda* debería incluir esta Ley normas específicas respecto a menores con discapacidades físicas y/o psíquicas, al igual que lo hace el art. 23 de la Convención de Derechos del Niño de 1989, que es también derecho interno. Esto sí lo han hecho algunas leyes autonómicas (como por ejemplo la Ley de la CA Canaria 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, en su art. 23). Podría plantearse, incluso, la conveniencia de incluir en un apartado específico y haciendo las oportunas salvedades, a los mayores de 18 años que están incapacitados, sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada. d) Los menores extranjeros. En mi opinión, que, al igual que sucede en las leyes autonómicas dictadas en esta materia, la LO 1/1996 también se aplica a los menores extranjeros, pues nada obsta a una interpretación en este sentido V. a favor, Cristina DE LORENZO BROTONS, «Adopciones internacionales irregulares o no reconocidas en España: situación jurídica de los menores extranjeros desplazados a España con motivo de su adopción» en *RMTAASS*, n.º 20, 1999, p. 112. V. Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Algunas consideraciones de las leyes de la infancia y de la adolescencia de las Comunidades Autónomas» en *VVAA, I Jornadas de Protección al Menor en España y su protección hacia Iberoamérica*, Madrid, 1999, pp. 157-167 (en especial, p. 159). Es más, tal conclusión se extrae no sólo de la aplicación del principio del interés del menor, sino de la misma Ley, cuando establece en su art. 1 que: «La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad». Como afirma ESPINAR VICENTE: «(...) si a tenor de lo establecido en el artículo 9 del Código Civil una persona no ha alcanzado la mayoría de edad a los dieciocho años gozará, entonces, de la protección que le depara esta Ley. Ahora bien, aunque sea menor de edad a la luz de su ley personal, esta protección no le cubre en el caso de que hubiere cumplido ya los dieciocho años». V. José M.ª ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre Teoría General de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1997, pp. 148-151. Existen pues, según este autor, dos estatutos marco del menor extranjero en nuestro país: «(...) uno para que, siendo menores a la luz de su ley personal, no hayan cumplido los años en los que nuestro sistema sitúa la mayoría de edad y otro para los demás». Por todo ello, concluye que: «(...) lo que quiere decir la Ley Orgánica de Protección del Menor es que la extranjería de quien no ha cumplido los dieciocho años sólo tiene relevancia si existe una ley suficientemente próxima que le considere mayor de edad, en cuyo caso el principio de igualdad exige que sea tratado de la misma forma en la que sería tratado un español que se hallase emancipado por configurar las circunstancias establecidas en el artículo 314 del Código Civil». No obstante, incluso cuando el menor extranjero de acuerdo con lo previsto en su ley nacional, continúe siendo menor de edad, pueden plantearse dudas con relación a la posibilidad de que se le aplique la LO 1/1996. Ello viene originado básicamente porque dicha Ley, en su art. 10.3 puntualiza unos derechos concretos para los menores extranjeros (cuando establece que todos ellos tienen derecho a la educación, y en especial, los que se hallen en una situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración tienen derecho a la asistencia sanitaria y demás servicios públicos). Parece, en principio, que si se aplica la máxima de que prima la ley especial sobre la general, tan sólo los preceptos que aluden expresamente a los menores extranjeros les son aplicables, y no lo sería consecuentemente, el resto del articulado. Esta argumentación parece verse de alguna manera refrendada por la intervención de la Ministra de Asuntos Sociales, Cristina Alberdi, en el debate a la totalidad del Proyecto de Ley del menor y de modificación parcial del Código Civil de 16 de mayo de 1995, ésta expresaba que «(...) esta ley va a ser una ley para todos los niños y niñas españoles (...)». V. el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 28 de septiembre de 1995, n.º 172, p. 9209. En mi opinión, tal interpretación del ámbito de aplicación de la LO 1/1996 sería totalmente contradictoria con el espíritu del que se encuentra impregnada la misma y que aparece claramente reflejado en su art. 1 cuando no establece mayor límite para su aplicación que la minoría de edad del menor (atendiendo a lo que por tal se entiende en nuestro Derecho y a lo que a tal efecto prevé su Ley nacional) y el ámbito territorial español. Si se hubiera utilizado un criterio interpretativo contrario a la protección del interés superior del menor (que no conoce de nacionalidades ni de ilegalidades) se hubiera llegado a otra solución. Para justificar la inclusión del art. 10 LO 1/1996, he de decir que el legislador quiso puntualizar una serie de derechos que han venido suscitando reacciones de la opinión pública que exigía soluciones a problemas relacionados con esos derechos, hoy ya expresamente reconocidos por nuestro ordenamiento. Refuerza esta interpretación la circunstancia ya apuntada de que la Ley no recoge con exhaustividad todos los derechos y deberes que tienen los menores que se encuentran en nuestro país, sino que hay otros muchos que escapan al texto de su articulado y que sin embargo se encuentran plenamente vigentes.

<sup>54</sup> Una sencilla y clarificadora síntesis de las principales modificaciones de la LO 1/1996 la realiza Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ en su artículo «La desprotección social del menor: Una visión general en materia de instituciones de protección de menores» en *VVAA, La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor*, La Coruña, 1999, p. 26. Coincido con este autor cuando afirma que la citada Ley no es propiamente una disposición legal que instaure en sede civil un nuevo régimen en materia de protección de menores, pues en realidad se trata de una norma que, asumiendo los principios de la reforma de 1987, los lleva más allá, dándoles

173 bis CC)<sup>55</sup>. Para dejar claro que esta materia se regulará por la legislación civil aplicable, introduce el art. 24, que junto con el 25 (relativo a la adopción internacional), constituyen la totalidad del Capítulo III («De la Adopción»), del Título II («Actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores»). Dicho art. 24 LO 1/1996 prevé que:

*«La adopción (tanto la nacional como la internacional) se ajustará a lo establecido por la legislación civil aplicable.»*

Tal y como afirma VERDERA SERVER<sup>56</sup>, *«la evolución normativa que comenzara con la Reforma de 1958 se ha detenido ya, tras alcanzar el vínculo adoptivo el máximo de efectos que la Ley re-*

contenido explícito y desarrollándolos. Además, la Ley corrige ciertos defectos o insuficiencias del régimen anterior y resuelve ciertas contradicciones que traían su causa de la reforma de 1987. V. principalmente las pp. 33-34 de la *ob. cit.* Duramente se manifiesta GARCÍA CANTERO con la modificación de la institución de la adopción que lleva a cabo la LO 1/1996. V. a este respecto, Gabriel GARCÍA CANTERO, *«Adoptio, semper reformanda est»* en *RCDI*, año LXXVI, n.º 660, julio-agosto de 2000, p. 2448 y ss.

<sup>55</sup> Cito bibliografía, por orden cronológico de publicación, sobre esta institución: Pedro Amorós Martí, *La adopción y el acogimiento familiar*, Madrid, 1987; Pilar de La Maza Díaz, «Notas sobre el *affidamento* familiar en el derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código Civil español» en *RGLJ*, n.º 6, 1987, pp. 959-1007; Aleix Ripoll-Millet y Glòria Rubiol, *L'Acolliment familiar*, Barcelona, 1988; Francisco de Asís Sancho Rebullida, «IV. Acogimiento y adopción» en *El nuevo régimen del Derecho de Familia*, VVAA, Madrid, 1989, p. 82 y ss.; José Manuel Ruiz-Rico Ruiz, *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, Granada, 1989; Carlos Vázquez Iruzubieta, *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, RDP, Madrid, 1989; Alex Ripoll-Millet, *El acogimiento familiar*, Madrid, 1990; José Méndez Pérez, *El acogimiento de menores: comentarios, procedimientos, formularios, textos legales*, Barcelona, 1991; M.ª Teresa Alonso Pérez, «Acerca del prohijamiento en Derecho navarro» en *RJN*, n.º 12, 1991, pp. 135-154; Leticia García Villaluenga, «El acogimiento familiar como recurso de protección de menores» en *CTS*, n.º 4-5, 1991-1992, pp. 89-103; Equipo Jurídico DVE, «El acogimiento» en *Todo sobre la adopción*, Barcelona, 1992, pp. 37-49; Stefano Cirillo, *Famiglie in crisi e affidamento familiare*, Madrid, 1993; María Pilar Ferrer Vanrell, «El acogimiento familiar en la Ley 11/1987, de 11 de noviembre, como modo de ejercer la potestad de guarda» en *ADC*, n.º 1, 1993, pp. 163-217; Aurora González González, «El acogimiento familiar» en *RJA*, n.º 16, 1993, pp. 61-115; Luis Rodríguez Sol, «La protección y acogimiento de menores en el Derecho español» en *La Ley*, año XIV, n.º 3223, 1993, pp. 1097-1116; Eduardo Hijas Fernández, «Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)» en *AC*, n.º 2, 1995, pp. 35-58; Concepción Barjau Capdevila, «Acogimiento familiar, un medio de protección infantil» en *Manual de protección infantil*, Coord. Joaquín de Paul Ochotorena y M.ª Ignacia Arruabarrena Madariaga, Barcelona, 1996, pp. 359-390; Rafael Fluiter Casado, «Acogimiento y adopción» en *CDJ: Jurisdicción Voluntaria*, n.º 16, 1996, pp. 279-336; Inés Morales Dorado, «El acogimiento y la nueva Ley de Protección Jurídica del Menor» en *AJEE*, época II, n.º XXX, 1997, pp. 503-544; Federico Rodríguez Morata, «El acogimiento de menores» en *ArC*, vol. III, tomo I, 1997, pp. 135-155; Juan Luis Sevilla Bujalance, «El papel de las entidades públicas de protección de menores tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero» en *AP*, n.º 1794, 1997, pp. 823-839; Joan Egea Fernández, «El acogimiento familiar» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, pp. 87-116; Francisco Segura Sancho, «La intervención judicial en la protección de menores, la situación de desamparo, el acogimiento y la adopción» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, pp. 222-227; Antoni Vaquer Aloy, «El acogimiento preadoptivo» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, pp. 117-145; Amparo Estellés Cortés, *El acogimiento familiar en la Comunidad Valenciana: familias educadoras: doce años de experiencia en Valencia*, Valencia, 1999; Cristina Vicent López, «El acogimiento preadoptivo en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor» en *RGD*, n.º 652-653, 1999, pp. 85-99; Defensor del Pueblo Andaluz, *El sistema de protección de menores (Informe especial al Parlamento de julio de 1999)*, tomos II (Las medidas de acogimiento residencial) y III (Anexos), Sevilla, 1999; Carlos Javier Vattier Lagarrigue, «Contribución al estudio del acogimiento» en VVAA, *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Burgos, 1999, pp. 127-171; VVAA, «Y después... ¿Qué? Estudio de seguimiento de casos que fueron acogidos en residencias de protección de menores en el Principado de Asturias» en *Documentos de Política Social*, n.º 4, Consejería de Servicios Sociales del Principado de Asturias, Oviedo, 1999; Helena Diez García, «Desamparo de menores y acogimiento» en *ArC*, tomo III, 1999, pp. 2239-2270; Gloria Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico*, Granada, 2000; M.ª Begoña Fernández González, «Visión general del acogimiento familiar» en *AC*, n.º 15, 2000, pp. 1685-1695; Rosa M.ª Moreno Flórez, «Comentario al art. 173 CC» en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 2.º, Coords.: Joaquín Rams Albesa y Rosa M.ª Moreno Flórez, Barcelona, 2000, pp. 1575-1588.

<sup>56</sup> Rafael VERDERA SERVER, «Adopción y principio de igualdad. (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)» en *RDPC*, n.º 13, 1999, p. 335.

*conoce a cualquier clase de filiación: el art. 108 CC supone la culminación de esa progresión. Las reformas de 1987 y 1996, que han supuesto importantes cambios procedimentales y de categorías en la adopción, no han variado esa consecuencia fundamental».*

## II. PRINCIPIOS QUE CARACTERIZAN LA INSTITUCIÓN ADOPTIVA

### 2.1. El «interés superior del menor» como principio orientador de toda la normativa de protección de menores. Su influencia en la institución adoptiva

Como ya he comentado, al igual que la mayoría de los derechos de los menores, el principio *tout pour l'enfant*<sup>57</sup>, del interés superior del menor o *favor minoris*, no ha estado presente a lo largo de la Historia de una manera activa y patente. Ha sido un largo camino el que se ha tenido que recorrer para llegar a la normativa actual<sup>58</sup>, reconocedora de este interés que actualmente aparece recogido en los distintos ordenamientos nacionales y normas internacionales, así como en todos los ámbitos de la jurisprudencia. No obstante, lo cierto es que el «interés del menor» es un concepto jurídico abstracto e indeterminado<sup>59</sup> (si bien relativamente), lo cual implica aparejada necesariamente una labor hermenéutica del mismo<sup>60</sup>. Ciertamente existen unos criterios objetivos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de ser valorado este interés pero es indudable que también habrán de ponderarse aspectos subjetivos que individualizan cada caso concreto<sup>61</sup>. Puede ser determinado discrecionalmente (que no arbitrariamente) en cada caso concreto por el Juez<sup>62</sup> y de manera más general y en primer término, por las personas que están a cargo del menor (tales como los padres, en el ejercicio de la patria potestad, representantes legales). De lo que en definitiva se trata es de proteger al menor. Como sostiene ROCA TRÍAS<sup>63</sup>, «partiendo de la base de que el menor es titular de derechos fundamentales porque tiene personalidad jurídica desde el momento de su nacimiento (de acuerdo con el art. 29 CC), el principio del interés del menor se identifica con la protección de aquellos derechos que el Ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales a las personas». Éste es en última instancia el contenido de este principio, por lo que salvaguardando los derechos fundamentales del menor en el caso

<sup>57</sup> V. Luis DÍEZ-PICAZZO Y PONCE DE LEÓN, «El principio de protección integral de los hijos (*Tout pour l'enfant*)» en *La tutela de los Derechos del menor (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil)*, Dir. José Manuel González Porras, Córdoba, 1984, pp. 127-131.

<sup>58</sup> V. M.<sup>a</sup> Dolores FERNÁNDEZ CASADO «Una aproximación al principio del interés superior del menor» en *Protección Jurídica del Menor*, Granada, 1997, pp. 247-252; Francisco Rivero Hernández, *El interés del menor*, Madrid, 2000, p. 23 y ss.

<sup>59</sup> En este sentido se pronuncia Bartolomé VARGAS CABRERA, «El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor» en VVAA, *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor*, La Coruña, 1999, pp. 11-21. V. con carácter general, Juan IGARTÚA SALAVERÍA, «El indeterminado concepto de los conceptos indeterminados» en *RVAP*, n.º 56, enero-abril, 2000, pp. 145-162.

<sup>60</sup> V. a este respecto, Manuel Andrés NAVARRO ATIENZA «La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados» en *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997, pp. 177-182.

<sup>61</sup> V. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Madrid, 2000.

<sup>62</sup> V. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Intervención judicial en la determinación del interés del menor» en *El interés del menor*, Madrid, 2000, pp. 233-243. Tal y como propone Carmen SÁNCHEZ HERNÁNDEZ en su artículo, «Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión» en *AC*, n.º 12, marzo 1999, p. 308, «(...) este interés del menor no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia del Juez a partir de la valoración de una serie de circunstancias que adquiere a lo largo del proceso, con base a los datos aportados por las partes interesadas, para lo cual debe prescindir de sus principios personales, convicciones políticas, religiosas o educacionales, sobre el matrimonio, la familia, los hijos y el divorcio».

<sup>63</sup> Encarna ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999, p. 220.

concreto, se estará paralelamente garantizando con carácter general la protección de su interés superior.

En nuestro país este principio ya apareció recogido en la CE de 1978 (concretamente en su art. 39 apdos. 3 y 4)<sup>64</sup>. Posteriormente fue introducido de manera explícita por primera vez<sup>65</sup> en la Ley 21/1987 al modificar el art. 172.4.º CC en el sentido de que la guarda o el acogimiento se confie a una misma institución o persona siempre que redunde el interés del menor. De una manera similar se expresaba el art. 176 CC al disponer que el Juez tendrá siempre en cuenta el interés del adoptado<sup>66</sup>. Actualmente se recoge en varios preceptos del CC (arts. 92, 154.2, 156, 159, 176.1); en la LO 1/1996 (Exposición de Motivos II pfo. 17.º, art. 2, art. 9.2 pfo. 2.º, art. 11.2 a. y b.); en distintas leyes autonómicas<sup>67</sup> relativas a menores (como por ejemplo en el art. 4 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia; el art. 2.1.º del Decreto 112/1995, de 31 de marzo, sobre medidas de protección de menores y la adopción de la CA Gallega; el art. 4.1 a. de la Ley 1/1997, de 7 de febrero de Atención Integral a los Menores de la CA Canaria (en adelante, LAIMC); así como en nuestra jurisprudencia (pudiendo citarse, entre otras muchas, la STS de 19 de febrero de 1988).

Desde la óptica internacional<sup>68</sup> pueden citarse (aunque no todos han estado o están en vigor en España): el Convenio de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores (art. 4), el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción (art. 6: con relación a la adopción), la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (arts. 5, 9.1 y 3, 18), la Carta Africana de Derechos y Bienestar del Niño, de 11 de julio de 1990 (arts. 4, 24), el Convenio de la Haya sobre protección de menores y cooperación

<sup>64</sup> V. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El interés del menor tras la Constitución de 1978» en *El interés del menor*, Madrid, 2000, p. 35 y ss.

<sup>65</sup> Esta afirmación debe ser matizada por cuanto en otras normas de nuestro Derecho ya se recogió, si bien no con la claridad con que lo establece la Ley 21/1987. Hay quien lo ha querido ver en las mismas Partidas (concretamente en la Partida IV, Título 16, Ley 4). V. Pilar BRIOSO DÍAZ, *La constitución de la adopción en Derecho Internacional Privado*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, p. 25. También, en el art. 144 *in fine* del Proyecto de CC de 1882 se establecía este principio, así como, entre otros, en el art. 178 del texto originario del CC y en el art. 5 pfo. 2.º del Decreto de García Oliver. Más recientemente fue recogido por la Ley de 13 de mayo de 1981 de Reforma Parcial de la Patria Potestad (puesto que en su art. 154 establecía que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, y en su art. 170.2 prevenía la recuperación de la misma si ello se llevaba a cabo en beneficio e interés del hijo) y por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que modificó el CC en materia de tutela (al establecer que la tutela se ejercerá siempre en beneficio del tutelado, art. 216).

<sup>66</sup> En un primer momento este principio iba a ser recogido de otra manera, tal y como se constata de una lectura del proyecto de ley de reforma del Código Civil en materia de adopción de 10 de marzo de 1986 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 194-I) donde literalmente se establecía que «el Juez tendrá en cuenta, preferentemente, el interés del menor». Posteriormente, el nuevo proyecto de ley de 4 de febrero de 1987 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 22-I) sustituyó la palabra «preferentemente» por la de «siempre».

<sup>67</sup> V. un interesante análisis de este principio en las normas civiles de esta materia en nuestro país en M.ª del Carmen PASTOR ÁLVAREZ, «El interés del menor en las leyes civiles que regulan su protección jurídica» en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, n.º 15, 1997, pp. 181-202.

<sup>68</sup> La doctrina comparada también se hace eco de este importante principio que opera en sus respectivas legislaciones internas. Representativamente pueden consultarse los siguientes artículos doctrinales: Philip ALSTON y Bridget GILMOUR-WALSH, «The best interest of the child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values»; Akila BELEMBANGO, «L'intérêt supérieur de l'enfant. Le cas du Burkina Faso»; Savitri W.E. GOONESEKERE, «The norm of *The Best interest of the Child* in some South Asian countries»; Jaqueline RUBELLIN-DEVICHI, «Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française», todos ellos en *Simposio Internacional sobre la Convención de los Derechos del Niño hacia el s. XXI*, celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996, Salamanca, 1996. También V. Philip ALSTON y Bridget GILMOUR-WALSH, *El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los Derechos del Niño y de los Valores Culturales*, UNICEF, Florencia, 1996. A nivel europeo es interesante el documento presentado por la delegación del Reino Unido a la XVI Conferencia de Ministros de Justicia Europeos celebrada en Lisboa en 1988, titulado «The Supremacy of the interest of the child in the field of private law» (Documento del Consejo de Europa, MJU-16 (88) 2 y Addendum).

internacional en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, en adelante CHAI (Preámbulo, arts. 1.a, 2, 4.b., 16, 21)<sup>69</sup>. Los arts. 3 y 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989<sup>70</sup> (adoptada por la Resolución 44/24, que es vinculante para nuestro país pues la ha ratificado), lo definen y otros arts. lo mencionan (como por ej. los arts. 18, 20, 21). El art. 3.1. de la citada Convención prevé de una manera amplísima que:

*«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño 71.»*

Poco a poco se ha pasado de ver al menor bajo enfoques paternalistas a verlo como un verdadero titular de derechos<sup>72</sup>.

Por lo que a nuestro derecho interno se refiere, opino que ya bastaba la inclusión de dicho principio en nuestra Constitución<sup>73</sup> siendo innecesaria su posterior proclamación en las sucesivas normas, estatales y autonómicas. Pese a ello, un sector doctrinal aplaude su inclusión en la LO 1/1996, así como en las demás normas en las que se ha introducido, por estimar que nunca está de más recalcar todo lo que garantiza los intereses y la protección de los menores<sup>74</sup>. Además, es la primera vez que nuestra legislación de forma expresa formula este principio otorgándole *prioridad* sobre cualquier otro concurrente. Ya no estoy hablando únicamente del «principio del interés del menor», sino que tras la LO 1/1996 se hace referencia al «principio del interés *superior* del menor»<sup>75</sup>.

Pero ¿qué es lo que implica realmente el principio del interés (superior) del menor?<sup>76</sup> Además de lo ya apuntado anteriormente (esto es, que con carácter general este principio está formado por la salvaguarda de los derechos fundamentales del menor), este principio conlleva el permitir el li-

<sup>69</sup> V. Annamaria DELL'ANTONIO, «Convenzioni internazionali per l'adozione ed interesse del minore» en *DFP*, 1995, pp. 1093-1107.

<sup>70</sup> España firmó esta Convención el 26 de enero de 1990 y la ratificó el 6 de diciembre de 1990 (BOE de 31 de diciembre de 1990), entrando en vigor el 5 de enero de 1991, tal y como prevé el art. 49 de la misma. V. con relación al precedente de esta Convención y a ella misma, M.<sup>a</sup> Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ, «La Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 y su influencia en otros documentos de derechos humanos universales y regionales» y «La Convención de los Derechos del Niño de 1989» en *Protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el derecho Constitucional Español*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1994, pp. 35-75 y pp. 76-133, respectivamente.

<sup>71</sup> No obstante, dado que la Convención no señala qué debe entenderse por «el interés superior del menor» serán los legisladores, jueces y magistrados nacionales los encargados de determinar este concepto en cada caso. V. José A. Paja Burgoa, *La Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, 1998, p. 83.

<sup>72</sup> V. Elisa PÉREZ VERA, «El menor en los convenios de la Conferencia de la Haya» en *REDP*, vol. XVI, 1993, p. 113; Encarna Roca Trías, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999 (en especial el apdo. titulado «La discusión acerca de la titularidad de los derechos por el menor», pp. 212-216). También pueden consultarse: Hoda Badram, «The child's right to participate» y Alfredo Carlo Moro, «Il bambino come cittadino», ambos artículos en *Simposio Internacional sobre la Convención de los Derechos del Niño hacia el s. XXI*, celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996, Salamanca, 1996.

<sup>73</sup> V. Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «La protección de los menores extranjeros en la Comunidad Autónoma de Andalucía» en *La protección del menor en Andalucía*, Granada, 2000, pp. 122-125.

<sup>74</sup> V., por todos, Encarna ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999, p. 227 y ss.

<sup>75</sup> La expresión empleada por el legislador estatal es la más generalizada, si bien las normas autonómicas emplean otras similares (tales como: interés público más apreciado, interés del niño, de la niña y del adolescente, interés primordial del menor) que, en definitiva, hacen referencia a la misma realidad. V. M.<sup>a</sup> del Carmen PASTOR ÁLVAREZ, «El interés del menor en las leyes civiles que regulan su protección jurídica» en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, n.º 15, 1997, pp. 181-202.

<sup>76</sup> V. PASQUALE STANZIONE, «Interesse del minore e statuto dei suoi diritti» en *Studi in memoria di Gino Gorla*, tomo II, Milán, 1994, pp. 1747-1769; Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Dificultad para precisar qué es el interés del menor. Nuevos planteamientos metodológicos» en *El interés del menor*, Madrid, 2000, pp. 51-85.

bre desarrollo de su personalidad, ya que su interés «(...) *está mucho más en función de su futuro que de su presente —el niño es ante todo futuro— con marcado predominio de su interés y conveniencias espirituales sobre los materiales, cuando entren en conflicto*»<sup>77</sup>. RIVERO HERNÁNDEZ<sup>78</sup> se manifiesta en el mismo sentido al afirmar que el interés del menor «(...) *a efectos jurídicos, está inicialmente en la protección de sus derechos fundamentales (...), y al individualizarlo habrá de garantizársele, a través de las opciones y decisiones que se adopten los bienes y valores que encarnan esos derechos fundamentales: su dignidad, su integridad física y moral (en sentido muy amplio), su derecho a una vida material y afectiva digna, el respeto de sus libertades (las que puede tener y gozar un menor). Y llevado eso (...) a su realidad personal, equivaldrá a deber buscar (...) su mejor interés, vistas las alternativas que en su situación concreta se presentan, en la opción que le ofrezca una vida mejor y más digna (...), una mejor educación y formación integral (...)*».

El que el interés del menor sea «superior» conduce a que, en caso de conflicto con otros intereses concurrentes en la misma situación, prime siempre<sup>79</sup> puesto que se le considera la parte débil y más necesitada de protección de cuantas puedan concurrir. Como afirma MATO GÓMEZ<sup>80</sup>, «*el otro interés no está referido al de las relaciones paterno-filiales, sino también a cualquier otro relacionado con las personas físicas o jurídicas o, más aún, al interés general de la sociedad. Por lo tanto, el interés de la infancia pasa a ser la suprema expresión del bien común, del interés general*». En este sentido resulta interesante la STS de 17 de septiembre de 1996 cuando afirma que «(...) *el interés superior del menor constituye: un principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (...)*».

Sin embargo, no es ésta una operación matemática que excluya de raíz la ponderación de cualquier otro interés concurrente<sup>81</sup>, puesto que también habrán de tenerse en cuenta, a la hora de

<sup>77</sup> Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 92 del CC» en VVAA, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV Libro I del Código Civil*, Coord. José Luis Lacruz Berdejo, 2.ª edición, Madrid, 1994, p. 1019.

<sup>78</sup> Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Madrid, 2000, p. 199.

<sup>79</sup> Concretamente, el art. 2 LO 1/1996 establece que: «*En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro que pudiera concurrir (...). Cualquier medida que concierna a los menores se adoptará siempre en su interés (...)*». Discrepo de la posibilidad apuntada por algún sector de la doctrina que se plantea qué podría suceder si el interés del menor llegara a colisionar con otros intereses del mismo menor. Considero inviable la existencia de un supuesto real en que algo semejante pueda suceder ya que pese a que entren en conflicto varios intereses del menor, habrá de estarse siempre a su interés superior, esto es, al que vaya a salvaguardar con más garantías su protección en todos los sentidos. Así, «(...) *el término interés habrá que referirlo a todo aquello que beneficia a su titular y no a lo que le perjudica o puede perjudicar*.» Manuel-Jesús DOLZ LAGO, «El fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992» en *La Ley*, n.º 3955 de 18 de enero, 1996, p. 1. V. también, si bien desde el punto de vista de la tutela, M.ª Ángeles FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «El conflicto de intereses en la tutela y los medios de protección del menor: estudio del art. 221 del Código Civil» en *AC*, n.º 10, 2001, pp. 389-395.

<sup>80</sup> Juan Carlos MATO GÓMEZ, «Los derechos de la infancia y la Ley de Protección Jurídica del Menor» en *APJ*, 1997, p. 49.

<sup>81</sup> V. Manuel CALVO GARCÍA, «La protección del menor y sus derechos» en *Derechos y Libertades*, vol. 1, n.º 2, 1994, pp. 177-199 (y especialmente el apartado titulado: «El difícil equilibrio de los derechos del menor y los derechos de los padres: fundamentos para la toma de decisiones», pp. 192-198).

realizar dicha operación las circunstancias familiares (esto es: el interés familiar que se recoge en el art. 39 CE)<sup>82</sup> así como cualesquiera otras que se consideren dignas de análisis en cada caso concreto. Según SALANOVA VILLANUEVA<sup>83</sup>, «(...) *la observancia del principio del interés del menor no conlleva la ignorancia sistemática de las prerrogativas de los padres, sino únicamente una subordinación de éstas a favor de aquél de ser irreconciliables*». Todo esto obliga ineludiblemente a concluir que debe primar el interés del menor, pero dentro del marco de protección a la familia que constitucionalmente está establecido. Los tribunales han venido sosteniendo que el interés superior del menor y el interés de los padres no pueden considerarse opuestos, sino complementarios el uno del otro. Esta idea puede inferirse claramente del art. 133.1 de la Ley 8/1998, de 15 de julio, Código de Familia catalán, en adelante CF (que lleva por rúbrica: «*El ejercicio*» de la *potestad del padre y de la madre*), cuando establece que:

*«La potestad constituye una función inexcusable y, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad.»*

Es interesante la definición que de este principio ofrece la Ley catalana 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y Adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, puesto que lo concreta algo más. Su art. 3 (rubricado como: «*El interés superior del niño y del adolescente*») establece que:

*«El interés superior del niño y del adolescente debe ser el principio inspirador de las actuaciones públicas y las decisiones y actuaciones que les conciernen adoptadas y llevadas a cabo por los padres, tutores o guardadores, las instituciones públicas o privadas encargadas de protegerles y asistirles o por la autoridad judicial o administrativa. Para la determinación de dicho interés debe tenerse en cuenta, en particular, los anhelos y opiniones de los niños y los adolescentes, y también su individualidad en el marco familiar y social.»*

Puede concluirse que, pese al carácter abstracto del principio del interés del menor, éste puede concretarse en los siguientes aspectos: ha de tener como marco el respeto a los Derechos Fundamentales (y especialmente a los recogidos en la Convención de los Derechos del Niño de 1989) y, en todo caso, aunque la valoración judicial sea discrecional, ésta nunca deberá ser arbitraria, o sea, deberá ser racional, evitar todo perjuicio para el bienestar espiritual y material del menor y no obviar los derechos de los menores que se encuentran recogidos en las leyes nacionales e internacionales<sup>84</sup>. De una manera tácita, el interés superior del menor condiciona la normativa, además

<sup>82</sup> Marta BO JANE y Mónica CABALLERO RIBERA, «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?» en *La Ley*, n.º 4166 de 14 de noviembre, 1996, p. 3. El precedente directo de este art. 39 CE es el apdo. 16 de la Primera Parte de la Carta Social Europea de 1961 que estableció: «*La familia, en cuanto célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una protección social, jurídica y económica apropiada para asegurar su pleno desarrollo*». En caso de conflicto de intereses siempre es posible interponer un recurso ante el órgano jurisdiccional (V. los arts. 156, 158, 160, 163 y 167 CC).

<sup>83</sup> V. Marta SALANOVA VILLANUEVA, «El derecho del menor a no ser separado de sus padres», y más concretamente el epígrafe VI: «El interés del menor como límite al Derecho» en *DPC*, vol. 3, n.º 7, 1995, p. 285 y ss. (V. también nota 159 de la ob.cit.).

<sup>84</sup> Según VARGAS CABRERA, el principio del *favor minoris* vincula: «(...) *al legislador, al menos al de inferior rango, en el momento en que efectúa las oportunas valoraciones normativas; al Juez, cuando aplica las correspondientes normas; a las entidades públicas que se ocupan y gestionan las cuestiones atinentes al ámbito protector antes reseñado; y a los sujetos privados, modalizando el ejercicio de las facultades tuitivas que les asisten sobre los menores*». Bartolomé VARGAS CABRERA, «El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor» en *VVAA, La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor*, La Coruña, 1999, p. 15.

de ser un criterio de integración. A todo esto hay que añadir que el Juez puede practicar cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de cuál es, en cada caso concreto, el interés, el beneficio del menor y proceder seguidamente a acordar lo que estime más conveniente. Todo viene a reconducirse por tanto a cuáles sean los criterios que deben usarse para puntualizar en cada caso concreto el interés superior del menor. En este sentido, ya se pronunciaba MNOOKIN<sup>85</sup>, cuando afirmaba que: «(...) *La elección de criterios está intrínsecamente cargada de valores; con frecuencia no hay consenso acerca de qué valores tendrían que determinar esta elección. Estos problemas no se limitan a las políticas sobre el niño, pero en este contexto son especialmente graves, porque los niños generalmente no pueden hablar en favor de sus propios intereses. (...) Incluso si fuera posible hacer diagnósticos (...), habría que concretar qué valores debe utilizar un Juez para determinar el interés superior del niño, ya que debe seguir un criterio para decidir lo que se considera bueno y lo que se considera malo.*»

En algunas CCAA se han ideado mecanismos para garantizar lo máximo posible la protección del menor. Destacan en este sentido la figura del Defensor del Menor en la CA de Madrid (Ley 5/1996, de 8 de julio) y la del Adjunto al Síndic de Greuges para la defensa de los derechos de los menores en Cataluña (Ley 12/1989, de 14 de diciembre, de modificación de la Ley 14/1984, de 20 de marzo del *Síndic de Greuges*). Asimismo, ambas CCAA han creado entidades específicas de actuación: en Madrid, el Instituto Madrileño del Menor y la Familia (creado por Ley 2/1996, de 24 de junio) y en Cataluña, el Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción (creado por la Ley 13/1997, de 19 de noviembre). En Galicia, por su parte, uno de los *Vicevaldores do Pobo* se hará cargo permanentemente de todos los asuntos relacionados con los menores (tal y como prevé el art. 9 c. de la Ley 3/1997, de la infancia y la adolescencia de la CA gallega)

Con relación a la adopción lo realmente importante del principio del interés superior del menor, como sostiene FELIÚ REY<sup>86</sup>, es que el mismo implica una conveniencia, utilidad o provecho para el adoptando. De esta manera, el interés del menor se preferirá a cualquier otro interés legítimo<sup>87</sup> (y con más razón si es ilegítimo) que concurra en el proceso de constitución de la adopción, donde dadas las características del citado proceso es prácticamente inevitable que coexistan junto al interés del menor otros intereses (privados y públicos, individuales y colectivos) dignos de ser tomados en consideración por el Juez<sup>88</sup>, debido básicamente a la situación de indefensión en la que se encuentra el menor, dada «(...) *la imposibilidad que tiene de autodirigir su vida con suficiente madurez y responsabilidad y la necesidad de que las circunstancias que le rodean le sean especialmente favorables en esa etapa vital de todo ser humano que es la del desarrollo físico, psicológico y espiritual*»<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Robert MNOOKIN, *In the Interest of Children: Advocacy, Law Reform and Public Policy*, Nueva York, 1985, pp. 17-18.

<sup>86</sup> Manuel-I. FELIÚ REY, *Comentarios a la Ley de adopción*, Madrid, 1989. En el mismo sentido, V. Fabrizio Cosentino, «Le frontiere mobili dell'adozione: interessi del minore, politiche del diritto, prospettive di riforma (a proposito di un recente libro pubblicato negli Stati Uniti)» en *RCDP*, año XIII, n.º 3, 1995, pp. 495-521.

<sup>87</sup> Esta postura es mantenida por nuestra doctrina y por numerosa jurisprudencia (V. SAP de Albacete de 8 de mayo de 1996; SAP de Córdoba de 1 de abril de 1998; etc.). V. por ejemplo, M.ª Victoria MAYOR DEL HOYO, «En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los derechos del Niño» en *DPC*, año 3, n.º 7, 1995, p. 147 y ss. Sin embargo, dicho principio no ha sido recogido en los mismos términos por las legislaciones autonómicas. El art. 119 del CF catalán establece que «(...) *se ha de tener en cuenta siempre el interés del menor*», lo cual no es lo mismo que decir que el interés del menor sea el que siempre ha de prevalecer, por lo que podría pensarse en situaciones en las que, al amparo de esta redacción legislativa, el interés del menor no prime frente a otros. V. una explicación al porqué de esta inclusión, en el artículo de Antoni VAQUER ALOY, «La constitución de la adopción» en *VVAA, Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 165 y ss.

<sup>88</sup> Bernardo MORENO QUESADA, «La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil» en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Madrid, 1990, pp. 1513-1545. MORENO QUESADA identifica con acierto tres tipos de intereses: los intereses familiares, los intereses personales y los intereses sociales.

<sup>89</sup> José Luis BAZÁN LÓPEZ, «Notas acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño» en *El menor en la legislación actual*, Madrid, 1998, p. 62.

No obstante, hay que puntualizar qué sucede exactamente cuando los intereses del menor divergen de los intereses de los padres biológicos en el sentido de que éstos (o bien alguno de los dos) manifiesten su oposición a la constitución de la adopción de su hijo cuando son llamados a prestar su asentimiento ante el Juez. La respuesta a este interrogante vendrá dada por la importancia que se conceda a dicho asentimiento, ya que existen defensores tanto de que el interés del menor se anteponga siempre a cualquier otro que lo contradiga (incluidos los de los padres), como de que el interés del menor ha de ser compaginado con los intereses de los padres. En mi opinión, es evidente que los intereses de los padres deben ser tenidos en cuenta por el Juez puesto que sirven de criterio orientador para el mismo. Si los padres prestan su asentimiento contrario a la constitución de la adopción será el Juez el que deba ponderar la importancia de dicha oposición: si considera que los intereses del menor se van a ver perjudicados, no la constituirá. Pero si, como se verá más adelante con detenimiento, pese a mediar ese asentimiento negativo el Juez valora en el caso concreto como más beneficioso para el menor el ser adoptado, procederá a constituir la adopción. La solución no puede ser radical, sino que habrá que ponderar múltiples factores para llegar a la conclusión final que garantice los intereses del menor. En un sentido similar debe actuar el Juez cuando los padres biológicos solicitan la extinción de una adopción constituida: para decidir, el Juez ha de hacer valer por encima de todos, el interés superior del menor<sup>90</sup>.

Como pone de manifiesto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO<sup>91</sup>: «No cabe duda de que (...) junto con el interés material y afectivo del niño, existe también un interés de sus padres, naturales o adoptivos, que debe ser respetado». Sin embargo, continúa diciendo que «la protección del menor no consiste en proporcionarle los mejores padres o guardadores posibles, sino en confiarle a quienes por naturaleza o adopción les corresponde, salvo los supuestos excepcionales en los que los mismos incumplen sus deberes de protección, dando así lugar a una situación de desamparo de sus hijos». Éste es un nuevo factor que he de analizar. Según este autor, existe una presunción *iuris tantum* de que los poseedores de un título legítimo de tenencia del menor desempeñan correctamente las funciones inherentes a su cargo salvo que se demuestre lo contrario. No habría, pues, que entrar a valorar en cada caso concreto si se está garantizando el interés superior del menor, sino que éste se entenderá garantizado salvo prueba en contrario. Evidentemente esta postura simplifica en demasía las posibles situaciones problemáticas que puedan darse en la práctica, a la vez que parece efectivamente garantizar la protección y salvaguarda del interés superior del menor. El hecho de que el Juez<sup>92</sup> sea el que en última instancia establezca, según la apreciación de las circunstancias del caso concreto, cuál es el contenido exacto de ese interés, hace que pueda afirmarse que la actividad judicial puede ser calificada, en supuestos como éstos, de constitutiva, puesto que como sostiene FELIÚ REY<sup>93</sup>, en lo que respecta a la institución de la adopción, «(...) el

<sup>90</sup> V. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Madrid, 2000, p. 170 y ss.

<sup>91</sup> V. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «¿Protección de menores versus protección de progenitores?» en *ArC*, tomo III, 1999, pp. 2193-2195 (y en especial, p. 2195).

<sup>92</sup> A modo de ejemplo puede citarse un párrafo de la STS de 20 de abril de 1987 donde ya se preveía que: «En los procesos de adopción, es obligado dejar establecida la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor, como más digno de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una situación estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado por el art. 39 CE y en la filosofía de las últimas reformas del CC».

<sup>93</sup> V. Manuel-I. FELIÚ REY, *Comentarios a la Ley de adopción*, Madrid, 1989, p. 137 y ss. Pero no hay que pensar que discrecionalidad conlleva arbitrariedad, puesto que ambos términos son completamente opuestos jurídicamente hablando. Tal y como establece Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho Internacional Privado» en *BIMJ*, año L, n.º 1766, 1996, p. 8, los procedimientos de familia gozan de una amplia

*interés del adoptando es un dato legal que no encuentra su demostración en un hecho, sino en la discrecionalidad del Juez».* FELIÚ REY se plantea cuál es el ámbito en el que este principio debe desarrollarse: «(...) ¿Se trata de un interés objetivo, subjetivo, o ambos criterios son de aplicación? ¿Según que datos ha de valorar el Juez ese interés? En caso de que el Juez deniegue la constitución de una adopción basándose en el interés, ¿ha de motivarse en la resolución?». Son todas ellas preguntas que inducen a la reflexión. Dependiendo de cómo sean respondidas, la protección del menor por la que debe velar el Juez a la hora de dictaminar acerca de una adopción, deberá enfocarse de un modo u otro. Si sólo se tiene en cuenta el interés objetivo, únicamente serán relevantes aquellas circunstancias externas, constatables numéricamente. Importará el nivel cultural que tenga el futuro adoptante, su capacidad económica. Si por el contrario se entiende ese interés del menor desde un punto de vista subjetivo, serán relevantes, entre otras muchas cosas, lo que el menor desea o no, la motivación que tenga el futuro adoptante para realizar la adopción (llenar huecos afectivos, dar a ese menor a una familia), lo que puede suponer para el menor alejarse de su sociedad en los casos de adopciones internacionales. Parece lógico que precisamente en pro del interés del menor, éste sea entendido en la doble vertiente analizada, o sea tanto objetiva como subjetivamente, puesto que así se garantiza en mayor medida que la decisión que se tome sea la mejor de entre cuantas pueda optarse.

Hay que tener en cuenta que, si bien en la mayoría de los casos este principio, en lo que a la institución de la adopción se refiere, actuará en pro de los intereses de los menores adoptandos, es posible que el mismo despliegue su eficacia hacia otro sentido: la protección de los hijos menores del adoptante, que no pueden ver perjudicados sus intereses por la realización por parte de sus progenitores de una adopción<sup>94</sup>. Realmente, dicho principio estaría operando en un mismo plano, y en caso de que al Juez se le planteara un conflicto entre los distintos intereses de los menores, deberá hacer uso de sus facultades de valoración y ponderar discrecionalmente acerca de si se le va a producir al hijo menor del adoptante una merma importante de sus derechos y/o intereses. No se está pensando en los ulteriores perjuicios económicos (como podría ser por ejemplo una reducción importante en la legítima que le correspondería a ese hijo biológico al heredar a sus padres), pues éste no es un argumento que opere amparando la no conveniencia de la realización de la adopción, en tanto en cuanto ésta será llevada a cabo por sus padres como un acto personal y legítimo, reconocido por el Derecho. Por el contrario, sí se podrán y deberán proteger los intereses de estos hijos biológicos menores en los casos en los que se constate (básicamente por prue-

---

discrecionalidad, si bien se desarrollan siempre teniendo «(...) como criterio básico y preferente el interés de los hijos» (Auto del TC 127/1986, de 12 de febrero). Por ello, pese a tratarse de términos contradictorios, no son incompatibles, en tanto en cuanto serán las circunstancias del caso las que originen que el Juez se pronuncie en uno u otro sentido. Es posible que ante un supuesto de hecho concreto el Juez dictamine una cosa y ante otro supuesto similar, otra diferente, y ello porque ha apreciado circunstancias que le inducen a actuar en ese sentido (ej. que el menor sea más o menos maduro,...).

<sup>94</sup> La redacción del último pfo. del art. 173 CC tras la reforma operada por la Ley de 4 de julio de 1970 establece que: «el Juez, aún cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptando, conforme a las circunstancias de cada caso, y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos». Es cierto, como afirma PÉREZ ÁLVAREZ, que: «(...) el interés del menor prima respecto de los descendientes del adoptante. Y en efecto, tal primacía se evidencia apreciando como, a los efectos de constituir la adopción, el artículo 177 del Código Civil no exige la intervención de los hijos del adoptante ni siquiera en el trámite de audiencia». Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, p. 219. No obstante, hay que tener en cuenta que si esos descendientes son menores, habrá de ponderarse cuál es su interés superior. Afirmer lo contrario sería desvirtuar los intereses de los descendientes menores de los adoptantes, que son tan dignos de protección como los del adoptando.

<sup>95</sup> Pensando en esto es por lo que en muchas ocasiones los equipos encargados de evaluar la idoneidad del adoptante mantienen entrevistas con los hijos que éste pueda tener. V., con relación a la CA Valenciana, VVAA, «Una nueva perspectiva para la valoración de idoneidad en adopciones: los equipos psicosociales» en *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, n.º 46, 1999, pp. 65-68 (en especial, p. 66).

bas periciales, a las que también pueden adjuntarse pruebas testificales) que los mismos incurrirán con toda probabilidad en ulteriores problemas psicológicos, psicosociales que sean difícilmente subsanables<sup>95</sup>. No obstante, en mi opinión, esta es una situación que muy improbablemente se producirá en la práctica. Precisamente, el afán de evitar este tipo de problemas fue el origen del art. 25 d) de la Ley catalana 37/1991, que exigía que también fueran oídos los hijos del adoptante, siempre que siendo ello posible tuvieran suficiente juicio. El contenido de este precepto (que debiera ser introducido en la legislación estatal) se halla actualmente vigente en el art. 123 d. CF, que se pronuncia en el mismo sentido<sup>96</sup>.

## 2.2. El principio de igualdad (o equiparación de efectos) de las filiaciones

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen económico del matrimonio, en coherencia con lo que postula nuestra CE (básicamente en su art. 14 y 39.2, estableciendo este último la igualdad de todos los hijos ante la ley, con independencia de su filiación)<sup>97</sup>, suprimió de nuestro ordenamiento la distinción entre filiación legítima e ilegítima<sup>98</sup>, eliminando así las diferencias que existían entre los hijos dependiendo de si éstos eran matrimoniales o no. Consecuentemente también equiparó la filiación por naturaleza a la adoptiva. A partir de ese momento, el origen matrimonial o no, natural o adoptivo, de la filiación dejó de tener relevancia para el Derecho, entendiéndose que todos los hijos son iguales ante la Ley<sup>99</sup> con todas las consecuencias que ello implica. GARCÍA CANTERO<sup>100</sup> afirma que se ha conseguido una aspiración social: «(...) que el hijo adoptivo reciba idéntico trato que el hijo por sangre y que entre, mediante la adopción, en la familia de los adoptantes». La adopción proporciona, en definitiva, y como ya he apuntado, no sólo un *status filii*, sino un *status familiae*<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> El art. 123 d) CF no se limita a establecer la audiencia de los hijos del adoptante, sino que prevé también la audiencia de los hijos del adoptando. En mi opinión, esta norma difícilmente tendrá repercusión alguna en la práctica porque será muy difícil encontrar supuestos en los que sea viable la adopción de un mayor de edad que a su vez tenga hijos que se encuentren en condiciones de ser oídos por el Juez. En todo caso, sí que es cierto que si se produjera algún caso que encuadrar en el supuesto de hecho que plantea este precepto, sean oídos los hijos del adoptante en tanto en cuanto la adopción les afectará decisivamente también a ellos.

<sup>97</sup> V. con relación a la instauración de este principio por la reforma de 1981, Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, «La filiación» (Conferencia pronunciada el día 11 de febrero de 1982 en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos) en *RDN*, n.º 120, abril-junio de 1983, en particular, pp. 250-255; Manuel PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentario a los arts. 108-111 del CC» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, en especial, pp. 802-809. V. con relación a la ubicación constitucional del principio de igualdad de la filiación, Rafael VERDERA SERVER, «Adopción y principio de igualdad. (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)» en *RDPC*, n.º 13, 1999, pp. 313-324. Acerca del art. 39.2 CE, V. Yolanda GÓMEZ, «Los hijos: concepto e igualdad ante la Ley» en *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, serie IV: monografía n.º 18, Madrid, 1990, pp. 311-327.

<sup>98</sup> SANCHO REBULLIDA puntualizó en su momento la dudosa exactitud de afirmar esta división tan tajante. Para este autor, además de la filiación legítima y de la ilegítima (la cual a su vez era susceptible de ser dividida en reconocida o no reconocida, y ésta última en conocida o desconocida), existían también la filiación legitimada por subsiguiente matrimonio y la filiación legitimada por concesión. V. Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, «Las clases de filiación en el Código Civil» en *EDC*, tomo I, 1978, pp. 325-339.

<sup>99</sup> Lo cual se infiere también del mismo art. 108.1 CC al proclamar los mismos efectos para la filiación por naturaleza (matrimonial y no matrimonial).

<sup>100</sup> Gabriel GARCÍA CANTERO, «Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia (1981-1990)» en *REDE*, n.º 52, 1995, p. 283.

<sup>101</sup> Lo cual, como ha puesto de manifiesto PÉREZ ÁLVAREZ, no fue entendido desde el primer momento por nuestra jurisprudencia. En la Sentencia de 23 de mayo de 1991 nuestro TS aplica el régimen originario del Código Civil a un caso de sucesiones entendiendo que no se había establecido parentesco entre el adoptado y la familia de éste, por lo que consecuentemente el adoptado no tenía derecho alguno sobre la herencia de aquellos. V. Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, «Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991» en *CCJC*, n.º 26, abril-agosto de 1991, pp. 613-630; y del mismo autor, «La

No obstante, pese a considerar esta equiparación como un adelanto muy positivo en el tratamiento normativo de los hijos adoptivos, no hay que dejar de señalar que necesariamente existen ciertas diferencias. Digo necesariamente porque sería una utopía pretender que los efectos de ambas filiaciones, natural y adoptiva, son idénticos puesto que ello implicaría situaciones injustas para los hijos adoptivos que, por el especial lazo mediante el que se hallan unidos a sus padres, ostentan especiales características<sup>102</sup>. En este sentido PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS<sup>103</sup> afirma que: «(...) no se ha producido una radical igualdad, a todos los efectos, entre todos los estados de filiación. La equiparación no es total y absoluta». Además, es un hecho incuestionable la existencia, por regla general, de dos familias, la biológica y la adoptiva, lo cual dota al *status* de hijo adoptivo de ciertas peculiaridades. Hay que recordar una máxima inferida de nuestra CE, perfectamente aplicable en este punto: la igualdad consiste en tratar de manera desigual a los desiguales, máxima que nuestro TC ha venido recordando hasta la saciedad<sup>104</sup>. Por ello, y pese a reiterar como altamente positiva la equiparación de todas las filiaciones, existen y deben existir ciertas diferencias entre las mismas<sup>105</sup>. Lo importante es que tales diferencias no comporten discriminación alguna de los derechos de los hijos adoptivos con sus nuevos padres, ni viceversa<sup>106</sup>, sino particularidades concretas que se irán analizando a lo largo del presente trabajo.

---

adopción en el sistema vigente de protección de menores» en VVAA, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, p. 169. Lamentablemente, los argumentos esgrimidos en la sentencia citada han vuelto a ser utilizados por el TS en la Sentencia de 3 de diciembre de 2001 de la Sala Tercera (Sección 2.ª) de la que fue ponente el Sr. Sala Sánchez. V. sobre la equiparación de los hijos adoptivos, Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988, pp. 38-47.

<sup>102</sup> VALENTÍN-GAMAZO Y ALCALÁ, siguiendo a AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, lo expresa de la siguiente manera: «La plena igualdad entre la filiación natural y la adoptiva se manifiesta en que los efectos de ambos tipos de filiación son idénticos. Sin embargo derivan de distintos criterios –biológico en el primer caso, ficticio o artificial en el segundo– por cuyo motivo es necesario efectuar un tratamiento separado de la filiación por naturaleza y por adopción». Isabel VALENTÍN-GAMAZO Y ALCALÁ, «Régimen jurídico de la protección del menor en el Derecho Internacional Privado» en AC, n.º 31, 28 de agosto al 31 de septiembre, 2000, pp. 1167-1177 (en particular, pp. 1168-1169).

<sup>103</sup> Manuel PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentario a los arts. 108-111 del CC» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, p. 803.

<sup>104</sup> Sirva a modo de ejemplo la STC 222/1992, de 11 de diciembre, donde el TC reconocía que constantemente «(...) viene estableciendo que los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues con las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporiones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas». V. Rafael VERDERA SERVER, «Adopción y principio de igualdad. (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)», y concretamente el apdo. IV titulado: Los efectos de la adopción en la doctrina del Tribunal Constitucional, en RDPC, n.º 13, 1999, pp. 347-362.

<sup>105</sup> V. a favor de este argumento, Patricia 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)» en AC, tomo I, vol. 2.º, 1998, p. 19; Juana MARCO MOLINA, «Los efectos y la extinción de la adopción» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 207.

<sup>106</sup> El problema de lo que la doctrina del TC ha venido denominando como «vulneración del principio de igualdad en la ley», y no «en aplicación de la ley», ha tenido su versión en la institución de la adopción (V. Rafael VERDERA SERVER, «Adopción y principio de igualdad. Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo» en RDPC, n.º 13, 1999, nota al pie n.º 8, pp. 305-306). Destacan dos recientes modificaciones de nuestro ordenamiento que han venido a eliminar algunas discriminaciones en el trato a las familias adoptivas para con las biológicas. En primer lugar, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE n.º 266, de 6 de noviembre de 1999) ha intentado paliar las diferencias que existían entre el tratamiento de los padres biológicos y los adoptivos con relación a los permisos de maternidad (las cuales se daban al amparo de la anterior regulación, la Ley 8/1992, de 30 de abril). Está claro que el permiso no se concede exclusivamente por razones físicas de la madre biológica (esto es, porque necesite un descanso tras el parto), ya que la legislación reconoce que también puede ejercitar este derecho de permiso el padre. Por ello, no se entiende la razón por la que los padres adoptivos han de disfrutar de menos tiempo para estar con sus hijos, y mucho menos se entiende que este permiso sea proporcional a la edad del menor adoptado, en el sentido de que a mayor edad del niño, menor será este permiso, llegando incluso, a desaparecer en el supuesto de que el menor tenga más de seis años

En otro orden de cosas, debo mencionar que no se entiende que persistan aún diferencias en el campo nobiliario, si bien, ésta es una consecuencia directa del denominado principio de pureza de sangre que rige en esta materia<sup>107</sup>, que parece sobrepasar incluso al consagrado principio constitucional de no discriminación por razón de sexo<sup>108</sup>. El adoptado no se incluye en los linajes (vínculos de sangre) del adoptante ni en los llamamientos de merced<sup>109</sup>, debido básicamente a que la sucesión de títulos nobiliarios se encuentra sometida a reglas distintas de las previstas en nuestro CC para la sucesión ordinaria<sup>110</sup>, basándose, como sostiene PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS<sup>111</sup>, en el hecho de que «*El régimen de los títulos ordinarios privilegia con honores o distinciones públicos a una sola persona por el hecho de haber nacido en una determinada familia*». Pero si de acuerdo con la normativa vigente en nuestro país el adoptado pasa a ser un hijo más del adoptante, no se entiende porqué no se le considera como tal a estos efectos. Ciertamente, ésta no es una de las cuestiones que antes apuntaba como excepciones a la regla general de equiparación de las filiaciones. No existen, en mi opinión, argumentos que defiendan esta postura<sup>112</sup>, que pese a ello sigue vigente en la actualidad. Paralelamente, y aunque resulte difícil de creer, no es éste el úni-

---

de edad (excepto, tal y como dispone el art. 5 apdo. 4.º de la Ley que existan especiales dificultades ligadas a la adopción). Los colectivos de padres adoptivos han reivindicado hasta la saciedad la equiparación de ambos permisos, solicitando que no se tenga en cuenta si el menor es adoptado, independientemente de su edad, o hijo biológico. Además, a nadie se le escapa que cuanto mayor sea el menor adoptado, más tiempo de adaptación va a necesitar. Para las adopciones internacionales se prevé la posibilidad de que si es necesario que los padres se trasladen al país de origen del menor, como suele ser habitual en estos casos, el permiso por maternidad pueda iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución de la adopción. V. M.ª del Pilar RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona, 1999. No obstante, puesto que del tenor de la Ley 39/1999 se deduce claramente la necesidad de que se haya constituido una adopción o un acogimiento para poder disfrutar de los permisos, se han planteado problemas en la práctica con supuestos de adopciones de menores extranjeros que no son consideradas como tales por el mismo país de origen del menor. Cabe destacar el caso de La India, donde en la misma resolución por la que se entrega al menor a la familia, se hace constar que no se constituye una adopción propiamente dicha, sino que la misma se llevará a cabo posteriormente en el país de origen. En estos casos, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) únicamente reconoce el disfrute de los permisos una vez que se ha constituido la adopción. Esta problemática ha sido puesta de manifiesto por Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid en su *Informe anual 2000* (Madrid, 2001, p. 11825 del BO de la Asamblea de Madrid n.º 100, de 19 de junio de 2001), al constatar que con esta práctica del INSS, «(...) se pierden los efectos beneficiosos pretendidos, de facilitar la integración del menor en la familia desde el momento de su llegada, además de prescindirse de la voluntad de los adoptantes». V. también, el curioso problema que se resuelve en la STS (Sala 4.ª) de 9 de diciembre de 2002, de la que fue ponente el Sr. Botana López. En segundo lugar, con relación a la pensión de orfandad de los hijos adoptivos, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social, para poder tener derecho a la pensión se les exigía que hubiera transcurrido un mínimo de dos años tras su adopción y antes del fallecimiento del causante (en tal sentido se expresaba el art. 41.2 del Texto Refundido de Clases Pasivas, aprobado por el RDL 670/1987, de 30 de abril). El TC la declaró inconstitucional, entre otras razones, porque presumía el fraude sin posibilidad de prueba en contra, lo que suponía en la práctica, una inversión del principio general de acuerdo con cual los derechos se ejercen conforme a la buena fe. Un excelente estudio de la inconstitucionalidad de este precepto es el llevado a cabo por Rafael VERDEIRA SERVER, «Adopción y principio de igualdad. (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)» en *RDPC*, n.º 13, 1999, pp. 297-378.

<sup>107</sup> V. Ramón LÓPEZ VILAS, *Régimen jurídico de los títulos nobiliarios (Sucesiones y rehabilitaciones)*, Universidad Complutense, Madrid, 1974.

<sup>108</sup> V. Santiago CARRETERO SÁNCHEZ, «Títulos nobiliarios, principio de igualdad y discriminación por sexo (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio)» en *La Ley*, n.º 3, 1998, pp. 1479-1483.

<sup>109</sup> V. CONDE DE BORRAJEIROS, «Los derechos nobiliarios de los hijos adoptivos» en *RGLJ*, año CXXXVI, tomo XCV, n.º 6, 1987, pp. 933-956; José Ramón PÉREZ OREIRO, «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» en *VVAA, Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Burgos, 1999, p. 222 y nota al pie n.º 227.

<sup>110</sup> V. Eduardo SERRANO GÓMEZ, «Régimen jurídico de los títulos nobiliarios: una revisión de la jurisprudencia más reciente» en *ArC*, vol. II, tomo IX, 2000, pp. 2241-2266.

<sup>111</sup> Manuel PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentario a los arts. 108-111 del CC» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, en especial, p. 806.

<sup>112</sup> En contra, V. la STS de 28 de noviembre de 1991 y la STC de 24 de mayo de 1982.

co supuesto en el que principios del Derecho nobiliario atentan directamente contra principios constitucionalmente establecidos<sup>113</sup>. De *lege ferenda*, desde mi punto de vista<sup>114</sup>, esta situación debería modificarse por cuanto es claramente inconstitucional.

Además, existen multitud de normas que parecen no tener en cuenta a los hijos adoptivos dada la terminología que emplean. Un claro ejemplo de ello se encuentra en la Ley de Arrendamiento Urbanos de 24 de noviembre de 1994, que usa la expresión «descendencia en común» para hacer referencia a la existencia de hijos como requisito para que pueda operar la subrogación *mortis causa* en el arrendamiento de vivienda prevista en el art. 16.1 b) de dicha norma. La mayoría de la doctrina<sup>115</sup>, con acierto, ha criticado el uso por el legislador de esta expresión, por considerarla discriminatoria para los hijos adoptivos. Existen autores que incluso sostienen que no puede entenderse comprendida en esta expresión a la filiación adoptiva, por lo que defienden su exclusión<sup>116</sup>. Ante este panorama hay que afirmar que el legislador no puede usar arbitrariamente terminología ambigua que luego, en la práctica, se traduzca en una merma de los derechos de los hijos adoptivos (o de los adoptantes como sucede en este caso) en relación con los que disfrutaban los hijos biológicos y sus progenitores, puesto que ello conduciría a una negación práctica del principio de igualdad de las filiaciones reconocido por nuestro ordenamiento.

### 2.3. El principio «*adoptio imitatur naturam*»

El principio de que «la adopción imita a la naturaleza» encuentra su origen en el Derecho Romano, aunque como pone de manifiesto MARCO MOLINA<sup>117</sup>, ésta es una regla que no llegan a formular literalmente los textos justinianos y que, como máximo se inspira en algunos fragmentos, como el del Digesto 1, 7, 16, que sólo esporádicamente señalan a la filiación natural como modelo de la adoptiva. No obstante, RODRÍGUEZ ENNES<sup>118</sup>, sostiene que es a partir de Justiniano cuando se introduce por primera vez esta máxima, quien expresó esta idea de la siguiente manera: «*adoptio imitatur naturae, est aemula naturae, sea naturae imago*»<sup>119</sup>.

En nuestro Derecho, como ya he apuntado, existen dos clases de filiación: por naturaleza (es decir, biológica, pudiendo ser esta a su vez matrimonial o no matrimonial<sup>120</sup>) o adoptiva. Ambas

<sup>113</sup> V. Luis VALTERRA FERNÁNDEZ, *Derecho Nobiliario español*, Granada, 1995 (y en particular V. pp. 164-165, por lo que se refiere al trato de los hijos adoptivos con relación al principio de legitimidad para suceder en el título nobiliario). V. acerca de las particularidades del principio de equiparación de los hijos adoptivos a los biológicos, Manuel PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, pp. 482-484.

<sup>114</sup> Recalco, pese a que creo que ha quedado bien claro, que esta es mi opinión, pues soy consciente, a raíz del estudio de las recientes ocasiones en las que nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en cuestiones que pueden calificarse de similares a la aquí planteada, que el alto Tribunal ha estimado vigente y perfectamente aplicable el derecho preconstitucional que ampara situaciones, desde mi punto de vista, discriminatorias. V. la crítica a esta tendencia que realiza María Ángeles MARTÍN VIDA, «La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio)» en *REP*, n.º 99, enero-marzo, 1998, pp. 303-312.

<sup>115</sup> V. Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Introducción» en VVAA, *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Dir. Fernando Pantaleón Prieto, Madrid, 1995, p. 35.

<sup>116</sup> José LEÓN-CASTRO y Manuel DE COSSIO Y MARTÍNEZ, *Arrendamientos Urbanos. La nueva Ley de arrendamientos urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Granada, 1995, p. 365.

<sup>117</sup> Juana MARCO MOLINA, «Los efectos y la extinción de la adopción» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 188.

<sup>118</sup> V. Luis RODRÍGUEZ ENNES, *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, monografía n.º 40 de la Universidad de Santiago de Compostela, 1978, pp. 73-75 y 78-79.

<sup>119</sup> Inst., I, 11, 4.

<sup>120</sup> Estoy de acuerdo con Yolanda GÓMEZ, *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, serie IV: monografía n.º 18, Madrid, 1990, pp. 317-320, cuando afirma que no existe «(...) justificación objetiva y razonable para di-

tienen los mismos efectos jurídicos, si bien existen algunas diferencias entre ellas, que, por otra parte, se erigen como garantía del menor adoptado.

#### 2.4. El deber de sigilo en la adopción

El fundamento de la existencia de este deber se encuentra en el respeto al interés superior del menor que con toda seguridad exigirá que todas las actuaciones relacionadas con la adopción sean llevadas a cabo con discrecionalidad y, en especial, tal y como dispone el pfo. 2.º del art. 1826 LEC<sup>121</sup> «con la conveniente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva». Asimismo, el pfo. 7.º de la DA 1.ª de la Ley 21/1987, impone a los servidores de las entidades públicas e instituciones colaboradoras «la obligación de guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción». Por su parte, y en la misma línea expresada, el art. 21.1 RRC impide facilitar información sobre la filiación adoptiva a quien no cuente con autorización especial, lo cual se reproduce en el art. 29 de la misma norma con relación a la expedición de certificaciones en extracto de nacimiento de adoptados<sup>122</sup>.

Es un deber que excepciona el principio recogido en los arts. 120.1 CE y el 232.1 LOPJ: el principio de publicidad de las actuaciones judiciales. Los Jueces deberán tramitar la adopción a puerta cerrada, mantener el expediente bajo secreto y realizar con el mayor sigilo posible cuantas diligencias deban llevar a cabo para constituir de la adopción<sup>123</sup>.

#### 2.5. El principio de subsidiariedad de la adopción: prioridad de la familia de origen

La adopción es una institución que no debe ser utilizada *a priori* para solucionar un problema existente entre el menor y su familia biológica. El art. 11.2 b) LO 1/1996 sostiene como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos el del mantenimiento del menor en su medio de origen, salvo que ello no sea conveniente para su interés<sup>124</sup>. Esta tendencia puede observarse en la misma Ley 21/1987, que también apuesta por realizar primero una reinserción en el medio familiar<sup>125</sup>, si ello es posible, y sólo en última instancia recurrir a la adopción (si bien en esta Ley no se establecía claramente que el interés del menor consiste en ser educado en el ámbito de su familia de origen). En la actualidad, tras la LO 1/1996, se entiende claramente que el legislador considera como más adecuado para proteger al menor el ejercicio de la patria potestad por sus progenitores<sup>126</sup>. Esto

---

ferenciar a un sujeto en función de una situación o relación en la que no participa: la existencia o no de relación matrimonial entre sus progenitores.» Y es que «(...) la Ley civil no refleja una igualdad entre los hijos», puesto que «(...) la distinción entre filiación matrimonial y filiación no matrimonial influye en los requisitos de la posesión de estado; es muy distinto el régimen de la determinación oficial de una u otra especie de filiación y el régimen de las acciones de reclamación e impugnación». V. la nota al pie n.º 319. V., con relación a la filiación no matrimonial, Ramón HERRERA CAMPOS, «La filiación no matrimonial tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981» en *RDP*, enero de 1983, pp. 3-57.

<sup>121</sup> Este artículo de la LEC de 1881 continúa vigente tal y como se infiere de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única de la LEC 1/2000 en su apartado primero, hasta tanto no se apruebe la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

<sup>122</sup> Esta cuestión la trataré con mayor detenimiento en el apartado dedicado a la inscripción de las adopciones.

<sup>123</sup> V. José MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Barcelona, 2000, p. 178.

<sup>124</sup> En este sentido se ha pronunciado numerosa jurisprudencia. V. como ejemplo el Auto de la AP de Valencia (sección 3.ª), de 2 de julio de 1998.

<sup>125</sup> V. Pedro DE PABLO CONTRERAS, «Comentario al artículo 172 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Madrid, 1993, pp. 86-88.

<sup>126</sup> V. Marta SALANOVA VILLANUEVA, «El derecho del menor a no ser separado de sus padres» en *DPC*, vol. 3, n.º 7, 1995, pp. 231-297.

coincide con lo que dispone la normativa internacional al respecto<sup>127</sup>. En particular, el art. 7.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 afirma que «*el niño (...) tendrá derecho (...) a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos*». Pero, ¿por familia de origen ha de entenderse únicamente a la familia *strictu sensu* (esto es: la familia nuclear, la conyugal, en definitiva, los padres) o también debe englobar a la familia extensa (o sea, la compuesta por tíos, abuelos,...)? En mi opinión, y partiendo de que debe salvaguardarse en todo momento el principio del interés superior del menor, ha de interpretarse siempre que el principio del mantenimiento del menor en su familia hace referencia también a la familia extensa, por lo que si ésta cumple los requisitos que se consideren oportunos para su cuidado, éste permanecerá con ellos amparado por una institución de protección (si bien no podrá ser la adopción en los casos previstos en el art. 175. 3, 1.º y 2.º CC)<sup>128</sup>.

La Recomendación n.º 1074 del Consejo de Europa de 1988, relativa a la política de familia, sostiene que es la familia el ámbito donde las relaciones entre sus miembros son más densas y ricas, y el lugar por excelencia para la educación de los menores. En este sentido se expresa el art. 172.4 CC en su nueva redacción:

*«4. Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona».*

Por ello, puede afirmarse que la adopción será una solución válida siempre y cuando el mantenimiento del menor en su medio de origen no le sea beneficioso, porque así lo estime la autoridad competente o bien porque sea la propia familia biológica la que *motu proprio* entregue al menor en adopción. En ambos supuestos el interés del menor en permanecer en su familia de origen se transforma en el interés de ser integrado en una nueva familia, donde entra a jugar un importante papel la institución de la adopción<sup>129</sup>.

Debe sostenerse, por consiguiente, la subsidiariedad de la institución de la adopción, habida cuenta de las trascendentales consecuencias que la misma conlleva (que en el caso de nuestro país, son principalmente su irrevocabilidad y la ruptura de vínculos con la familia biológica con la subsiguiente creación de los mismos con la familia adoptante), lo cual justifica aún más la exigencia de este principio<sup>130</sup>, principio que rige no sólo en la legislación española, sino en el Derecho extranjero<sup>131</sup> así como en las normas internacionales.

<sup>127</sup> La 3.ª conclusión a la que llegó el Grupo de Expertos que redactaron la *Declaration on Social and Legal Principles Relating to the Protection and Welfare of Children* fue la siguiente: «*It is affirmed that the first priority for a child is to be cared for by the biological parents. Other family members should be the first alternative if the biological parents cannot provide care for the child*». VVAA, *Adoption and foster placement of children (Report of an Expert Group Meeting on Adoption and Foster Placement of Children. Geneva, 11-15 december 1978)*, United Nations, New York, 1980, p. 8. V. también, Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, «El principio de prioridad de la propia familia. El carácter subsidiario del acogimiento preadoptivo y de la adopción» en *La nueva adopción*, Madrid, 1989, pp. 122-129.

<sup>128</sup> V. Julio CARBAJO GONZÁLEZ, «El derecho de relación con parientes y allegados» en *La Ley*, tomo 4, 2000, pp. 1502-1512.

<sup>129</sup> V. Julio Ignacio IGLESIAS REDONDO, «Los principios informadores de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: el Estatuto Constitucional del Menor» en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, pp. 133-135.

<sup>130</sup> V. Juan Antonio GARCÍA GARCÍA, «Aspectos civiles del ejercicio por la administración pública de la tutela sobre menores desamparados» en *AFD de la Universidad de La Laguna*, n.º 15, 1998, p. 104.

<sup>131</sup> A modo de ejemplo puede citarse el *Estatuto da Criança e do Adolescente* de Brasil que, en su art. 31, sostiene que: «*La colocación en familia sustituta extranjera constituye una medida excepcional, solamente admisible en la modalidad de adopción*»; y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que prevé que: «*Las solicitudes de adopción de co-*

### III. LA ADOPCIÓN EN SU VERTIENTE INTERNACIONAL

Los menores, por el mero hecho de serlo, deben ser objeto de una especial protección por parte de las Autoridades públicas en todas y cada una de las medidas que se tomen con relación a él. Por ello, la realización de adopciones que impliquen la salida de menores de sus países de origen tiene necesariamente que ir acompañada del desarrollo de la normativa y de políticas sociales por parte de los países implicados, encaminadas a proteger los derechos de los mismos<sup>132</sup>. Por tanto, todos y cada uno de los países que se vean inmersos en la tramitación de este tipo de adopciones (tanto si son los países de origen del menor, como si son los de recepción del mismo) deben poner los medios para salvaguardar los intereses y derechos de los menores.

#### 3.1. ¿«Adopción internacional»?

Parte de la doctrina ofrece particulares versiones de lo que es la adopción internacional. Para TRILLAT<sup>133</sup>, la adopción internacional no es otra cosa que una emigración especial en la que los emigrantes son los menores que van a trasladarse a otros países, pero no por su propia voluntad, sino por la del adoptante: he aquí la singularidad de esta emigración. En mi opinión, e independientemente de que es innegable que se produce un traslado de un nacional de un país a otro, utilizar esta particularidad que supone la adopción internacional para definirla es un error puesto que ha de hacerse hincapié en los efectos sustantivos últimos y de mayor trascendencia que genera esta institución: la asimilación a la filiación biológica. Es posible incluso, que una vez que el menor sea adoptado en el país de origen la adopción sea inscrita en el Registro Consular español del país de origen del menor y que el menor llegue a España con pasaporte español, por lo que en estos supuestos no se estaría ante una «emigración» diferente a la de cualquier familia española que, habiendo residido en el extranjero, decide regresar a nuestro país. Este supuesto, en el que los hijos también estarían siendo trasladados sin su consentimiento, se podría encuadrar fácilmente dentro de la definición anteriormente expuesta.

Por todo ello, prefiero decantarme por una definición que englobe necesariamente el hecho sustantivo de la adopción y que denote sus especiales características. La mayoría de la doctrina coincide en definir la adopción internacional como aquella adopción en la que concurre un elemento de extranjería, ya sea por alguna de las partes intervinientes (adoptante o adoptado) o bien por el lugar de realización de la misma<sup>134</sup>. Como sostiene con gran acierto, desde mi punto de vista, y con una brillante claridad expositiva MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>135</sup>, es mejor hablar de adopciones inter-

---

*lombianos, cuando llenan los requisitos establecidos por el Código del Menor, tienen prelación o preferencia frente a las que presentan los extranjeros». V. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Orientaciones para la adopción de los menores colombianos, Ministerio de Trabajo, Santa Fé de Bogotá, 1994, p. 18.*

<sup>132</sup> V. Víctor HERRERO ESCRICH, «Adopción Internacional» en VVAA, *I Jornadas de Protección al Menor en España y su protección hacia Iberoamérica*, Madrid, 1999, pp. 168-172.

<sup>133</sup> V. BRIGITTE TRILLAT, «Une migration singulière: la adoption internationale» en *Actes du séminaire Nathalie-Masse, 25, 26 e 27 mai 1992*. Centre international de l'enfance de Paris, p. 15 y ss. Le siguen en este punto Salomé ADROHER BIOSCA y Ana BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, «La adopción internacional: una nueva migración» en *Migraciones*, n.º 8, 2000, p. 252.

<sup>134</sup> El segundo supuesto se refiere al caso de que por ejemplo, un español adopte a otro español en el extranjero. En este caso, si se toma como criterio definidor la mera concurrencia de un elemento de extranjería, se estaría ante una adopción internacional. Para DOGLIOTTI, sin embargo, «L'espressione adozione internazionale indica situazioni, tra loro differenti, che hanno un presupposto comune: la diversa cittadinanza dell'adottato e degli adottanti». Massimo DOGLIOTTI, «L'adozione internazionale e la Convenzione de L'Aja» en *DFP*, 1995, p. 263.

<sup>135</sup> Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La adopción internacional» en VVAA, *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor*, La Coruña, 1999, p. 90.

nacionales en plural, «(...) tantas como de países eventualmente implicados, ya que las legislaciones propias de los países de origen, al establecer sus propios requisitos, procedimientos y exigencias para la adopción (...) imponen diferenciar los casos. En otras palabras: no hay una adopción internacional, desde el punto de vista de los requisitos legales, sustantivos y procedimentales, sino tantas como países de origen implicados, por más que se hayan producido esfuerzos de armonización a nivel internacional. Concretando más: cuando un español quiere realizar una adopción internacional, es fundamental saber con respecto a qué país o países quiere hacerlo, puesto que los pasos que tiene que seguir, y los requisitos que le van a exigir, tanto formales como sustantivos, pueden ser bien distintos». Por su parte, ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE y MILLARES SANGRO<sup>136</sup>, afirman que: «(...) la internacionalidad en la adopción, como ocurre igualmente en los diferentes sectores relativos a los menores, se produce cuando aparecen diferentes nacionalidades o diferentes autoridades u ordenamientos jurídicos afectados o implicados (...)».

Por tanto: ¿el hecho de que concurra cualquier elemento de extranjería implica necesariamente que se esté ante una adopción internacional?<sup>137</sup> En la actualidad<sup>138</sup>, para la doctrina internacionalista, el elemento de extranjería no tiene necesariamente que suponer una situación de tráfico jurídico externo. Es decir, cualquier elemento extranjero no constituye por sí mismo el elemento de pluriconexión definidor de la situación en la que aparece como de tráfico jurídico externo. Es preciso que el elemento extranjero «(...) se manifieste en un elemento relevante de la situación o relación de que se trate»<sup>139</sup>. La cuestión no es baladí: el calificar o no a toda adopción en la que concurra un elemento de extranjería como de internacional conlleva importantes consecuencias. Un claro ejemplo de las múltiples combinaciones que pueden desembocar en la internacionalización de la institución es el que ofrece BOUZA VIDAL<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> Antonio ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE y Pedro Pablo MILLARES SANGRO, «El tratamiento de los menores en el Derecho Internacional Privado Español. La coexistencia entre las soluciones convencionales y la búsqueda del interés del menor» en *Problemas candentes en los procesos de familia*, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 1995, p. 62.

<sup>137</sup> V. Pilar BRISIO DÍAZ, «La constitución de la adopción en Derecho Internacional Privado español» en *BIAGN*, n.º 104, agosto, 1989, pp. 1435-1437. Esta autora concluye que los criterios que hay que tener en cuenta, desde su punto de vista, para calificar a la adopción de internacional, son: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual de las partes. V. pp. 1445-1452 de la *ob. cit.*

<sup>138</sup> En un principio, para los internacionalistas sólo la extranjería de los agentes jurídicos determinaba la pertenencia del supuesto al tráfico externo, mientras que posteriormente, cualquier factor extranjero, independientemente del carácter del mismo implicaba la consideración de «internacional». V. José María ESPINAR VICENTE, *Curso de Derecho Internacional Privado Español (Técnicas de Reglamentación y normas)*, vol. 1.º, Madrid, 1991, p. 47 y ss.

<sup>139</sup> V. LOUIS-LUCAS, «Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé» en *Journal Clunet*, 1962, p. 858 y ss., citado por José María Espinar Vicente, *Curso de Derecho Internacional Privado Español (Técnicas de Reglamentación y normas)*, vol. 1.º, Madrid, 1991, p. 48 (nota al pie n.º 4).

<sup>140</sup> Esta autora combinando «la residencia» y «la nacionalidad de adoptado y adoptante» enumera hasta catorce supuestos distintos de adopción internacional, que existirá, según ella, cuando:

- 1.—El adoptante es español residente y el adoptando es extranjero residente en España.
- 2.—El adoptante es español residente y el adoptando es español no residente.
- 3.—El adoptante es extranjero residente y el adoptando es español no residente.
- 4.—El adoptante es extranjero residente y el adoptando es español residente.
- 5.—El adoptante es español no residente y el adoptando es extranjero residente.
- 6.—El adoptante es español no residente y el adoptando es español residente.
- 7.—El adoptante es español no residente y el adoptando es español no residente.
- 8.—El adoptante es extranjero no residente y el adoptando es español residente.
- 9.—El adoptante es extranjero no residente y el adoptando es español no residente.
- 10.—El adoptante es español residente y el adoptando es extranjero no residente.
- 11.—El adoptante es extranjero residente y el adoptando es extranjero residente que no adquiere la nacionalidad española como consecuencia de la adopción.
- 12.—El adoptante es extranjero residente y el adoptando es extranjero no residente.

Esta preocupación por especificar de una manera clara lo que debe entenderse por adopción internacional y lo que no, se ha visto reflejada en diferentes normas jurídicas, las cuáles han ido tomando como elemento diferenciador distintas variables<sup>141</sup>. En el proyecto de Convenio que se elaboró en la Reunión de Expertos sobre adopción de menores (celebrada en Quito del 7 al 11 de marzo de 1983 y organizada por el Instituto Interamericano del Niño), en la que también participó la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos<sup>142</sup>, se infiere claramente cómo la denominación de «adopción internacional» por sí sola puede llevar a equívocos. Por ello se intentó concretarla tomando como criterio revelador de la internacionalización de la institución el de la residencia de las partes implicadas<sup>143</sup>.

En el Derecho Comparado, destaca la regulación que lleva a cabo la Ley italiana n.º 184 de 1983 que bajo el título genérico de «Adopción Internacional» englobó los siguientes supuestos: a) la adopción de un menor extranjero por parte de un matrimonio italiano residente en Italia; b) la adopción de un menor extranjero por parte de un matrimonio italiano residente en el extranjero; y c) la adopción de un menor italiano por parte de un matrimonio residente en el extranjero, ya sea éste italiano o extranjero.

Desde el punto de vista de nuestro Derecho, y dado que no existe una norma similar a la italiana expuesta en nuestro ordenamiento, ¿cuál es el criterio revelador de que se está ante una adopción internacional? Partiendo del análisis de los catorce supuestos que presenta BOUZA VIDAL, puede entreverse claramente cómo no todos ellos redundan en las mismas consecuencias jurídicas. De la misma opinión es ESPINAR VICENTE<sup>144</sup> que apunta la posibilidad de que en la adopción de menor extranjero por adoptante español (supuesto que constituye en la práctica el que se da con más asiduidad) no sea una verdadera adopción internacional. Según este autor, si bien es cierto que «(...) durante el proceso de constitución, la nacionalidad del adoptando introduce un elemento de extranjería (...), no es menos cierto que una vez que culmina el proceso, la adopción, en el mismo momento de constituirse, se traduce en una relación entre dos españoles regida por el derecho español. El elemento extranjero gravita durante la tramitación del expediente y desaparece automáticamente cuando éste concluye. La adopción efectuada por un español no puede tener por base una relación de Derecho Internacional Privado. Bien se realice en España, bien se formalice en el extranjero, a partir de su constitución o de su reconocimiento, la acción automática del art. 19, pfo. 1 del Código Civil, al atribuir la nacionalidad española al adoptado menor, enerva el elemento de extranjería previo y la adopción nace como relación de derecho ab initio». Con relación a este supuesto analizado por ESPINAR VICENTE, creo que es indiscutible que desde que la adopción se reconoce por nuestro país, deja de tener la vertiente internacional que ha marcado su proceso de constitución, al adquirir la nacionalidad española el adoptado, no pudiendo, por tanto,

13.—El adoptante es español no residente y el adoptando es extranjero no residente.

14.—El adoptante es extranjero no residente y el adoptando es extranjero residente.

V. Nuria BOUZA VIDAL, «La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado» en *RGLJ*, 1987-II, pp. 921-922.

<sup>141</sup> V. Eduardo TELLECHEA BERGMAN, «La adopción transnacional en el actual Derecho Internacional (Análisis en especial de las soluciones consagradas por la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y la Convención Interamericana de 1979 sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores)» en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, año VII, n.º 8, 1993, pp. 35-155 (en especial, pp. 139-140).

<sup>142</sup> V. ULBADINO CALVENTO, «Los derechos del niño en el marco de la Organización de los Estados Americanos» en *Menores*, n.º 17-18, 4.ª Época, septiembre-diciembre, 1989, pp. 43-58.

<sup>143</sup> Art. 1.º: «La presente Convención se aplicará a la adopción de menores cuando él o los adoptantes y el adoptado tengan su residencia habitual en Estados partes diferentes».

<sup>144</sup> V. José María 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 D.G.R.N.)» en *AC*, n.º 32, 1997, p. 768.

hablar de adopción internacional más que a los efectos puramente administrativos (tales como compromisos de seguimiento entre países).

La realidad práctica revela que la gran mayoría de las veces en las que se emplea el término adopción internacional es para hacer referencia a una adopción realizada por adoptante español residente en nuestro país que procede a adoptar a un menor extranjero en su país de origen. Ésta es la tónica general, hasta el punto de que en más de una ocasión, al pretender definir la adopción internacional, únicamente se ha tenido en cuenta esta visión parcial de la misma<sup>145</sup>. Pero el que éste sea el prototipo de adopción internacional que con más frecuencia se lleva a cabo en la práctica, no impide que junto al mismo deban situarse otros supuestos en los que también concurren elementos de extranjería relevantes y que obligan a calificar la adopción constituida como de internacional. A lo largo del presente trabajo haré referencia básicamente a la adopción de un menor extranjero por adoptante español constituida por la competente autoridad extranjera, a la adopción de un menor extranjero por adoptante español constituida por el Cónsul español en el país de origen, así como a la adopción realizada ante el Juez español de un menor extranjero. De esta manera, centro el análisis en estos tres supuestos en los que los elementos de extranjería son claramente indicadores de que la adopción que se está constituyendo puede ser calificada sin duda alguna como de internacional.

### 3.2. Principios inspiradores de la adopción internacional

La adopción internacional se caracteriza por ser interracial e intercultural (ya que los grupos étnicos a los que pertenecen el adoptante y el adoptado son, en la mayoría de las ocasiones, completamente diversos)<sup>146</sup> así como por la mayor complejidad que suponen sus trámites, puesto que entran en juego dos legislaciones diferentes que pueden, incluso, llegar a ser contradictorias: la del adoptado y la del adoptante<sup>147</sup>. Al analizar los ordenamientos de los países implicados, se observa claramente cómo se intenta evitar el tráfico de menores<sup>148</sup>. PERALTA AN-

<sup>145</sup> En el Apéndice C (*Intercountry Adoption Glossary of Terms*), VVAA, *Intercountry adoption guidelines*, Washington D.C., 1980, p. 97, se definió a la adopción internacional de la siguiente manera: «*is a process by which a married couple or single individual of one country adopts a child from another country*».

<sup>146</sup> V. Salomé ADROHER BIOUSCA y Ana BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, «La adopción internacional: una nueva migración» en *Migraciones*, n.º 8, 2000, pp. 266-272.

<sup>147</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ alude a dos términos que clarifican la complejidad de esta materia al afirmar que existe una «inflación normativa» caracterizada por su «dispersión». Como sostiene este autor, «*Inflación y dispersión normativas son el caldo de cultivo apropiado para la aparición de incoherencias, contradicciones y problemas añadidos a los que plantea la propia situación social, ya de por sí compleja*». V. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La adopción internacional» en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, p. 106.

<sup>148</sup> Desgraciadamente continúan dándose casos de adopciones realizadas al margen de la normativa (nacional e internacional) existente, lo cual se refleja en numerosos artículos de actualidad. V. Emilio CORTÉS BECHIARELLI, *Aspectos de los delitos contra la filiación y la nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid, 1996; Leticia GARCÍA VILLALUENGA, «Protección al menor en el nuevo Código Penal» en *CTS*, n.º 10, 1997, pp. 195-213; José Luis Díez RIPOLLÉS, «Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española» en *RP*, n.º 2, pp. 17-22; Josefa M.ª UHIA ALONSO, «Problemática de tipo legal derivada de la adopción internacional» en *La Ley*, n.º 4480, 1998, pp. 1-5; Patricia 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)» en *AC*, tomo I, vol. 2.º, 1998, p. 14; Elda RANGEL ANGARITA, «Cómo luchar contra el abuso, tráfico, venta y rapto de niños» en VVAA, *Adopción Internacional*, Universidad Central de Venezuela Caracas, 1998, pp. 227-236; VVAA, «Abusos cometidos en la adopción internacional» en *Innocenti Digest*, UNICEF, n.º 4, julio de 1999, pp. 6-7; Águeda LAFORA GONZÁLEZ, «Tráfico de menores y adopción internacional» en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Coord. M.ª Teresa Martín López, Colección «Estudios», Cuenca, 2000, pp. 93-100. José Manuel MARTÍN MEDEM pone de manifiesto en su libro *Niños de repuesto. Tráfico de menores y comercio de órganos*, Madrid, 1994, entre otras muchas cosas, que tres mil de los cuatro mil niños brasileños adoptados por italianos desde 1988 han desaparecido pues no se sabe cuál

DIA<sup>149</sup> concreta en los siguientes los principales motivos que amparan el tráfico de menores tras la realización de adopciones internacionales: pobreza de las familias campesinas y urbano-marginales; crisis ético-moral de magistrados, fiscales y abogados; insensibilidad de la sociedad y poder económico de los padres adoptantes de nacionalidad extranjera. En España, afortunadamente, el tráfico de menores se encuentra expresamente tipificado en el art. 221 de nuestro Código Penal<sup>150</sup>, así

---

es su paradero, ni siquiera si continúan con vida. El robo de niños mexicanos para venderlos en Estados Unidos está confirmado por la policía. En Estados Unidos hay unos diez mil niños esperando órganos para poder sobrevivir. En 1990 el gobierno de este país reconoció, en un informe para la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que la adopción ilegal de niños mexicanos se utilizaba en algunos casos para la venta de órganos. La mayoría de estos niños proceden de familias analfabetas, por lo que los mecanismos de denuncia no suelen funcionar con la misma rapidez que en otras zonas. V., con carácter general, VVAA, *Explotación y Protección Jurídica de la Infancia*, Coord. Carlos Villagrasa Alcaide, Barcelona, 1998. En el Informe preparado por el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente titulado «La situación mundial en lo que respecta al tráfico internacional de menores» del Consejo Económico y Social, elaborado en Viena del 30 de mayo al 9 de junio de 1995 (E/CN. 15/1995/4) se revela claramente la dramática situación que se vive en muchos países, definiendo el tráfico de menores como «(...) el traslado, con fines ilícitos, de un menor o un adolescente de un país a otro -tráfico internacional- o dentro del mismo país -tráfico nacional o local-, separando al niño o al adolescente de su familia con miras a su adopción, a su explotación laboral, su explotación en la prostitución para la pornografía, la extracción de uno o más de sus órganos, o su reclutamiento en fuerzas militares o fuerzas armadas paramilitares, para beneficio u otras ventajas del que cometa el hecho o de alguna persona».

Con relación al tema de la adopción puede citarse la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores hecha en México el 18 de marzo de 1994 que establece en el primer párrafo de su art. 18: «Las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado Parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuera el tráfico internacional de menores. (...)». Además, a nivel nacional, cabe señalar que la reforma de 1987 estuvo claramente marcada, tal y como se deduce de su Exposición de Motivos, por el deseo de acabar con el tráfico de niños. V. sobre este punto Antonio PILLADO MONTERO, «Notas sobre el Proyecto de Ley de reforma en materia de adopción» en *RDP*, mayo 1987, p. 446 y ss. Son interesantes las reflexiones que pone de manifiesto Chantal Saclier, Directora de Programas del Servicio Social Internacional, «Los niños y la adopción: qué derechos y de quién» en *Innocenti Digest*, UNICEF, n.º 4, julio de 1999, pp. 12-13, cuando afirma que: «En realidad, el negocio de la compraventa de niños ha experimentado un crecimiento espectacular como consecuencia de la adopción internacional. La conexión entre ambos fenómenos se genera por la constante presión que ejercen las parejas de países económicamente avanzados y por el hecho de que, a menudo, se les induce a pagar altas sumas de dinero para satisfacer su deseo de tener un hijo. En estos casos, la adopción (tanto nacional como internacional) se convierte, con demasiada frecuencia, en un acto de egoísmo, una prueba de la incapacidad de aceptar la presencia de obstáculos en el propio camino, un modo de resolver una frustración personal perjudicando a los menos privilegiados económicamente. Dicho comercio depende también de la corruptibilidad de los funcionarios, profesionales e intermediarios, que ven en la adopción una forma rápida de hacerse ricos, ya sea mediante el soborno o incrementando el precio real de los servicios prestados. Este comercio se ve impulsado además por la sed de ganancias que existe en poblaciones desestabilizadas por la pobreza o por el derrumbamiento de sus sociedades. El niño al que se le pisotean sus derechos se convierte en un objeto, en una mercancía con la que se puede comerciar». V. también, Alfonso MARINA HERNÁNDEZ, «La adopción internacional y el tráfico de menores» en *Infancia y Sociedad*, n.º 33, 1995, pp. 202-211; Martine AUDUSSEAU-POUCHARD, «Crímenes contra la humanidad: la infancia aniquilada» en *Adoptar un hijo hoy*, Barcelona, 1997, pp. 191-223; *Protección de la infancia y de la familia más allá de las fronteras. Principios y Métodos para el Tratamiento de Casos Internacionales (Seminario de Formación del SSI, celebrado en Londres del 20 al 24 de octubre de 1997)* en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 47, Madrid, 1999; Pilar CERNUDA y Margarita SÁENZ-DIEZ, «Redes delictivas» en *Los hijos más deseados*, Madrid, 1999, pp. 187-202.

<sup>149</sup> Javier Rolando PERALTA ANDIA, *Derecho de Familia en el Código Civil*, Lima, 1996, pp. 316-318.

<sup>150</sup> El art. 221 de nuestro Código Penal dispone que: «1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por el tiempo de cuatro a diez años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en un país extranjero (...). V. Emilio CORTÉS BECHIA-RELLI, por todos, *Aspectos de los delitos contra la filiación y la nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid, 1996, pp. 93-108. Lamentablemente no es infrecuente encontrar en la práctica casos de tráfico de menores. Los menores son raptados por redes delictivas, e incluso vendidos por sus propios padres al no poder o no querer hacerse cargo de ellos. V. Eduardo Demetrio CRESPO y Ágata María SANZ HERNÁNDEZ, «Problemática de las redes de explotación sexual de menores» en *Nuevas Cuestiones Penales*, Madrid, 1998, pp. 57-74. Incluso, menores que no reúnen las condiciones de adopta-

como los consiguientes beneficios económicos que éste puede generar. Paralelamente, se pretende que los menores dados en adopción a extranjeros cuenten con las mismas garantías que disfrutaban los nacionales<sup>151</sup>. En todo caso, debe afirmarse que parece imprescindible que el menor sea adoptado respetando tanto su ley nacional como la del país de acogida.

Con relación a los principios que inspiran a la institución adoptiva en su vertiente internacional, puede afirmarse que todos y cada uno de los anteriormente analizados, aplicables a las adopciones nacionales, lo son también a las internacionales. Pero la internacionalización de la institución aporta particularidades a algunos de ellos, pues al entrar en juego dos legislaciones diferentes, habrá que estar a lo que las mismas determinen<sup>152</sup>. Dado que el presente estudio toma como base nuestro Derecho interno, los principios que informan la adopción internacional desde el punto de vista de nuestro país, en mi opinión, son los que a continuación se enumeran<sup>153</sup> (aunque no en orden jerárquico): principio de primacía del interés del menor<sup>154</sup>, principio de garantía de legalidad en todas las actuaciones, principio de igualdad de la filiación, principio de gratuidad de las adopciones, principio de competencia de autoridades, principio de subsidiariedad de la adopción internacional. El principio de subsidiariedad de la adopción internacional<sup>155</sup> es el que adopta notables particularidades si se compara con su homónimo nacional. Todos los niños tienen derecho a crecer en una familia, en su familia<sup>156</sup>, así como a conservar los vínculos con su grupo de origen, su país. Sólo cuando no sea posible la colocación en su propio entorno, la adopción por extranjeros se concibe como un beneficio<sup>157</sup>. Por ello, su respeto deberá ser garantizado por el país de origen del menor<sup>158</sup>.

---

bilidad que se les suele exigir son objeto de estas prácticas fraudulentas, siendo destinados a la prostitución o a ser donantes involuntarios. Todas estas prácticas reprobables exigen que la legislación en esta materia sea especialmente meticulosa al escurrir cuáles fueron los trámites seguidos y los que deben seguirse para culminar la adopción, garantizando en todo momento los derechos de los menores y de sus familias biológicas, los cuales están (sobre todo los de los menores), sin lugar a dudas, por encima de los deseos de los adoptantes de que todo el proceso se lleve a cabo con la mayor celeridad y discreción.

<sup>151</sup> V. el art. 1 LO 1/1996.

<sup>152</sup> Por ejemplo, si la adopción nacional se realiza entre dos países que no tienen recogido en sus respectivos ordenamientos jurídicos el principio de igualdad de la filiación, es evidente que dicho principio no se aplicaría.

<sup>153</sup> Con relación al tema de los principios puede verse: Elena CALVO BLANCO, «Principios de la Adopción Internacional» en *Trabajo Social Hoy*, n.º 3, 1994, pp. 84-91; Salomé ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Asociación Española de Abogados de Familia, 1999, p. 103. Para esta autora los principios más relevantes que informan la adopción internacional son: el principio de subsidiariedad, competencia de autoridades, consentimiento paterno-materno, equivalencia de garantías, lucha contra el tráfico y búsqueda de la cooperación internacional.

<sup>154</sup> V. Ingrid BRENA SESMA, «El interés del menor en las adopciones internacionales» en *Estudios sobre adopción internacional*, Coord. Nuria González Martín y Andrés Rodríguez Benot, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, n.º 69, 2001, pp. 79-96.

<sup>155</sup> De esta manera se expresa unánimemente la doctrina: «(...) la importancia secundaria de la adopción internacional supone el que esta debe ser considerada como el último recurso: la principal prioridad de un niño es la de ser criado por sus propios padres; de aquí la necesidad de crear medidas dirigidas al fortalecimiento de las familias en riesgo para así prevenir el abandono. Cuando esto fracasa la siguiente prioridad debe ser la adopción nacional. Finalmente, cuando todas las medidas son inaplicables, se pasa a considerar la adopción internacional como una alternativa». Francisco PILOTTI DAVIES, «Adopción entre países: tendencias, asuntos e implicación de la política de los años noventa», informe elaborado para el Instituto Interamericano del Niño, Quito, 1991. V. Luis Carlos CHANA GARCÍA, «La adopción internacional como alternativa subsidiaria de protección a la infancia en la Cooperación al Desarrollo» en *Trabajo Social Hoy*, n.º monográfico, 2.º semestre de 1997, pp. 95-106.

<sup>156</sup> V. Joseph I. GOLDSTEIN, «¿En el interés superior de quién?» en *Derecho, Infancia y Familia*, Coord. Mary Belof, Barcelona, 2000, pp. 115-129.

<sup>157</sup> V. Tilde LONGOBARDO, «La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo» en *DFP*, n.º 1 y 2, 1991, p. 401 y ss.; Ministerio de Asuntos Sociales, *Adopción de niños de origen extranjero. Guía para solicitantes de adopción*, Madrid, 1995.

<sup>158</sup> V. Salomé ADROHER BIOSCA y Ana BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, «La adopción internacional: una nueva migración» en *Migraciones*, n.º 8, 2000, p. 265.

Este principio ha sido puesto de manifiesto en numerosas normas internacionales<sup>159</sup>. La Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños (Resolución 41/85), de 3 de diciembre de 1986, establece en su art. 3 que: «*Como primera prioridad, el niño debe quedarse con su propia familia*» y en su art. 4 que «*Cuando los propios padres del niño no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva —adoptiva o de guarda— o en caso necesario, una institución apropiada*». En lo referente a la conveniencia o no de realizar una adopción internacional, el art. 17 de esta Resolución manifiesta que: «*Cuando no sea factible colocar a un niño en un hogar de guarda o darlo en adopción a una familia adoptiva, o cuando el niño no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, podrá considerarse la adopción en otro país como forma alternativa de proporcionarle una familia*». En el mismo sentido se pronuncia la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 en su art. 21 b)<sup>160</sup>.

También se recoge en el CHAI<sup>161</sup>. Tal y como ha manifestado el Secretario General de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, HANS VAN LOON<sup>162</sup>, dicha Convención

<sup>159</sup> La Carta Africana de Derechos y Bienestar del Niño, de 11 de julio de 1990, en su art. 24 punto segundo establece que «*(...) la adopción internacional (...) puede, en última instancia, ser considerada como una medida alternativa para el cuidado del niño, en el caso de que no pueda ser acogido o adoptado por una familia, o no pueda ser atendido de manera adecuada en su país de origen*». En el mismo sentido se expresa la Sentencia India Lakshmi Kant Pandey vs. Union of India & ORS. de 6 de febrero de 1984. Indian Council of social welfare. Writt Petition (CRL) n.º 1171/1982 en *DNI Protección de los derechos de los niños en las adopciones internacionales* (Selección de documentos acerca del problema de la venta y trata de niños, junio de 1989. Doc. n.º 17 apdo. b): «*Somos indudablemente de la opinión de que la adopción de niños extranjeros debe ser permitida solamente después de agotar la posibilidad de la adopción dentro del país por padres indios; por lo general los padres indios prefieren adoptar a un niño en vez de una niña y ellos son totalmente contrarios a adoptar a un niño físicamente impedido. Es así que la mayoría de las niñas abandonadas, indigentes o huérfanas y niños impedidos tienen poca posibilidad de encontrar padres adoptivos dentro del país y su futuro depende solamente de la adopción internacional*».

<sup>160</sup> En este precepto, además, se exige que sea el interés superior del menor el que esté presente y oriente todo el proceso de adopción, lo cual se concreta en las cinco siguientes obligaciones para los ciento cincuenta Estados parte del Convenio: 1.º.- Se les exige velar por que la adopción del niño sólo sea autorizada por los organismos o autoridades competentes. Serán éstas las únicas que podrán dar el visto bueno a la adopción, una vez comprobado que se han cumplido todos los requisitos pertinentes (consentimientos y asentimientos necesarios, documentación completa). 2.º.- Los Estados parte han de reconocer que la adopción internacional es un medio de protección de aquellos menores que no pueden ser atendidos debidamente ni adoptados en su país de origen. 3.º.- Además, deben comprobar si el país de recepción del menor adoptado ostenta las garantías y normas equivalentes a las existentes en el país de origen. 4.º.- En ningún caso podrá permitirse que la adopción internacional facilite beneficios económicos a ninguna de las personas o entidades que en ella han intervenido. 5.º.- Finalmente, los Estados parte han de realizar tantos Convenios acuerdos, bilaterales o multilaterales, como sean necesarios para poder llevar a cabo los propósitos enunciados anteriormente. V. Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, «Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, tomo I, 1991, pp. 269-272.

<sup>161</sup> V. el documento preliminar base de los trabajos preparatorios del CHAI. Esta idea también se halla recogida en muchos otros documentos tales como las *Directrices para procedimientos de adopción internacional* (concretamente en la n.º 3.1.) del Servicio Social Internacional y del Centro de Adopción de Suecia, Ginebra, 1993; los Estatutos de la *Netherlands Intercountry Child Welfare Organization* de los Países Bajos (art. II); etc. Un ejemplo claro del reflejo de este principio de subsidiariedad de las adopciones internacionales en la normativa interna de los países se encuentra en la legislación de Portugal. El art. 16.1 del DL 185/93, de 22 de mayo, establece que: «*Cuando se mostrara viable la adopción en Portugal, no será permitida la colocación del menor con vista a su adopción en el extranjero*». También se prevé que tendrá preferencia sobre el extranjero adoptante el residente en Portugal que quiera adoptar. Incluso, deberán publicarse edictos que induzcan a posibles interesados nacionales a ejercer este derecho de preferencia en la adopción de un menor portugués. También, por citar un país de origen de menores, la Ley 27337 de Perú por la que se aprueba el Código de los Niños y Adolescentes del año 2000 dispone en su art. 116 que: «*La Adopción por extranjeros es subsidiaria de la Adopción por nacionales. En caso de concurrir solicitudes de nacionales y extranjeros, se prefiere la solicitud de los nacionales*».

<sup>162</sup> Hans VAN LOON, «La Convención de la Haya sobre adopciones entre países: objetivo, procedimientos y medidas de protección», conferencia impartida en el *Congreso sobre Adopción Internacional: procedimientos legales e integración*

«(...) establece una jerarquía de los principios del bienestar del niño que sirven de base para su marco de cooperación: a) Primera Prioridad (preámbulo, pfo. 2): Mantener al niño en el seno de su familia de origen. b) Segunda Prioridad (preámbulo, pfo. 3): Encontrar a una familia adecuada en el Estado de origen. c) Tercera Prioridad: Adopción entre países, en conformidad con la Convención. d) Cuarta Prioridad: Alternativas no familiares, dentro y fuera del país de origen.»

Por tanto, si existe la posibilidad de que el menor pueda ser adoptado en su país, la adopción internacional no deberá realizarse. Una cuestión polémica es la del periodo de tiempo que debe transcurrir para considerar que el menor no va a ser adoptado por nacionales y que, por tanto, va a poder ser adoptado por extranjeros. Deberá atenderse en mi opinión, al tanto por ciento de solicitudes de adopción nacional que se presentan y relacionarlas directamente con el número de menores susceptibles de ser adoptados: si se deduce que las solicitudes no van a poder asumir a los menores que esperan para ser adoptados, deberán tramitarse adopciones internacionales. Pero, dejando de lado esta cuestión, ¿qué es preferible: que un menor nacional sea adoptado por un extranjero o bien que sea sometido a guarda, a tutela o a acogimiento por un nacional? Aunque las legislaciones no prevén ningún grado de preferencia entre ambas posibilidades, ha de defenderse, con carácter general, que el menor sea adoptado por un extranjero. De esta manera se le está garantizando, partiendo de que la adopción que se constituya sea irrevocable, una estabilidad afectiva, educativa, que de otra manera pudiera verse garantizada sólo por un espacio de tiempo. Mientras que el adoptado pasa a ser hijo del adoptante a todos los efectos, el menor sometido a guarda, acogimiento o tutela, no posee el *status* de hijo de su guardador, acogedor o tutor. Probablemente, el interés del menor hará al Juez decantarse por la adopción, aunque siempre habrá que estar a las circunstancias del caso concreto.

Conviene mencionar la labor que ha venido realizando el Servicio Social Internacional<sup>163</sup> al fomentar la adopción nacional en vez de la internacional, aunque también es cierto que, según los casos, se ha decantado por recomendar una adopción internacional. Hay que ponderar dos principios que ya fueron recogidos en un Seminario sobre Adopción Internacional organizado por las Naciones Unidas y celebrado en Leysin en 1960, organizado por las Naciones Unidas: 1.º—Antes de constituir una adopción internacional, hay que analizar cuáles son las verdaderas posibilidades que tiene el menor en su propio país, dado el cambio cultural que implican estas adopciones. 2.º—Ha de considerarse a la adopción como una alternativa mejor a la posibilidad de que el menor deba pasar su vida, hasta su mayoría de edad, confinado en un centro de acogida. En definitiva, ha de preferirse a una familia, de donde quiera que sea, al internamiento en un Centro de acogida, independientemente, en principio, de las muchas prestaciones que éste pueda ofrecer al menor. En el caso de la adopción internacional, el cumplimiento de este principio debe ser supervisado por el Estado de origen del menor, y no por el Estado de recepción del mismo<sup>164</sup>.

---

*social*, organizado por el Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción (Generalitat de Catalunya), celebrado del 25 al 27 de febrero, Barcelona, 1999.

<sup>163</sup> V. en particular sobre la práctica de la adopción internacional y el Servicio Social Internacional, V. «Un documento de discusión a partir de la experiencia del Servicio Social Internacional», documento presentado en el seminario *Adopción internacional: un desarrollo de un procedimiento adecuado*, celebrado en Londres del 25 al 29 de marzo de 1996; y VVAA, *Directrices para procedimientos de adopción internacional*, Ginebra, 1993. Con carácter general sobre el Servicio, V. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Las actividades del Servicio Social Internacional y sus fundamentos jurídicos (Estudio de los instrumentos jurídicos que respaldan la acción del SSI ante sus diferentes interlocutores)*. *Materiales de Trabajo*, n.º 48, Madrid, junio de 1999.

<sup>164</sup> V. Salomé ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Asociación Española de Abogados de Familia, 1999, p. 103. No obstante, se han producido ofertas de algunos países de origen (como por ejemplo de Brasil) en el sentido de que sean los países de recepción los que supervisen esta cuestión, lo cual debe ser calificado de reprochable.

### 3.3. Nacimiento y desarrollo. Análisis de las distintas valoraciones

Se encuentran vestigios de la existencia de adopciones internacionales prácticamente a lo largo de toda la Historia de la humanidad. Sin embargo, ha sido en los últimos años cuando han cobrado especial singularidad, convirtiéndose en todo un movimiento social en las últimas décadas del siglo pasado. Ya desde el siglo XVIII existió un fenómeno que bien se puede calificar de adopción internacional una vez que en los Estados Unidos de América se adoptaron menores que habían llegado allí para trabajar, procedentes de algunos países europeos, principalmente del norte de Italia y de Manchester (Gran Bretaña). Pero fue en la década de los años cuarenta, durante la Segunda Guerra Mundial, cuando se produjo el primer gran número de adopciones internacionales en el mundo.

#### 1.º La década de los años cuarenta: La Segunda Guerra Mundial

Según PILOTTI<sup>165</sup>, la guerra motivó que muchos menores huérfanos fueran adoptados por parejas de países que no estaban en guerra, principalmente de Europa y EEUU. Entre 1948 y 1962 fueron adoptados en EEUU 840 menores chinos, 1845 alemanes y 2987 japoneses<sup>166</sup>. Estas adopciones se consideraron una solución temporal a un problema urgente y grave que no podía esperar.

#### 2.º Las décadas cincuenta y sesenta: Los países asiáticos<sup>167</sup> (en especial, Corea)

La guerra de Corea originó que muchos (miles) de menores coreanos fueran adoptados en Norteamérica y Europa, principalmente en Suecia<sup>168</sup> y Holanda<sup>169</sup>. También sucedió algo parecido en la década de los sesenta con la guerra de Vietnam, si bien no tuvo la magnitud de la de Corea.

#### 3.º La década de los setenta: Iberoamérica

Dado que Corea va cambiando poco a poco su normativa y cada vez es más reticente a permitir que sus menores sean adoptados en el extranjero<sup>170</sup> (proceso que culmina en 1977), se comienza

<sup>165</sup> V. FRANCISCO PILOTTI DAVIES, «Adopción entre países: tendencias, asuntos e implicación de la política de los años noventa», informe elaborado para el *Instituto Interamericano del Niño*, Quito, 1991.

<sup>166</sup> V. A. SILVERMAN, «Nonrelative adoption in the United States: a brief survey» en *Adoption in a worldwide perspective. A review of programs, policies and legislation in 14 countries*, de René A. C. Hoksbergen, Sweets North America INC Berwyn, 1986, p. 1.

<sup>167</sup> Esta avalancha de adopciones en los países asiáticos se reflejó también en la elaboración doctrinal de la época. V., a modo de ejemplo, Blas PIÑAR LÓPEZ, «La adopción en el nuevo Código Civil Filipino» en *ADC*, tomo 7, fasc. 4, 1954, pp. 1175-1186.

<sup>168</sup> V. GUNILLA ANDERSON y RANVEIG JACOBSSON, «A Suécia e as adopções internacionais» en *Infância e Juventude (Revista da Federação Nacional das Instituições de Protecção à Infância)*, n.º 3, 1980, pp. 7-17; Annika Grünewald, «La adopción internacional en Suecia y el papel del Centro de Adopción» en *Boletín de Estudios y Documentación del Comité español para el bienestar social (Nuevas Políticas para la infancia y adolescencia)*, n.º 5, 1995, pp. 79-85.

<sup>169</sup> V. Lucile VAN TUYLL, «Intercountry adoption in the Netherlands» en *Adoption & Fostering*, vol. 18, n.º 2, 1994, pp. 14-19.

<sup>170</sup> No obstante, en 1981 el Gobierno de Corea volvió a cambiar su política, permitiendo la salida de niños coreanos al extranjero para que fueran adoptados. Posteriormente, seis años después (en 1987) la política de este país asiático en esta materia sufrió nuevamente un giro de ciento ochenta grados, presionado sin duda por los medios de comunicación, y se comenzaron otra vez a restringir las adopciones internacionales.

a adoptar en otros países tales como La India, Indonesia, Sri Lanka o Filipinas. Pero el gran auge de adopciones en esta década se produce sin duda en los países de América Latina (principalmente Colombia, Chile, Perú, El Salvador y Ecuador)<sup>171</sup>. Se calcula que aproximadamente unos 5000 menores latinoamericanos fueron adoptados en EEUU entre los años 1976 y 1981.

#### 4.º Las décadas de los ochenta y noventa: Los países del Este

En estas décadas es cuando comienzan a desaparecer paulatinamente los regímenes comunistas que se mantenían vigentes en multitud de países del este de Europa. Ello conllevó una apertura de las fronteras que reveló, en lo que a la adopción internacional se refiere, la existencia de numerosos menores susceptibles de ser adoptados por personas de otros países, en tanto en cuanto en sus países de origen se vivían situaciones económicas muy precarias. Destacan Polonia, Rusia y Rumania.

Existen diversas causas que han originado el aumento de las «demandas» de adopción internacional. Entre ellas cabe citar las siguientes<sup>172</sup>:

a) De todos es sabido que si bien en los países desarrollados la natalidad va disminuyendo considerablemente a medida que pasa el tiempo<sup>173</sup>, existen por el contrario otras zonas del planeta donde la situación es a la inversa, y continuamente están naciendo niños en países que no poseen los medios para mantenerlos adecuadamente, en el caso de que sus padres o familiares no puedan o no quieran encargarse de ellos. Ante este desequilibrio demográfico y socioeconómico existente entre países desarrollados y países subdesarrollados<sup>174</sup>, la adopción internacional ha proliferado.

<sup>171</sup> V. Francisco PILOTTI DAVIES, «Las adopciones internacionales en América Latina: antecedentes sociales, psicológicos e históricos. Sugerencias para su reglamentación» en la *Reunión de expertos sobre adopción de menores*, organizada por el Instituto Interamericano del Niño en Quito (Ecuador) del 7 al 11 de marzo de 1983, Montevideo, 1987; Litzí AYAVIRI DE CALDERÓN, «La adopción internacional en los países de América Latina» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.

<sup>172</sup> V. Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes» en *VVAA, Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, pp. 191-193.

<sup>173</sup> Debido principalmente a la práctica del aborto, al uso de medios anticonceptivos y a la regulación del control de natalidad. También podrían apuntarse otros condicionantes como el miedo de algunas mujeres al parto, a las consecuencias laborales que puede acarrear un embarazo, o al hecho de que cada vez son más las parejas que retrasan la edad en la que desean tener un hijo (debido a la inseguridad laboral, al paro,...) por lo que la procreación puede resultar más difícil, apreciándose en un sector de la población cada vez más importante una gran disminución de la fertilidad. Adriana BEGHÉ LORETI afirma en su artículo «Problemi e prospettive dell'adozione internazionale» en *Famiglia e adozione internazionale: esperienze, normativa e servizi*, Vita e Pensiero, Milán, 1996, p. 15, que el 30 % de las parejas de los países industrializados son infértiles. Por su parte, Martine AUDUSSEAU-POUCHARD, en su obra *Adoptar un hijo hoy*, Barcelona, 1997, p. 26 constata que en lo que respecta a nuestro país, «La esterilidad afecta a un 15 % de la población española, a hombres y mujeres por igual. Entre los siete millones de mujeres en edad fértil, hay 800.000 parejas que sufren infecundidad. Más de 37.000 parejas consultan cada año con centros de reproducción. En el mundo han nacido 100.000 niños mediante técnicas de fecundación in vitro desde que hace dieciocho años se consiguió el nacimiento de la primera niña probeta». Como ejemplo de la actual situación puede citarse el caso de la Comunidad de Madrid, donde en julio de 1995 se cerró la lista de adopción nacional (sólo podían ser adoptados al año entre 45 y 50 niños), si bien dicha lista volvió a abrirse en julio de 1999 por un periodo de tres meses. Por su parte, en Cataluña se presentan cada año una media de 1000 solicitudes de adopción nacional aunque tan sólo existen anualmente unos 80 niños susceptibles de ser adoptados.

<sup>174</sup> En 1990, se calcula que en América Latina y el Caribe viven unos 440 millones de personas, de las que 195 millones son menores de dieciocho años. De éstos, 150 millones viven en condiciones de pobreza. V. la publicación del PIIN-FA (Programa Interamericano de Información sobre Niñez y Familia del Instituto Interamericano del Niño) de noviembre de 1991, p. 6. Para profundizar más puede consultarse el artículo de POISSON-DROCOURT, «L'adoption internationale» en *RCDIP*, 1987, p. 674.

Además, los menores susceptibles de ser adoptados en los países desarrollados no suelen reunir las características que normalmente exigen los adoptantes (menores de cierta edad, con deficiencias físicas y/o psíquicas, enfermedades) mientras que el prototipo de bebé adoptable es el que tenga poca edad (por regla general entre 0 y 36 meses de vida) y sano física y psíquicamente. Puede afirmarse por tanto, y con carácter general, que el adoptante es selectivo: desea que su futuro hijo tenga unos requisitos determinados, cosa que por otra parte es lógica y totalmente coherente con la protección del interés superior del menor: dicho interés jamás se vería garantizado si se le integrara en una familia que de antemano ha mostrado su disconformidad con la adopción de un menor con las características que él tiene.

b) También ha influido en la conciencia social la constatación de la existencia de menores abandonados en todo el mundo. De esta manera, cada vez son más frecuentes las adopciones internacionales en familias que no sólo pueden tener hijos por sí mismas, sino que ya los tienen y pese a ello desean adoptar un niño que lo necesita. Sin embargo, como ya he apuntado, se ha constatado como fundamental para el éxito de las adopciones que el deseo que mueva a las familias adoptivas sea exclusivamente el de ser padres. Lógicamente pueden (y deben) haber otras motivaciones legítimas, pero la que ha de primar en todo momento es la enunciada: el deseo de ser padres<sup>175</sup>.

Sin duda alguna los medios de comunicación han jugado un papel importantísimo en la concienciación de la población. No obstante, hay que apuntar que su labor debe abarcar todas las facetas que comprende la realización de una adopción internacional, debiendo cumplir por tanto, también una labor informadora y educativa de lo que realmente supone realizar una adopción de estas características<sup>176</sup>.

c) Un factor decisivo en el aumento de las adopciones internacionales es sin duda el desarrollo de las relaciones internacionales entre los países (la apertura de fronteras a la libre circulación de personas), fenómeno debido principalmente a las migraciones y al turismo. Ello también está relacionado con las grandes facilidades técnicas de desplazamiento que existen hoy en día, lo cual era impensable hace algunos años.

d) Se ha llevado a cabo una especial protección a las madres, y en general de la familia<sup>177</sup>. En este sentido se debe apuntar que la mejora de la condición social de la madre soltera unida a una política de ayuda a este colectivo por parte del Estado así como la equiparación entre padre y madre a efectos del ejercicio de la patria potestad, ha hecho que muchos menores que en otros tiempos hubieran sido con toda probabilidad abandonados y por tanto hubieran pasado a ser suscepti-

<sup>175</sup> V. John TRISELIOTIS, «Adoption-evolution or revolution?» en *Adoption & Fostering*, vol. 19, n.º 2, 1995, pp. 37-39. No obstante, no basta para poder adoptar con tener únicamente tal deseo. V. Miguel Ángel RUBIO DEL CASTILLO, «La adopción internacional en la Comunidad de Madrid» en VVAA, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, p. 242.

<sup>176</sup> Una clara muestra de ello es que tras la emisión de un programa de televisión en el que se denunciaban las terribles condiciones en las que viven las niñas chinas recluidas en orfanatos de este país, aumentaron espectacularmente las solicitudes de adopción de estas niñas. Concretamente, en menos de dos horas de emisión ya se habían recibido más de 3000 llamadas a la redacción del programa responsable para solicitar información sobre la posibilidad de realizar una adopción internacional. Se aprecia que el estímulo-efecto fue importante, pues hay que tener en cuenta que la mayoría de las personas que llamaban manifestaban su deseo de adoptar una niña china, sin que seguramente antes de la emisión del citado programa se hubieran planteado de manera alguna dicha posibilidad. Esta realidad fue motivada en gran parte no sólo a la inmadurez de muchos de los que llamaron, sino también a que en ningún momento a lo largo del reportaje se hizo mención a los problemas que puede ocasionar una adopción internacional (adaptación del niño, trámites legales,...) así como al hecho de que es un acto irrevocable y para toda la vida. Por el contrario, se finalizó la emisión con unas imágenes de una familia española que había llevado a cabo una adopción de una niña china reflejando que todo era felicidad, sin atisbos de que en algún momento hubiera existido o fuera a existir problema alguno. No hay que ser alarmista, pero sí realista.

<sup>177</sup> V., con relación a la protección de la familia el estudio llevado a cabo por Encarna ROCA TRIAS, *Métodos y derechos en el Derecho de Familia*, Documents de Treball de la Divisió de Ciències Jurídiques Econòmiques i Socials (Col·lecció de Dret), n.º D96/01, Barcelona, julio, 1996.

bles de adopción, puedan quedarse con su madre y vivir con su familia biológica. Paralelamente a lo expuesto, también han influido las mejoras conseguidas en los países de recepción en las instituciones de protección a la infancia.

e) Existe una mayor información sobre la adopción, lo cual supone que sea más aceptada. Hoy en día, la mayoría de los adoptantes comunican a sus familiares y amistades que su hijo/a es adoptado sin que ello suponga causa alguna de «deshonra» social. Al mismo menor, desde un principio, se le va comunicando poco a poco la realidad de su origen, lo cual se considera por los especialistas como la mejor solución para que el menor acepte la realidad en la que vive.

f) El elenco de posibles adoptantes se ha visto ampliado de manera espectacular al permitirse, en muchos países, que adopten las personas solas así como las parejas heterosexuales (e incluso en algunos países, como ya se verá, también las homosexuales) estables. También pueden adoptar las parejas que ya tienen hijos biológicos<sup>178</sup> (concretamente este sector de adoptantes aumentó en España en 1997 en un 25 %).

g) Las reformas normativas que se han venido desarrollando en materia de filiación y en el Derecho de Familia, en general. En este sentido cabe destacar la proclamación de la igualdad de todos los hijos ante la ley, desapareciendo las diferencias entre legítimos, naturales y adoptados.

Por otra parte, las características de los menores susceptibles de adopción son muy diversas. Éstas aumentan si los menores no son nacionales (españoles, en nuestro caso) sino extranjeros<sup>179</sup>. Además, cada adopción es una realidad propia, que no debe ser encasillada en parámetros previstos, sino que debe ser estudiada en sí misma, teniendo en cuenta la multitud de factores que en ella confluyen<sup>180</sup>.

A lo largo del tiempo las motivaciones de los adoptantes han ido variando paulatinamente. Puede afirmarse que si bien en la década de los setenta surge la llamada «generación protesta», formada por padres adoptivos idealistas, que deseaban acabar con la pobreza extrema en la que se veía sumida la población infantil de muchos países del mundo, la década de los ochenta puede ser concebida como la «generación económica-realista»<sup>181</sup>, debido principalmente a que se fueron viendo los resultados, poco alentadores, de las adopciones internacionales llevadas a cabo bajo aquellos objetivos altruistas.

Existen unos aspectos que deben ser tenidos en cuenta en todo caso. Sobre ellos hay que recabar la máxima información posible para que, al analizarla en su conjunto, tanto los futuros adoptantes como las entidades públicas y privadas puedan hacerse una idea de las consecuencias de la adopción por realizar, así como de sus posibilidades de éxito, siempre teniendo en cuenta el interés del menor como criterio orientador. Las circunstancias y necesidades particulares de los menores adoptandos deben ser conocidas por los padres adoptivos antes de consentir la adopción<sup>182</sup>, como única forma para garantizar la protección de su interés superior. Últimamente se está apre-

<sup>178</sup> Esto no siempre ha sido así. V. José María CASTÁN VÁZQUEZ, «La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción (Derecho Comparado y la Ley española de 4 de julio de 1970)» en *RDJ*, octubre, 1970, pp. 849-866. De hecho existen muchos ordenamientos que aún hoy en día niegan la adopción a las parejas que tienen hijos biológicos. Ésta era la situación de Francia, por ejemplo, hasta la reforma operada en esta materia por la Ley de 1976.

<sup>179</sup> V. RENÉ A. C. HOKSBERGEN, «Adoptar a un niño extranjero: principios que gobiernan el control de este complejo fenómeno en los Países Bajos» en *Revista Internacional del Niño*, n.ºs 64 y 65, 1985, pp. 52-65..

<sup>180</sup> V. RENÉ A.C. HOKSBERGEN, «Avances en la investigación en adopción internacional» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.

<sup>181</sup> RENÉ A.C. HOKSBERGEN, «Generaciones de padres adoptivos. Cambios en las motivaciones para la adopción» en *Infancia y Sociedad*, n.º 12, Madrid, 1991, pp. 25-48.

<sup>182</sup> V. RENÉ A.C. HOKSBERGEN, «Needs and Rights of Adopted Children», conferencia impartida en las *Jornadas sobre Adopción Internacional* celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997.

ciando un fenómeno: la denominada «devolución de niños», que en realidad se trata de un nuevo abandono que sufre el menor. Estos puntos de referencia<sup>183</sup> pueden ser sistematizados de la siguiente manera:

1.º ADOPTABILIDAD. Hay que analizar cuáles han sido las causas por las que ese menor puede ser adoptado. Dichas causas son básicamente tres: porque los padres biológicos hayan asentido a la adopción; porque se trate de un menor huérfano; o bien porque el Juez o la autoridad administrativa competente del Estado de origen haya considerado conveniente que el menor sea adoptado.

2.º EDAD. Evidentemente, el adoptar a un bebé de pocos meses es lo que más desean los adoptantes en la mayoría de los casos, no sólo porque de esta manera se comienza con el adoptado una relación de afectividad similar a la que se origina entre un hijo con sus padres biológicos, sino también porque se evitan multitud de problemas de adaptación entre ambas partes<sup>184</sup>. Pero precisamente por ello, es difícil adoptar un niño pequeño, puesto que son los más «solicitados». Ante esta realidad, muchos adoptantes tienen que cuestionarse si están preparados para afrontar esos problemas que pueden sufrir si el adoptado tiene ya cierta edad<sup>185</sup>.

3.º HISTORIA. Este factor está íntimamente relacionado con el anteriormente analizado, si bien hasta los bebés tienen una historia. Aunque las relaciones entre los menores y sus familias biológicas pueden ser muy diversas, es frecuente encontrarse con menores que han experimentado malos tratos, mendicidad, prostitución, abandono, mala alimentación, estancias en distintos centros de acogidas de menores o con familiares.

4.º LA CULTURA. Aunque hay muchos que consideran que la cultura no es algo que se hereda, sino que se transmite, es indudable que sobre todo en los casos en los que el menor es extranjero y no es un recién nacido, las diferencias culturales, costumbres e, incluso, el idioma y el clima van a ser aspectos que tendrá que asumir poco a poco. Es importante, pues, para la adaptación del menor a su nuevo país que los padres adoptantes conozcan y acepten de buen grado la cultura e historia del país de origen de su hijo.

5.º GRUPO ÉTNICO. Al ser la adopción internacional interracial e intercultural, se origina un problema añadido de adaptabilidad a la nueva familia, ya que es muy probable que las

<sup>183</sup> Ministerio de Asuntos Sociales, *Adopción de niños de origen extranjero. Guía para solicitantes de adopción*, Madrid, 1995, pp. 16-17. V., Servicio Social Internacional (Secretariado General), «Un documento de discusión a partir de la experiencia del Servicio Social Internacional», documento presentado en el seminario *Adopción internacional: un desarrollo de un procedimiento adecuado*, celebrado en Londres del 25 al 29 de marzo de 1996.

<sup>184</sup> V. HOWARD ALSTEIN y OTROS, «Clinical Observations of Adult Intercountry Adoptees and Their Adoptive Parents» en *Child Welfare*, vol. LXXIII, n.º 3, 1994, pp. 261-269; Juliet HARPER, «Counselling issues in intercountry adoption disruption» en *Adoption & Fostering*, vol. 18, n.º 2, 1994, pp. 20-26; Annanaria DELL'ANTONIO, «Avvio delle relazioni con genitori di altra etnia» en VVAA, *Famiglia e adozione internazionale: esperienze, normativa e servizi*, Dir. Eugenia Scabini y Pierpaolo Donati, Studi interdisciplinari sulla famiglia, n.º 15, Milán, 1996, pp. 57-80; Joaquín FUERTES ZURITA y Pere AMORÓS MARTÍ, «Práctica de la adopción» (en concreto el apdo. titulado: Acoplamiento y problemas de adaptación) en *Manual de protección infantil*, Coord. Joaquín de Paul Ochotorena y M.ª Ignacia Arruabarrena Madariaga, Barcelona, 1996, pp. 466-481; Generalitat Valenciana (Conselleria de Benestar Social), *Materiales para la preparación de solicitantes de adopción. Tercera Sesión: Paternidad Psicológica: El encuentro inicial y lo que viene después*, Valencia, 1999; Isabel ORJALES VILLAR, «Adaptación familiar, desarrollo intelectual y trastornos psicopatológicos en los niños de adopción internacional» en *Psicología Educativa*, n.º 2, 1997, pp. 189-201. ORJALES VILLAR constata, tras estudiar las investigaciones realizadas en los últimos años, que: existe un mejor desarrollo intelectual y mejor adaptación socioemocional en los niños adoptados si se les, con los niños no entregados en adopción y que fueron criados por uno de sus padres biológicos en el mismo ambiente original, y que por otra parte, existe un peor desarrollo intelectual y socioemocional si se compara a los niños adoptados con niños criados por sus dos padres biológicos en un ambiente de un nivel socioeconómico similar al de los padres adoptivos.

<sup>185</sup> V. ROSA ROSNATI, «Relazioni familiari e famiglie adottive con adolescenti/giovani adulti di diversa etnia» y Vittorio Cigoli, «Figli venuti d'altrove» ambos en *Famiglia e adozione internazionale: esperienze, normativa e servizi*, Dir. Eugenia Scabini y Pierpaolo Donati, Studi interdisciplinari sulla famiglia, n.º 15, Milán, 1996, pp. 165-184 y pp. 185-202, respectivamente.

diferencias raciales del adoptado con los adoptantes sean patentes<sup>186</sup>. Los adoptantes tienen que pensar que el bonito bebé chino o negro crecerá y se hará un adulto. También hay que tener en cuenta que ese menor pasará a ser un miembro más de la familia de los adoptantes (abuelos, sobrinos,...), de la comunidad de vecinos, del colegio, quieran éstos o no, por lo que sería conveniente informarles y conocer su opinión para saber si puede presentarse algún problema.

6.º SALUD FÍSICA Y PSÍQUICA<sup>187</sup>. Es posible que el menor padezca una enfermedad incurable o bien que ésta, médicamente curable en su origen, no pueda sanar debido a una mala atención sanitaria. Puede tener algún defecto físico que influirá en su vida futura. Además pueden darse problemas de inmunización con respecto a enfermedades existentes en el país de los adoptantes. También pueden existir desórdenes alimenticios, del sueño, de concentración, de orientación. Unos adoptantes responsables deben plantearse todas estas cuestiones con seriedad y ponderar las posibilidades con las que cuentan para afrontar la situación, recordando en todo caso que la adopción es irrevocable. A ello hay que añadir la posibilidad de que el menor pueda desarrollar una enfermedad en el futuro porque la ha heredado genéticamente de sus progenitores.

7.º CONDICIONES DE VIDA PRESENTE. Normalmente, los menores se encuentran en centros de acogida, donde pueden haber permanecido un tiempo considerable. El cambio a una nueva familia puede no ser fácil (tanto si su experiencia en el centro de acogida fue positiva como si no lo fue) aunque la práctica revela que por regla general basta con que su nueva familia les transmita afecto y cariño para que comience a producirse paulatinamente su integración.

Entrando ya a examinar las distintas valoraciones, aunque a simple vista parece que la constitución de una adopción internacional es algo que debe ser valorado positivamente, hay muchos detractores de esta institución pese a que la misma se haya tramitado correctamente y respetando en todo caso los intereses del menor. Estos recelos, en un primer momento, vinieron avalados por el desconocimiento general que se tenía de la institución. Se pensaba que los padres que habían adoptado al menor extranjero «lo habían comprado en algún mercado negro», o bien querían sólo «llamar la atención». Superados ya esos tópicos, las razones<sup>188</sup> que esgrime este colectivo, y que no comparto, pueden sintetizarse en las siguientes:

---

<sup>186</sup> V. R. ALEXANDER y C.M. CRUTIS, «A review of empirical research involving the transracial adoption of African American children» en *Journal of Black Psychology*, n.º 22, pp. 223-235; S.B. ALDULLAH, «Transracial adoption is not the solution to America's problems of child welfare» en *Journal of Black Psychology*, n.º 22, pp. 254-261; VVAA, *Special adoptions: an annotated bibliography on transracial, transcultural and nonconventional adoption and minority children*, U.S. Department of Health and Human Services, Washington D.C., 1981; Charles O'BRIEN, «Transracial Adoption in Hong Kong» en *Child Welfare*, vol. LXXIII, n.º 4, 1994, pp. 319-330; Annamaria DELL'ANTONIO, «Avvio delle relazioni con genitori di altra etnia» en *Famiglia e adozione internazionale: esperienze, normativa e servizi*, Dir. Eugenia Scabini y Pierpaolo Donati, Studi interdisciplinari sulla famiglia, n.º 15, Milán, 1996, pp. 57-80; Mark E. COURTNEY, «The Politics and Realities of Transracial Adoption» en *Child Welfare*, vol. LXXVI, n.º 6, 1997, pp. 749-779; Salomé ADROHER BIOSCA, «Adopción de menores africanos en Europa» en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*, Madrid, 1999, pp. 143-154; Pilar CERNUDA y Margarita SÁENZ-DIEZ, «La integración de los niños de otras etnias» en *Los hijos más deseados*, Madrid, 1999, pp. 49-65; M. Elizabeth VONK, Peggy J. SIMMIS y Larry NACKERUD, «Political and Personal Aspects of Intercountry Adoption of Chinese Children in the United States» en *Families in Society: The Journal of Contemporary Human Services*, n.º 5, vol. 80, septiembre-octubre, 1999, pp. 496-505.

<sup>187</sup> V. M.ª Isabel MARTÍN MUÑOZ, Alfonso FERNÁNDEZ-MARTOS y Lila PARRONDO CRESTE, «Acogimientos y adopciones especiales» en *Trabajo Social Hoy*, n.º 25, Tercer trimestre, Cuarta Época, 1999, pp. 4-15.

<sup>188</sup> La mayoría de las razones aquí enumeradas se recogen en un documento del Instituto Interamericano del Niño titulado *Las adopciones internacionales en América Latina: antecedentes sociales, psicológicos e históricos. Sugerencias para su reglamentación*, Montevideo, 1987. También puede verse, Martine AUDUSSEAU-POUCHARD, «Argumentos en contra de la adopción» en *Adoptar un hijo hoy*, Barcelona, 1997, p. 262 y ss.

1. La adopción internacional es una forma más de «explotación» de los países pobres por parte de los ricos, en tanto en cuanto se parte de que se está atentando contra uno de los bienes más valiosos de los que dispone todo grupo social: sus recursos humanos<sup>189</sup>.

2. Consecuencia directa de la adopción internacional es que los países de origen de los menores están implícitamente asumiendo, que no son capaces de cubrir las necesidades de esos menores que son adoptados por extranjeros, con lo que su imagen internacional se ve afectada negativamente.

3. Asimismo, a largo plazo puede suponer una pérdida de población joven, con el consiguiente peligro demográfico que ello implica y que desembocará sin duda en ulteriores problemas añadidos que serán, con toda probabilidad, mucho más difíciles de subsanar que los que se pretenden mitigar al acudir a la adopción internacional.

4. Se puede afirmar que de cada tres adopciones internacionales que se llevan a cabo en la práctica, una de ellas se ha realizado obviando alguno/s de los requisitos que unánimemente se considera por la Comunidad Internacional como imprescindibles. Relacionado con ello están las prácticas censurables que se han originado a raíz del auge de las adopciones internacionales, como son el tráfico y la venta de menores<sup>190</sup>, el secuestro o raptos de los mismos, el usar a los menores únicamente como «correos» para transportar droga, la adopción de menores únicamente con el fin de extraerle algún/os de sus órganos vitales o su sangre, o incluso para explotarle laboral o sexualmente, el falsear la documentación del menor (certificados de nacimiento,...).

5. Existe una gran probabilidad de que el menor, sobre todo en el caso de que tenga ya cierta edad, no se adapte del todo a la nueva sociedad a la que ha sido incorporado a raíz de su adopción (choques raciales, religiosos, culturales, lingüísticos).

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, los problemas que se plantean en este tipo de adopciones son varios y de diversa índole<sup>191</sup>.

1. Falsificación de documentos (certificados de nacimiento, declaraciones de maternidad, declaraciones de renuncia al menor, certificados de abandono)<sup>192</sup>, antes, durante y después de realizada la adopción internacional.

2. Presiones psicológicas a los padres biológicos o a las personas a cuyo cargo esté el menor, destinadas a que lo den en adopción. Estas prácticas pueden dar lugar a delitos de coacción u otros similares.

3. Beneficios económicos indebidos, como podría ser el pago a los padres biológicos de cantidades pecuniarias como contraprestación a su decisión de dar en adopción a su hijo, o bien el pago a personas mediadoras entre los padres y los adoptantes.

---

<sup>189</sup> Una persona que lleva toda su vida trabajando en Bolivia, en una ONG para la defensa de los niños, al preguntarle su opinión sobre las adopciones internacionales, aportaba una visión un tanto pesimista de la misma: «*En nuestros países del Sur muchas veces estamos susceptibles. Sabemos por la historia y también por el presente, que el saqueo de nuestras riquezas, de nuestra materia prima ha sido y es constante por los países del Norte. Esta materia prima, cada vez parece hacernos menos falta debido a las nuevas tecnologías y -ahí nuestra susceptibilidad- parece que ahora quieren quitarnos la materia prima que seguimos produciendo: los niños*». María MATEO PÉREZ, «La adopción en Bolivia» en *RTS*, n.º 144, diciembre de 1996, p. 19.

<sup>190</sup> Delito éste que antes no se hallaba expresamente recogido en el Código Penal. Pero ya en el Código Penal de 1995 sí se encuentra, concretamente en su art. 221.

<sup>191</sup> V. Adriana BEGHÈ LORETI, «Problemi e prospettive dell'adozione internazionale» en *Famiglia e adozione internazionale: esperienze, normativa e servizi*, Dir. Eugenia Scabini y Pierpaolo Donati, Studi interdisciplinari sulla famiglia, n.º 15, Milán, 1996, pp. 15-36.

<sup>192</sup> Hay que tener en cuenta que los adoptantes pueden llegar a ignorar estas circunstancias, y creer en todo momento que la adopción se está llevando a cabo de acuerdo con las normas aplicables y respetando el interés del menor.

4. El reconocimiento por las autoridades del país de acogida de las adopciones realizadas en el país de origen, debido a que las legislaciones de ambos países pueden ser muy dispares.

5. Dificultades en el proceso de tramitación (delitos de cohecho). Hay que tener en cuenta, como ya se ha apuntado, que la legislación nacional del Estado de origen del menor puede haber establecido (y de hecho esto es lo que sucederá con más frecuencia en la práctica) requisitos que debe reunir el menor adoptando distintos a los previstos por nuestro ordenamiento<sup>193</sup>. Por ello habrá de respetarse, en todo caso, lo que dispone la legislación extranjera en este punto, pudiendo darse el supuesto de que un determinado menor cumpla todos los requisitos para poder ser adoptado de acuerdo con nuestra normativa pero que incumpla alguno de los que su legislación nacional prevé, no pudiendo en este caso constituirse la adopción en su país. El mayor problema en este ámbito se plantea a la hora de dilucidar si es posible que un adoptante español adopte en el extranjero a un menor que, pese a reunir todos los requisitos de adoptabilidad que establece al efecto la legislación nacional extranjera, incumple alguno de los previstos expresamente por España. Obviamente, y dado que el proceso constitutivo de la adopción (así como la constitución en sí misma) es competencia soberana, en el supuesto planteado, nada impediría que la adopción efectivamente se concluyera válidamente para dicho país extranjero. La cuestión controvertida surge una vez que el adoptante español solicita el reconocimiento y la inscripción en nuestro país de esa adopción. El análisis de este supuesto se llevará a cabo en el apartado dedicado a estudiar los problemas que surgen del reconocimiento e inscripción de las adopciones constituidas en el extranjero.

6. Existe un gran número de adopciones internacionales calificables de fraudulentas, porque, si bien lo que se ha llevado a cabo es una adopción, ésta se enmascara bajo otro título jurídico. Existen casos de menores extranjeros que figuran en los Registros como hijos biológicos de sus padres adoptivos. Otra práctica fraudulenta bastante frecuente es la siguiente: si se da el caso de que el menor adoptado es hijo de padre desconocido, se lleva a cabo un reconocimiento de paternidad, de manera que se pasa a ser «padre» biológico de ese menor cuando realmente no se es. En este supuesto, lo que suele suceder en la práctica es que posteriormente al reconocimiento, el cónyuge del que lo efectuó procede a instar la adopción de ese menor. Seguramente, el principal problema, entre otros muchos, está en que se viola el derecho del menor a conocer su propia identidad (sus orígenes), el cual se halla recogido en el art. 8.1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989.

7. La falta de criterios uniformes para determinar qué legislación es aplicable en estos casos (la duda suele estar, por regla general, en si es de aplicación la ley del país del menor o la del país de los adoptantes).

---

<sup>193</sup> Lógicamente, si los requisitos que ha de reunir el menor adoptando de acuerdo con su legislación nacional coincidieran exactamente con los previstos por nuestro ordenamiento, no existiría problema alguno.

## CAPÍTULO SEGUNDO

# LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA

### SECCIÓN PRIMERA: MARCO JURÍDICO GENERAL DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

España en la actualidad es un país de recepción de menores. La situación ha evolucionado radicalmente, pues hace apenas cuarenta años podía afirmarse que era un país de origen, en el sentido de que eran muchos más los menores españoles adoptados por extranjeros que viceversa. Tras la década de los noventa, sin embargo, la situación comienza a cambiar vertiginosamente: se adoptan más menores extranjeros por adoptantes españoles que menores españoles por adoptantes extranjeros. Este fenómeno se va desarrollando en nuestro país casi con dos décadas de retraso si lo comparamos con lo ocurrido en la mayoría de los países de nuestro entorno europeo<sup>1</sup>, encontrándose el motivo de este cambio, principalmente, en el descenso del número de menores susceptibles de adoptar siendo múltiples los factores que originan tal circunstancia (hasta el punto de que nuestro país sea el que cuente con la tasa de natalidad más baja de todo el mundo<sup>2</sup>) y por contra, aumentan considerablemente las demandas de adopción, llegando casi a triplicarse en cinco años, pues pasaron de 5000 en 1988 a 13.000 en 1993. Poco a poco este fenómeno va consolidándose y aumentando<sup>3</sup>.

Según datos del Ministerio de Asuntos Sociales, en 1994 se presentaron 588 solicitudes de adopción internacional en toda España excluyendo Cataluña. Ya en 1997 las adopciones internacionales constituidas en nuestro país fueron de 942, si bien en 2001 ascendieron a un total de 3.428 lo que supone un aumento de un 264 %. En Aragón, por ejemplo, en 1993 se presentaron 25 solicitudes de adopción internacional mientras que en el año 2000 ascendieron a un total de 183. En 1996, sólo en la CA de Madrid se presentaron seiscientos noventa y cuatro solicitudes de adopción de un menor extranjero, lo cual supone un incremento de un 43 % con respecto a 1995<sup>4</sup>. Concre-

---

<sup>1</sup> V. a modo de ejemplo, Armando GOMES LEANDRO, «Adopção Internacional» en *Infância e Juventude (Revista da Direcção-Geral dos Serviços Tutelares de Menores)*, n.º 1, 1988, pp. 7-30. V. también, Chantal Saclier, «L'Adoption: perspectives européennes» en *Congrès européen sur l'adoption: Famille. L'adoption: quand et comment*, Viseu, 1994.

<sup>2</sup> No obstante, según las fuentes que se consulten este dato varía: algunas sostienen que es Italia el país con más baja natalidad. V. sobre la realidad social de la adopción en Italia, Anna Maria LIBRI, «L'adozione internazionale: prassi operative e realtà sociale di un fenomeno in continua espansione» en *Famiglia e adozione internazionale: esperienze, normativa e servizi*, Dir. Eugenia Scabini y Pierpaolo Donati, Studi interdisciplinari sulla famiglia, n.º 15, Milán, 1996, pp. 81-103.

<sup>3</sup> En Andalucía, anualmente se llevan a cabo aproximadamente unas cincuenta adopciones nacionales y ochenta internacionales. En Galicia, las adopciones nacionales han crecido del 35 al 80 % en apenas tres años. En el País Vasco la mayoría de las adopciones que se realizan son internacionales (unas setenta y cinco al año). En Valencia el Consejo de Adopción de Menores (creado por el Decreto 130/1996, de 4 de julio) tramita unas sesenta adopciones nacionales y quinientas internacionales al año. En Navarra, en el año 2000 se adoptaron setenta niños y sesenta y siete de ellos procedían de otros países. V. sobre el aumento de adopciones en Cataluña así como sobre las particulares características de las adopciones internacionales en dicha Comunidad Autónoma en el artículo de Inés BRANCÓS COLL, «L'adopció internacional a Catalunya: un fenomen emergent» en *Justiforum*, n.º 10, II época, julio, 1999, pp. 137-158. V. también, Montserrat FREIXA BLANXART, «La experiencia catalana en los procesos de adopción» en *VVAA, Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, pp. 195-215.

<sup>4</sup> V., sobre la adopción internacional en esta CA, Miguel Ángel RUBIO DEL CASTILLO, «La adopción internacional en la Comunidad de Madrid» en *VVAA, Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, pp. 217-242).

tamente en Madrid las adopciones internacionales reconocidas a lo largo del año 2000 fueron 750. Por todo ello parece cierta la afirmación que realiza el Defensor del Menor de Madrid: «*La adopción internacional se ha convertido prácticamente en la única vía para la adopción en la Comunidad de Madrid (...)*»<sup>5</sup>.

Para corroborar numéricamente el aumento progresivo de las adopciones internacionales constituidas ante competente autoridad extranjera sobre menores extranjeros por parte de familias españolas es necesario acudir al Registro Civil Central<sup>6</sup>, ya que estas adopciones, una vez reconocidas, se inscriben directamente en dicho Registro o bien en los Registros Consulares españoles de los países de origen (y éstos, a su vez, remiten las copias de dichas inscripciones al Registro Central, en virtud de lo establecido en los arts. 12 LRC y 68, 118 y 119 RRC). ADROHER BIOSCA<sup>7</sup>, tras haber realizado un estudio en el Registro Civil Central, presenta los siguientes datos sobre las adopciones nacionales y las internacionales:

Año	Adopciones Internas	Adopciones Internacionales		
		Reg. Consular	Reg. Central	Total
1990	2.159	41		
1991	2.153	197		
1992	1.683	125	180	305
1993	1.980	210	190	400
1994	979	301	200	501
1995	1.406	215	220	435

Por citar un ejemplo de una CA concreta, pueden analizarse los datos estadísticos de la CA de Castilla-La Mancha que ha recogido CUEVAS FERNÁNDEZ<sup>8</sup>.

Actualmente en España se constituyen adopciones internacionales con unos veinte países, si bien casi el 70% de todas ellas se llevan a cabo únicamente en tres zonas del planeta: el Este de Europa (básicamente Rumania y Rusia)<sup>9</sup>, Hispanoamérica (principalmente Colombia, Santo Do-

<sup>5</sup> Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, *Informe anual 2000*, Madrid, 2001, p. 11823 del BO de la Asamblea de Madrid n.º 100, de 19 de junio de 2001.

<sup>6</sup> V. José Manuel ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «El Registro Civil Central» en *BIMJ*, año LII, n.º 1834, 1 de diciembre de 1998, pp. 3437-3464 (en particular, p. 3443). Según este autor, los documentos que han de presentarse los siguientes: «(...) *el testimonio de la resolución judicial o de la autoridad competente en el país en que se otorgó, legalizada por el Cónsul de España y traducida, en su caso, y el certificado de idoneidad expedido por la correspondiente Comunidad Autónoma; certificado original de nacimiento del menor en las condiciones ya señaladas anteriormente; certificado literal de nacimiento del o de los adoptantes y del matrimonio entre ambos, si existiera; y, por último, dos cuestionarios de declaración de datos: en uno se harán constar los derivados de la filiación biológica y en el otro los de la filiación adoptiva*» (p. 3454 de la *ob. cit.*).

<sup>7</sup> Salomé ADROHER BIOSCA, «Menores extranjeros en riesgo» en *Razón y Fe*, tomo 233, Madrid, 1996, p. 599. En otro artículo posterior, «La adopción internacional: una aproximación general» en *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones*, Nueva Serie n.º III, Madrid, 1998, p. 286, nota 175. Esta autora revela las fuentes de las que obtuvo los datos expuestos: el número de adopciones internas ha sido extraído de los Informes del Fiscal General del Estado en su capítulo de asuntos incoados por los juzgados de primera instancia. En cuanto a las adopciones internacionales, las que fueron inscritas en el Registro consular son fruto de su investigación mientras que el número de las inscritas en el RCC le fue facilitado por el Magistrado encargado de la sección par.

<sup>8</sup> Gonzalo CUEVAS FERNÁNDEZ, «Adopción internacional, como garantía de los derechos de los menores extranjeros adoptados por ciudadanos españoles» en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Coord. M.ª Teresa Martín López, Colección «Estudios», Cuenca, 2000, p. 53.

<sup>9</sup> V. Jeanette CONRADI, «La adopción internacional en los países del este de Europa» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los

mingo y Brasil) y Asia (principalmente La India y China). Desde el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se intenta ampliar el número de países en los que los adoptantes españoles puedan realizar adopciones. Sin embargo, han salido a la luz pública varios casos que están envueltos en presuntas irregularidades<sup>10</sup>.

Para evitar que proliferen situaciones anómalas en la tramitación de las adopciones es por lo que se ha ido tejiendo a nivel interno e internacional todo un entramado de normas encaminadas a garantizar en lo posible el desarrollo del proceso de adopción, velando en todo momento por los derechos e intereses de los menores que se ven implicados. En este sentido, el 7 de marzo de 2002 se aprobó la creación en el Senado de la Comisión Especial para el estudio de la Adopción Internacional, que fue constituida definitivamente el 21 de mayo de 2002.

## I. MARCO JURÍDICO GENERAL DEL DERECHO INTERNO ESPAÑOL<sup>11</sup>

En España coexisten tres sistemas normativos que pueden escindirse para clarificar el estudio de los mismos. Son los siguientes: el estatal, el autonómico y el comunitario<sup>12</sup>. Incluso podría afirmarse la existencia de un cuarto sistema, el más amplio de todos, el internacional, que estaría constituido por las normas internacionales existentes ratificadas por nuestro país<sup>13</sup> (tales como las emanadas de la ONU). Hay que partir de una afirmación ya hecha: la adopción es una institución de protección de menores, que indudablemente se incardina dentro de la legislación civil. Ésta es pues, una realidad que nadie cuestiona. No sucede lo mismo, sin embargo, con otras figuras de protección de menores (tales como el riesgo, desamparo, la tutela *ex lege*) ya que en estos casos se está ante figuras administrativas que el legislador ha venido reconduciendo (tal y como sucedió en la Ley 21/1987 y en la LO 1/1996) al campo civil, consiguiendo en definitiva su «civilización». El problema de tal proceder no es estrictamente teórico pues el mismo adquiere importancia una vez que se estudia el marco competencial civil de las CCAA y del Estado, pues es a éste a quien la CE le reserva con carácter general la competencia exclusiva para legislar en materia civil. Por ello, han de deslindarse ambos terrenos: por un lado, habría que estudiar cuáles son las competencias de las CCAA en materia civil propiamente dicha (y no en aquellas que el legislador se ha empeñado en calificar de civiles cuando no lo son) y, por otro lado, en materia administrativa (incluyendo aquí también a las que el legislador califica de civiles cuando en realidad son administrativas).

Ante tal situación hay que volver a la afirmación inicial: la institución adoptiva es una figura estrictamente civil, que no administrativa, si bien ello no obsta a que a la misma se encuentren li-

---

días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.

<sup>10</sup> A modo de ejemplo cabe citar el caso de los aproximadamente cien menores rumanos adoptados en España en los últimos años por la mediación de redes de adopciones ilegales que se dedican a comprarlos para luego venderlos a los futuros adoptantes o para otros fines «menos felices».

<sup>11</sup> V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «La regulación de la adopción en España: examen particular de la adopción internacional» en *Anuario de Psicología*, Universitat de Barcelona, n.º 71, 1996, pp. 7-21.

<sup>12</sup> Realmente no es necesario profundizar en el ordenamiento comunitario dado que no se ha producido hasta el momento una normativa digna de mención en esta materia. En relación a la confluencia de las competencias, estatales y autonómicas, con el ordenamiento comunitario, V. Ramón LLEVADOT I ROIG, «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas y el ordenamiento comunitario» y María Asunción ASÍN CABRERA, «Autonomías territoriales: una perspectiva regional comunitaria», ambos en *XVI Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, vol. I, Madrid, 1990, pp. 677-697 y 715-726, respectivamente.

<sup>13</sup> V. José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, «Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho Internacional Privado y su aplicación judicial» en VVAA, *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1997, pp. 61-158.

gados múltiples aspectos de carácter esencialmente administrativo (como por ejemplo podría ser la declaración de idoneidad del solicitante de adopción que lleva a cabo la entidad pública competente). Por tanto, el estudio de quién tiene competencias en materia de adopción ha de plantearse en un doble sentido: por un lado, en la vertiente estrictamente civil de la institución, y por otro lado, en la vertiente puramente administrativa. En un Estado plurilegislativo como el nuestro (dado que coexisten diferentes ordenamientos jurídicos a la par: los autonómicos y el estatal) y tras la nueva organización territorial del Estado que se produce tras la CE de 1978, convergen el Estado junto a las CCAA (y no única y exclusivamente el Estado)<sup>14</sup>. La conclusión a la que se ha llegado es que la competencia civil en materia de adopción es exclusiva del Estado con respecto a las CCAA no forales, y compartida, si se quiere, con las CCAA forales. Queda por plantearse lo que sucede con la vertiente administrativa de la institución adoptiva en las CCAA.

Parece sensato afirmar que la competencia exclusiva del Estado en materia civil que le viene otorgada por el art. 149.1.8 CE no obstaculiza que las CCAA que hayan hecho uso de la facultad que el art. 148.1.29 CE les confiere (e independientemente de las fórmulas utilizadas en sus EEAA, aunque lo cierto es que dichas competencias, sobre todo las legislativas, quedan mucho más fundamentadas si se expresan en estos términos<sup>15</sup>) puedan tener competencias para legislar administrativamente en materia de protección de menores. Dichas competencias se concretan, como sostiene VARGAS CABRERA<sup>16</sup>, «(...) en el ejercicio de potestades administrativas que como tal vinculan en sus prescripciones a sus destinatarios (...), pero en modo alguno, la legislación autonómica puede modificar la patria potestad, tutela y demás relaciones jurídico-familiares ni tampoco la capacidad de obrar del menor (sin perjuicio de la obligación de cumplir las normas jurídico-administrativas que contengan mandatos o prohibiciones)». Dentro de este marco, y en lo que a la adopción se refiere, ha operado, por ejemplo, la CA Balear, que como afirma DE LORENZO BROTONS<sup>17</sup>, se ha limitado únicamente a legislar aspectos administrativos del procedimiento de la adopción internacional (básicamente los referidos a las ECAIS).

La realidad<sup>18</sup> revela que las CCAA han hecho uso de la atribución competencial estatutaria que en su día realizaron en este sentido<sup>19</sup>, y, por ende, han legislado en materia de protección de me-

<sup>14</sup> V. Alberto ARCE JANARIZ, *Constitución y Derechos Civiles Forales*, Madrid, 1987. En esta obra, el autor lleva a cabo un pormenorizado estudio de cuáles son las competencias del Estado y de las CCAA españolas en materia de Derecho Civil.

<sup>15</sup> V. M.<sup>a</sup> Asunción ASÍN CABRERA, *La protección y adopción de menores extranjeros en la Comunidad Autónoma Canaria*, 1999, p. 35.

<sup>16</sup> V. Bartolomé VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 1994, pp. 391-392.

<sup>17</sup> V. Cristina DE LORENZO BROTONS, «La adopción internacional, nueva materia regulada por las Comunidades Autónomas» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. IX, Madrid, 2000, p. 5477.

<sup>18</sup> Para GIRÓN LÓPEZ, «En relación con la protección de menores, los Derechos forales se han ocupado, con ciertas salvedades, casi exclusivamente de la adopción muy especialmente en lo atinente al fenómeno sucesorio. En relación con las demás instituciones tuitivas del menor (...) apenas si existen vestigios en las legislaciones forales por lo que son frecuentes las remisiones a la legislación general. De cualquier modo, dentro de las CCAA con capacidad civil foral —excluida Extremadura en relación con el fuero Baylió—, Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares, no todas gozan de competencias civiles en la materia de protección de menores, pues, Baleares, País Vasco y Galicia, carecen de dicha capacidad al no haber tratado históricamente en sus ordenamientos esta materia. Por el contrario (...) es indiscutible la capacidad civil foral en los territorios históricos de Cataluña, Aragón y muy especialmente en Navarra». V. César Girón López, «Estudio comparado de la normativa autonómica en materia de protección de menores» en *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1997, pp. 35-37.

<sup>19</sup> A modo de ejemplo puede citarse el art. 31 apdo. 27 del Estatuto de Autonomía de la CA Valenciana, aprobado por la LO 5/1992, de 1 de julio, que dispone que la CA Valenciana tiene competencia exclusiva sobre: «Instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, minusválidos y demás grupos o sectores sociales requeridos de especial protección, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación». V.

nores (pudiendo afirmarse, como sostiene RAGEL SÁNCHEZ<sup>20</sup> que «(...) hoy en día (...) toda Comunidad Autónoma, tuviera o no Derecho Foral en el momento de promulgarse la Constitución, tiene su Derecho civil propio (...)»<sup>21</sup>, en el que necesariamente debe incluirse la materia de protección de menores<sup>22</sup>. Algunas incluso (tal y como sucede con la CA de Aragón<sup>23</sup>, la de Castilla y León<sup>24</sup>, y la de Extremadura<sup>25</sup>), han aprovechado posteriores reformas de sus EEAA para concretar más dicha competencia y salvar así posibles problemas que pudieran surgir. Resulta curioso comprobar como han sido tan sólo dos CCAA las que han empleado el término «foral» (concretamente la CA navarra y la vasca), cosa que también sucede con el empleo del término «especial» (que sólo es usado por la CA balear y la vasca). Ello refleja, como sostienen ASÚA GONZÁLEZ, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ<sup>26</sup> «(...) el intento de alejar o dejar sin argumentos a una de las posibles interpretaciones que se habían propuesto como posibles para explicar la fórmula del art. 149.1.8 CE: a saber, aquella que propugnaba que el ámbito de competencia que la Constitución permite asumir a las Comunidades Autónomas se limita a la potestad de adaptar los preceptos compilados a los cambios sociales, no pudiendo legislar en materias no recogidas en las Compilaciones. Además, eludiendo el término «especial», quedaba claro que el Derecho civil propio que no se concibe como un Derecho de excepción, con vocación limitada a regular sólo una serie de instituciones

---

Margarita Fernández Arroyo, «Algunos aspectos de desamparo de menores en la Ley extremeña 4/94, de 10 de noviembre, de protección de menores» en *AFD de la Universidad de Extremadura*, vol. 17, 1999, p. 320.

<sup>20</sup> Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Aspectos generales del Derecho Civil extremeño» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VIII, Madrid, 2000, p. 4528. Continúa este autor sosteniendo que «(...) como esto es indiscutible, ahora sí pueden desarrollarlo, del mismo modo que las Comunidades Autónomas que tenían Derecho foral o especial en el momento de la promulgación de la Constitución.»

<sup>21</sup> A favor, Pedro DE PABLO CONTRERAS, «¿Derecho Civil Riojano?» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. V, Madrid, 2000, p. 2683.

<sup>22</sup> V. la interesante reflexión de Mariano YZQUIERDO TOLSADA en la Introducción de su artículo: «El Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma de Canarias» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VII, Madrid, 2000, pp. 3881-3882. Por poner un ejemplo de esta realidad, cabe citar el art. 26.1.18 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, donde se prevé como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, la «Asistencia Social y Servicios Sociales». Esta competencia, que ya estaba recogida en la primera redacción de la Ley Orgánica de 25 de febrero de 1983, se encuentra regulada en la actualidad en los mismos términos pese a la modificación del Estatuto operada por la Ley Orgánica 11/1994, de 24 de marzo. Con relación a la competencia en materia de protección de menores en esta CA, V. Virtudes DE LA PRIETA MILLARES, «Competencias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en materia de menores» y M.<sup>a</sup> Dolores MARTÍN CARREIRA, «Distribución de competencias en materia de protección a la infancia e intervención de la entidad pública en situaciones de riesgo y desamparo en la Comunidad de Castilla y León», ambos en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, pp. 13-26 y pp. 27-31, respectivamente.

<sup>23</sup> A modo de ejemplo he de señalar que si bien la LO 8/1982, de 10 de agosto, por la que se aprueba el EA de Aragón en su redacción original establecía en su art. 35.1.19 que la CA era exclusivamente competente en lo relativo a: «Asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario. Juventud, promoviendo las condiciones para su participación libre y eficaz en el desarrollo político social, económico y cultural». Posteriormente, la LO 5/1996, de treinta de diciembre, de reforma del EA de Aragón modificó dicho precepto, y en la actualidad el art. 35.1.28.<sup>a</sup> establece como competencia exclusiva de la CA aragonesa la «Protección y tutela de menores». Pese a ello, en el periodo comprendido entre la entrada en vigor del EA aragonés y la modificación del mismo operada por la LO 5/1996, la CA de Aragón legisló en materia de menores con total normalidad, como lo demuestra la promulgación de la Ley aragonesa 10/1989, de catorce de diciembre, de Protección de menores. V., un interesante estudio de dicha Ley en el artículo de José Antonio SERRANO GARCÍA, «Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores» en *RJN*, n.º 12, 1991, pp. 13-42.

<sup>24</sup> La CA de Castilla y León tras la reforma operada en su Estatuto de Autonomía por la Ley 4/1999, de 8 de enero, ostenta actualmente competencias exclusivas en materia de protección y tutela de menores (art. 30.20).

<sup>25</sup> En el caso de Extremadura, el art. 7.1.32 del Estatuto de Autonomía, tras la modificación sufrida por la Ley 12/1999, de 6 de mayo, establece la exclusividad de la CA en materia de instituciones públicas de protección y tutela de menores (si bien siempre de conformidad con la legislación civil, penal y penitenciaria del Estado).

<sup>26</sup> Clara I. ASÚA GONZÁLEZ, Jacinto GIL RODRÍGUEZ y José Javier HUALDE SÁNCHEZ, «Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho Civil Vasco» en *Derechos Civiles de España*, vol. I, Madrid, 2000, p. 142.

*peculiares y, en definitiva, se dejaría la puerta abierta a argumentaciones más ambiciosas respecto al ámbito competencial».*

Siguiendo con el análisis propuesto, hay que afirmar que de una lectura del art. 148 CE, se llega a la conclusión de que el apartado más idóneo para encuadrar la materia relativa a la protección de menores desde el punto de vista administrativo es el apdo. 1.º punto 20.º (la Asistencia Social), debido a que no se encuentra recogida de manera expresa<sup>27</sup>. Situar dentro de este punto a la protección de menores es algo que, si bien en la práctica ha sido incuestionado por las CCAA (en tanto en cuanto las mismas han incluido dichas competencias en sus EEAA<sup>28</sup> utilizando la misma expresión utilizada por nuestra Carta Magna: Asistencia Social, u otras similares que la amplían y tratan de concretar)<sup>29</sup>, desde un punto de vista teórico puede plantear dudas<sup>30</sup>. Pese a ello, nada se ha avanzado, ya que ¿ha de entenderse que Asistencia Social comprende la protección de menores<sup>31</sup>? Si se parte de que ello es así<sup>32</sup>, ¿todas las CCAA podrán legislar en materia de protección de menores?, o bien, ¿únicamente las CCAA forales podrán hacerlo y las demás no<sup>33</sup>? Ha de concluirse aceptando que dentro de la expresión *Asistencia Social* se encuentra incluida la materia relativa a la protección de menores, tal y como afirma la doctrina y refleja la práctica autonómica. En palabras de DE CASTRO GARCÍA-RUBIO<sup>34</sup> (que se basa en el art. 39 de nuestra Nor-

<sup>27</sup> El citado precepto no profundiza más de lo expuesto. Su tenor literal es el siguiente: «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...) 20.ª Asistencia Social».

<sup>28</sup> De no haberlo hecho así, es decir, de no haberlo incluido en sus EEAA (tal y como prevé el art. 147.1 CE), operaría lo dispuesto en el art. 149.3 CE, donde se prevé una cláusula residual con base en la cual el Estado será competente en todas y cada una de aquellas materias que las CCAA, pudiendo hacerlo, no hayan asumido como propias en sus EEAA. El motivo de la existencia de esta cláusula está bien claro: el legislador no quiere dejar ningún cabo sin atar y permitir que se diera el caso de que una materia sobre la que las CCAA pueden ser competentes, fuera excluida del ámbito competencial de una determinada CA y que el Estado se encontrara con una laguna legal cuando intentara asumir dicha competencia. Es, por tanto, y desde este punto de vista, positivo la inclusión de esta norma, que viene a cerrar el sistema de reparto competencial instaurado por nuestra CE de 1978.

<sup>29</sup> Como sostiene TOLIVAR ALAS: «(...) ordinariamente, los textos estatutarios de las Comunidades de autonomía plena se preocuparon de contener una expresa referencia a las instituciones de menores (...). Pero lo cierto es que, pese a la ausencia de menciones literales a la protección de menores en la mayoría de los Estatutos de Autonomía, la sola inclusión de facultades de asistencia social fue causa suficiente para que el Estado comenzara a descentralizar las Junta Provinciales de Menores (...). En fin, la Ley de 11 de noviembre de 1987 (...) vino en la práctica a dar el respaldo definitivo a la totalidad de las Comunidades Autónomas para el ejercicio de funciones de tutela sobre la infancia. La mencionada Ley se remite (...) a la autoridad competente en cada territorio, conforme a las leyes (...) En resumen, el peso fundamental de la protección de menores recae actualmente, en el ordenamiento español, sobre los entes autonómicos (...)». Leopoldo TOLIVAR ALAS, «Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores» en *RAP*, n.º 124, enero-abril, 1991, pp. 51-55.

<sup>30</sup> V. Iván JIMÉNEZ AYBAR, *Pasado, presente y futuro de la protección de los menores en Aragón*, Zaragoza, 1998, pp. 75-76.

<sup>31</sup> La STC 76/1986, de 9 de junio, con relación a un problema de la CA del País Vasco con el sistema de Seguridad Social, sostuvo que: «La noción de asistencia social no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. (...)». V. también la definición que de «Asistencia Social» proporciona la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, revisada en enero de 1996 (ratificada por España mediante Instrumento de 29 de abril de 1980).

<sup>32</sup> Si la materia de protección de menores no se entiende incluida en la expresión «Asistencia Social» ¿qué se encuentra englobada en la misma?, ¿por qué motivos no se halla incluida esta materia en esa expresión? En mi opinión el legislador debió perfilar con más claridad qué se entiende incluido dentro del ámbito de la Asistencia Social, puesto que este tipo de terminología es susceptible de ser usada restrictiva o extensivamente, sean unos u otros los intereses de las CCAA (si bien en la mayoría de los casos dichos intereses harán que se interpreten los preceptos ambiguos de una manera extensiva si ello lleva aparejado, como sucede en este caso, una ampliación del ámbito competencial de dichos entes autonómicos).

<sup>33</sup> V. el breve, pero crítico estudio de Rafael ILLESCAS, *Las Comunidades Autónomas en la Constitución de 1978*, Granada, 1980, donde el autor analiza los diferentes cauces que la CE estableció para el establecimiento de las CCAA, las cuales, según este autor, son tratadas discriminatoriamente sin que las razones de ello se entiendan.

<sup>34</sup> Francisco DE CASTRO GARCÍA-RUBIO, «La protección del menor en Castilla-La Mancha» en *Derechos Civiles de España*, vol. VI, Madrid, 2000, p. 3789.

ma Fundamental), puede concluirse que «(...) la protección social, económica y jurídica que no quede embebida en el concepto «legislación civil» ni sea materia acogida a la Seguridad Social, estará dentro del ámbito competencial relativo a la asistencia social y a la tutela de menores». Por su parte, DE PABLO CONTRERAS<sup>35</sup> admite, con razón, que dentro de la Asistencia Social debe entenderse incluida la protección de menores «(...) (esto es, la determinación y regulación de las medidas que la Administración podía adoptar con relación a éstos (...))», y considera que el Estado no tiene competencias en esta materia pues la misma la tienen las CCAA. Ello no puede ser de otra manera en tanto en cuanto «La razón de que las Comunidades Autónomas puedan, en ejercicio de determinadas competencias, incidir en materias, instituciones o derechos subjetivos (...) cuya regulación ha correspondido tradicionalmente al Derecho civil, no es ni puede ser la especificidad o especialidad de la materia objeto de la competencia autonómica en relación con la legislación civil. (...) Así (...) pueden las Comunidades Autónomas sin competencia sobre el Derecho civil regular cuestiones que supongan menoscabo o desplazamiento de las situaciones ordinarias de Derecho privado, siempre que (...) de tal regulación surjan tan sólo pretensiones frente a los poderes públicos, y no frente a otros particulares. Creo que esto último es el núcleo irreductible de lo que ha de entenderse por legislación civil reservada en exclusiva al Estado en el art. 149.1.8.ª de la Constitución»<sup>36</sup>.

Sin embargo, la LO 1/1996 establece en su DF 21.ª n.º 3 que todos los artículos enumerados en la misma constituyen «(...) legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social». Así «(...) deja a salvo (...) las competencias de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho Civil, Foral o Especial propio, para las que la Ley se declara subsidiaria respecto de las disposiciones específicas vigentes en aquellas», tal y como prevé su Exposición de Motivos<sup>37</sup>. Como he venido manteniendo, y según palabras de CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS<sup>38</sup>, tal afirmación implica una «(...) vulneración de la doctrina constitucional en esta materia, en cuanto el Estado no puede dictar normas con eficacia meramente supletoria en materia sobre las cuales carece de título competencial (STC 118/1996 de 27 de junio, y 147/1991)». Como afirma DE PABLO CONTRERAS<sup>39</sup> esta práctica del legislador

<sup>35</sup> Pedro DE PABLO CONTRERAS, «¿Derecho Civil Riojano?» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. V, Madrid, 2000, pp. 2706-2707.

<sup>36</sup> Pedro DE PABLO CONTRERAS, «La «Legislación civil» y la competencia autonómica en materia de asociaciones (A propósito de la STC 173/1998, de 23 de julio)» en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, tomo I (enero-abril), 1999, p. 1841. V. también, Javier BALZA AGUILERA y Pedro DE PABLO CONTRERAS, «El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas» en *REDA*, n.º 55, julio-septiembre, 1987, pp. 381-436.

<sup>37</sup> La consagrada STS 118/1996, de 27 de junio, establece que en ningún caso podrá el Estado enunciar como supletorias las normas de él emanadas, sino que será quien aplique en cada caso concreto las normas el que deba llegar a la conclusión que en tal o cual materia la normativa estatal opera como supletoria del Derecho autonómico por aplicación del art. 149.3 CE (que no es otra cosa que la cobertura constitucional de otro precepto de nuestra Carta Magna: el art. 139.3 CE *in fine* que dispone que: «El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas»). Con relación a esta cláusula se pronunció, entre otras muchas, la STC 18/1982, de 4 de mayo, que estableció en su FJ 1.º que: «Para determinar si una materia es de competencia del Estado o de la Comunidad Autónoma, o si existe un régimen de concurrencia, resulta en principio decisivo el texto del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, a través del cual se produce la asunción de competencias. Si el examen del Estatuto correspondiente revela que la materia de que se trate no está incluida en el mismo, no cabe duda que la competencia será estatal, pues así lo dice expresamente el art. 149.3 de la Constitución.» V. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La supletoriedad del Derecho Estatal» en *ArC*, tomo I, 1998, pp. 7-9. V. también, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, «La regla de la supletoriedad a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo: continuidad y renovación del derecho estatal» en *REP*, n.º 99, enero-marzo, 1998, pp. 281-302.

<sup>38</sup> Carmen Carretero ESPINOSA DE LOS MONTEROS, «La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de menores» en *Protección jurídica del menor*, VVAA, Granada, 1997, pag. 26.

<sup>39</sup> Pedro DE PABLO CONTRERAS, «¿Derecho Civil Riojano?» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. V, Madrid, 2000, pp. 2706-2707.

estatal es cuando menos reprochable. Pese a ello: «(...) la presunción de constitucionalidad de las leyes, a las que sólo la estimación de recursos o cuestiones de constitucionalidad es capaz de expulsar del ordenamiento, ha de ser bastante, al menos en este momento, para entender vigente la aludida reforma de la legislación civil y provisionalmente válida la alteración de la competencia autonómica con ella (...)».

Por tanto, las CCAA con competencia exclusiva en materia de Asistencia Social no pueden ver mermadas sus competencias por normas de este tipo. En cualquier caso, la legislación civil estatal (dado que está vigente hasta que no se declare inconstitucional) operará de manera supletoria<sup>40</sup>: nunca se aplicará directamente<sup>41</sup>. Consecuentemente, la conclusión a la que habría que llegar es que todas las CCAA tienen competencias para legislar en la vertiente administrativa relativa a la protección de menores y por ende sobre adopción (tanto nacional como internacional)<sup>42</sup>, siendo únicamente las CCAA forales, con las matizaciones apuntadas, las que puedan legislar en la vertiente estrictamente civil de dicha materia<sup>43</sup>. El panorama descrito supone necesariamente que cualquier extralimitación del marco estrictamente administrativo que la CA lleve a cabo tenga que ser considerada como inconstitucional, como ha puesto de manifiesto YZQUIERDO TOLSADA<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> V. Francisco CAPILLA RONCERO, «El Código Civil y el Estado de las Autonomías: la supletoriedad del Código Civil» en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas (Ponencias y comunicaciones a las Jornadas de Granada de mayo de 1988)*, Madrid, 1989, pp. 42-52.

<sup>41</sup> Como sostiene SERRANO GARCÍA, «el concepto de Derecho supletorio se extiende tanto a los casos de materias parcialmente reguladas por el legislador autonómico como a aquellos otros de materias de competencia exclusiva de la CA todavía no abordadas por el legislador autonómico. Lo decisivo es que la materia sea de competencia exclusiva de la CA». José Antonio SERRANO GARCÍA, «Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores» en *RJN*, n.º 12, 1991, p. 22.

<sup>42</sup> V., entre otros, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Aspectos generales del Derecho Civil extremeño» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VIII, Madrid, 2000, pp. 4525-4529; Antonio ESPINOSA GARCÍA, «El acogimiento familiar y la adopción en la Comunidad Autónoma de Extremadura» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VIII, Madrid, 2000, pp. 4563-4564.

<sup>43</sup> V., a favor, si bien con carácter general, Juan Miguel OSSORIO SERRANO, «Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de adopción, guarda y acogimiento de menores. Las entidades públicas a las que se refiere la Ley 21/1987, de 11 de noviembre» en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas (Ponencias y comunicaciones a las Jornadas de Granada de mayo de 1988)*, Madrid, 1989, pp. 213-219 (en especial, p. 218).

<sup>44</sup> Mariano YZQUIERDO TOLSADA, «El Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma de Canarias» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VII, Madrid, 2000, p. 3883 y ss. Este autor considera incuestionable que la materia relativa a instituciones de protección de menores es materia civil en lo que se refiere a aspectos sustantivos de la misma, tales como serían los requisitos que se precisan para ser adoptante (como por ejemplo la edad que se requiere para ello), considerándose por ello cualquier regulación autonómica de la CA canaria (o de cualquier otra que tenga la misma consideración que ésta), cómo inconstitucional. En el supuesto de que la norma autonómica «(...) viniera a establecer una edad idéntica a la dispuesta por el Código, la eficacia constitutiva de la norma autonómica no vendría dada por sí misma, sino porque el régimen del Código se impondría necesariamente, dijera lo que dijese la norma autonómica en una materia en la que el legislador canario nada podría decir por falta de absoluta competencia para decirlo. De igual manera, si el art. 13.1. LAIMC dispone que: «Podrán solicitar ser adoptantes las personas y parejas, matrimonios o de hecho...», ello no nos permite deducir que las parejas no casadas canarias puedan ser adoptantes porque lo permite la Ley canaria, sino porque la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la cual se modifican determinados artículos del Código Civil en materia de adopción (...), así lo establece. «(...) Se trata, en fin, de materias en las que entiendo que la Comunidad Autónoma solamente puede dictar normas administrativas de procedimiento o de ejecución, pero no de diseño sustantivo civil de los institutos. No cabe por ejemplo, que el legislador autonómico disponga si puede existir o no suspensión de la patria potestad para los padres (canarios) del menor en situación de desamparo, pues de una previsión semejante se ocupa ya el legislador estatal, que es quien lo puede hacer (...). Otra cosa es que las normas autonómicas puedan y deban tratar de los procedimientos concretos para la constitución de la tutela ex lege, de la guarda asistencial o del acogimiento, de la declaración de idoneidad de los adoptantes o del proceso de selección de los mismos». V. p. 3884 de la ob. cit.

### 1.1. Normativa convencional en materia de adopción internacional existente en nuestro país

A modo de introducción, he de afirmar que tomando como punto de partida el Derecho Comparado, la evolución de la institución de la adopción llevada a cabo en España encuentra un paralelismo claro con la experimentada en la mayoría de los países de nuestro entorno, y sobre todo en aquellos que pertenecen (al igual que el nuestro) al *Civil Law*. Esta idea se acentúa en los últimos años de la Historia, en los que, gracias a la apertura de fronteras y a otros muchos condicionantes, se han elaborado convenios y acuerdos entre países que, al poseer en su mayoría rango de norma interna directamente aplicable, una vez que son ratificados por los Estados que se adhieren a los mismos (y que se cumplen los ulteriores requisitos que cada Estado haya establecido, como puede ser en el caso de España la publicación en el BOE), hacen que la normativa nacional de cada uno de ellos respete el mínimo general que se alcanzó en el convenio. De no ser así, existirían disposiciones normativas que se contradicen con lo que ya es una norma interna en vigor directamente aplicable. No obstante, el marco común no es muy amplio puesto que no es menos cierto que cada país tiene un ordenamiento jurídico diferente, con sus peculiaridades específicas, por muchos convenios que hayan ratificado.

Entrando ya en el estudio de la normativa internacional vigente en nuestro país, he de decir que la misma lo está en forma de Tratados a los que España se ha adherido prestando su consentimiento para obligarse, lo cual constituye una competencia típicamente estatal (arts. 94.1 y 149.1.3.<sup>a</sup> CE). En este sentido, una vez dado por sentado lo anterior (que es comúnmente admitido por la doctrina especializada), hay que entrar a valorar una cuestión de suma importancia que no está tan clara: ¿qué sucede si el derecho interno español (estatal o autonómico) choca directa o indirectamente con lo preceptuado en un convenio al que nuestro país se ha adherido legalmente? Es evidente que la respuesta de esta pregunta condicionará decisivamente el ordenamiento jurídico de nuestro país. Tal vez por la importancia que esta cuestión tiene, la misma CE ya se pronunció en su art. 96.1 (art. 5.1.CC) al establecer que:

*«Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los mismos tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional»*<sup>45</sup>.

Si bien del tenor literal de la norma transcrita (que en el fondo es una versión más del famoso e internacionalmente reconocido principio *pacta sunt servanda*) pudiera deducirse *a priori* una interpretación en el sentido de que de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, los Convenios internacionales de los que España sea parte tienen prioridad sobre las normas internas (argumento que se vería de alguna forma refrendado por una interpretación en tal sentido de los arts. 9.5 CE y art. 1.5 CC), hay que profundizar en la cuestión, tal y como ha hecho la doctrina, que no mantiene una postura unánime al respecto. Otros autores (a los que me adhiero), frente al entramado argumental expuesto que prioriza el principio de jerarquía, estiman como más oportuno hacer uso del principio de competencia, lo cual conduciría a un resultado distinto, esto es: todas las modificaciones, suspensiones o derogaciones establecidas por un Tratado quedan, en el mismo momento de la adhesión oficial del Estado al mismo, sustraídas a la normativa unilateral del Estado (y por ende de las CCAA). Únicamente cuando el Tratado deje de estar en vigor, podrá volver a aplicarse la normativa interna que ha quedado, tal y como sos-

---

<sup>45</sup> V. Antonio REMIRO BROTONS, «Artículo 96: Tratados internacionales como parte del ordenamiento interno» en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dir. Óscar Alzaga Villaamil, tomo VII (Artículos 81 a 96), Madrid, 1996, pp. 623-651.

tiene DE PABLO CONTRERAS<sup>46</sup>, «desplazada». Aviva la duda el hecho de que en el *iter* parlamentario de nuestra Constitución de 1978 se eliminó el art. 7 del Anteproyecto constitucional que prevenía expresamente la supremacía del Tratado sobre la Ley. El art. 96 CE establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente (e íntegramente, como prevé el art. 1.5 CC) en España (o sea en el BOE), formarán parte de nuestro ordenamiento interno<sup>47</sup>. Por su parte, el art. 10.2 CE recoge que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la misma Constitución prevé deben interpretarse a la luz de estos tratados internacionales.

Por tanto, considero que es incuestionable que los Tratados Internacionales que España ha ratificado forman parte del derecho interno español, pero nunca podrán oponerse a la CE. Lo que sí puede ocurrir es que dichas normas internacionales sean contrarias a normas internas españolas, en tanto en cuanto aquellas gozan de un rango superior al que estas últimas poseen. Consecuentemente con lo expuesto, si una norma internacional choca con alguna norma interna española, ésta deberá ser modificada en el mismo sentido que expresa la norma internacional.

### 1.1.1. *El Convenio de la Haya sobre protección de menores y cooperación internacional en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993*<sup>48</sup>

El Convenio multilateral más importante en esta materia que existe en este momento es el Convenio de la Haya sobre protección de menores y cooperación internacional en materia de adopción internacional<sup>49</sup>, de 29 de mayo de 1993. Antes de su promulgación, existía otro Convenio de la Conferencia de la Haya, el de 15 de noviembre de 1965, sobre competencia de autoridades, ley

<sup>46</sup> V. Pedro DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil Navarro*, tomo I: Introducción y Parte General, Pamplona, 1990, p. 67 y ss.

<sup>47</sup> En materia de menores, el mismo art. 39.4 CE establece que: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». V. Enrique RAMOS CHAPARRO, «Niños y jóvenes en el Derecho Civil Constitucional» en *DPC*, n.º 7, vol. 3, 1995, p. 197 y ss.

<sup>48</sup> BOE n.º 182, de 1 de agosto de 1985.

<sup>49</sup> Este Convenio se elaboró por los Ministros de Justicia de las Comunidades en una reunión no oficial celebrada en Roma el 6 de noviembre de 1990 (Doc. CPE/SEC 357, 1-6-1990). V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «XVII Sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (10 a 29 de mayo de 1993)» en *REDI*, vol. XLV, n.º 2, 1993, pp. 647-651. Un interesante artículo sobre el citado convenio es el de Nathalie MEYER-FABRE (secretaria redactora de la XVII.ª sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado), «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale» en *RCDIP*, tomo 83, n.º 2, 1994, pp. 259-295. V. también, Nuria BOUZA VIDAL y Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, «Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado» en *RJC*, año XCIII, n.º 1, 1994, pp. 181-184; M.ª Victoria MAYOR DEL HOYO, «Notas acerca del Convenio de La Haya sobre Adopción Internacional» en *RDP*, noviembre, 1995, pp. 1019-1043; Gonzalo PARRA ARANGUREN, «La Convención de la Haya de 1993 sobre la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional» en *VVAA, Adopción Internacional*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, pp. 61-77. Muy interesante resultan, dada la visión general que aporta del CHAI, los artículos de Hans VAN LOON, «La Convención de la Haya de 1993 sobre protección de los niños y cooperación con respecto a la adopción internacional. Su impacto, implementación y otras implicaciones más amplias» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999; y «La Convención de la Haya sobre adopciones entre países: objetivo, procedimientos y medidas de protección», conferencia impartida en el *Congreso sobre Adopción Internacional: procedimientos legales e integración social*, organizado por el Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción, celebrado del 25 al 27 de febrero, Barcelona, 1999. También puede consultarse, particularmente sobre los menores extranjeros, Jean-Marie BAUDOIN, «La protection du mineur étranger par le juge des enfants» en *RCDIP*, tomo 83, n.º 3, 1994, pp. 483-503. V. acerca del Convenio de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre competencia de autoridades y ley aplicable a la protección de menores de 5 de octubre de 1961, Juan Manuel CASTRO RIAL, «El Convenio de la Haya sobre protección de menores» en *ADC*, tomo XIV, fasc. 4, 1961, pp. 851-873.

aplicable y reconocimiento de decisiones, que tal y como ha afirmado BORRÁS RODRÍGUEZ<sup>50</sup>, puede tildarse de un auténtico fracaso en tanto en cuanto únicamente estuvo vigente en Austria, Reino Unido y Suiza (nunca en España). Fuera del marco de la Conferencia de la Haya, existió un Convenio del Consejo Europeo en materia de adopción, hecho en Estrasburgo, el 24 de abril de 1967, que entró en vigor en 1975 (si bien nunca para nuestro país, pues España ni lo ratificó ni lo firmó)<sup>51</sup>. En 1996 se elaboró un nuevo convenio, el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de patria potestad y medidas de protección de menores, que hasta el momento (marzo de 2003) no ha sido ratificado por España, si bien no es aplicable a la institución de la adopción (puesto que el art. 4 del Convenio expresamente la excluye de su ámbito de aplicación)<sup>52</sup>.

El origen del CHAI se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. En virtud del art. 21 de esta Convención, los Estados parte de la misma (tanto Estados de origen como de recepción)<sup>53</sup>, se comprometieron entre otras cosas a concertar arreglos o acuerdos, bilaterales o multilaterales, que detallen y garanticen que la adopción se ha llevado a cabo respetando el interés superior del menor. Gracias a este Convenio se han eliminado dos tópicos que venían arrastrando las adopciones internacionales desde hacía mucho tiempo: (i) que la adopción internacional es algo «malo», no viable y (ii) que tampoco es algo magnífico para los menores del mundo. Puede ser éste el gran logro del acuerdo multilateral: situar la figura de la adopción internacional en un plano intermedio, defendiéndola de sus detractores y a la vez limitándola a quienes la consideraban el medio ideal para solucionar los problemas de la infancia de los países en desarrollo.

El impulso para celebrarlo se originó sin duda tras el insatisfactorio funcionamiento del Convenio de los Derechos del Niño de Nueva York de 20 de noviembre de 1989 en lo que a la adopción internacional se refiere, puesto que no se había profundizado lo necesario para solventar la multitud de problemas que se originaban en la práctica (tanto a la hora de constituir las adopciones como en el momento de legalizarlas en el país de acogida del menor). No obstante, hay que reconocer que dada la amplitud que requiere la regulación de esta materia no es posible achacar a los redactores del Convenio de los Derechos del Niño, el haber realizado una labor incorrecta, puesto que dicho Convenio tiene como característica principal el ser un marco jurídico general de los derechos de los menores. Estaba claro, pues, que existía la necesidad de celebrar un convenio específico para la adopción internacional, lo cual se acentuaba cada día más al producirse un aumento vertiginoso y progresivo de adopciones internacionales. Por todo ello, tras debatir distintos textos de borradores así como distintas modificaciones a los mismos se llegó al texto definitivo del CHAI<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «El papel de la autoridad central: los Convenios de la Haya y España» en *REDI*, vol. XLV, n.º 1, 1993, pp. 63-79 (en especial, p. 72).

<sup>51</sup> V. sobre este Convenio, Enrique FOSAR BENLLOCH, «El Derecho internacional de protección del menor: el Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas» en *Documentación Jurídica* (Ministerio de Justicia), tomo XI, n.º 41, enero-marzo, 1984, pp. 125-128.

<sup>52</sup> V. Rui Manuel MOURA RAMOS, «La protección de los menores en el ámbito internacional. Las nuevas normas convencionales de La Haya aplicables a la protección de menores en supuestos de conexión múltiple» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 67-84.

<sup>53</sup> Para el Convenio, «Estado de origen» es el de la residencia habitual del menor, lo cual no implica necesariamente que sea nacional del mismo (aunque en la práctica es la tónica general); es más si no lo fuera, los trámites se complicarían pues entrarían en juego las normas que el estado de residencia del menor tiene para estos supuestos, aplicándose tal vez la ley nacional del menor en algunos aspectos. En este supuesto concurrirían en la misma adopción tres legislaciones diferentes: la nacional del menor, la del país extranjero en el que el menor reside y en el que se va a constituir la adopción y la del Estado de recepción. Será «Estado de acogida» (o de recepción) aquel al que, como consecuencia de realizar la adopción, se traslada al menor (V. el art. 2 CHAI).

<sup>54</sup> V., sobre la elaboración del CHAI, Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: Comisión especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero o adopción transnacional (22 de abril a

El Convenio, que es coherente y flexible, parte de una realidad incuestionable: si bien lo ideal es que el menor crezca con su familia de origen (o al menos en su Estado de origen), ello no siempre puede llevarse a cabo<sup>55</sup>. Es un Convenio que tiene una visión muy intervenida de la adopción internacional por parte de los poderes públicos, si bien no hay que considerar esta circunstancia como negativa puesto que necesariamente desde el punto de vista de la protección del interés del adoptando lo mejor es publicar la adopción al máximo. El art. 2.2 establece que se aplicará tan sólo a aquellas adopciones que creen un vínculo de filiación y que supongan el traslado de un menor residente habitual en un Estado contratante a otro. Ello no implica, sin embargo, que el Convenio haga referencia únicamente a las denominadas «adopciones plenas» puesto que también las «simples» tienen cabida dentro de él<sup>56</sup>, abarcando por tanto, un amplio concepto de la institución adoptiva, lo cuál es muy importante en la medida que aún existen muchos países, tanto de origen como de recepción, en los que pervive la adopción simple.

El objetivo del Convenio, como afirma BORRÁS RODRÍGUEZ<sup>57</sup>, no es «(...) unificar las normas materiales que en cada Estado parte regulan la adopción: cada Estado mantiene sus normas internas, existiendo únicamente la prioridad del tratado en las materias reguladas en el mismo». Muy al contrario, el art. 1 del CHAI plantea un triple objetivo: en primer lugar, establece garantías para que las adopciones tengan lugar en consideración al interés superior del menor y al respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional. En segundo lugar, instaura un sistema de cooperación entre los Estados contratantes (pues es un Convenio *inter partes*) que asegure el respeto a dichas garantías y prevenga el tráfico de menores y, por último, garantiza el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio<sup>58</sup>. En tercer lugar, la aplicación del CHAI cuando los dos Estados intervinientes en la tramitación de la adopción internacional son parte del mismo es imperativa, siempre y cuando, eso sí, se cumplan todos y cada uno de los requisitos necesarios para que el mismo sea aplicable (que básicamente pueden concretarse en la necesidad de que el adoptando sea un menor de edad y de que se trate de una institución que genere un vínculo de filiación, por lo que no podría ser aplicado, por ejemplo, a figuras extranjeras equiparables a nuestros acogimientos preadoptivos)<sup>59</sup>.

3 de mayo de 1991)» en *REDI*, vol. XLIII, n.º 2, 1991, pp. 574-575 (y V. el borrador del proyecto del futuro CHAI en las pp. 576-581); José Antonio TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «El proyecto de convención de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la Protección de los niños y la Cooperación en materia de Adopción Internacional» en *Tapia*, año XIII, n.º 75, 1994, pp. 79-78. Desde el punto de vista de los países de origen de los menores, V. la «Ponencia de Colombia para la III Reunión de la Comisión Especial, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre adopción transnacional» elaborada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Santa Fé de Bogotá, 1992.

<sup>55</sup> V., con carácter general, Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «La familia en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado» en *REDI*, vol. XLV, n.º 1, 1993, pp. 5-37.

<sup>56</sup> V. Cristina DE LORENZO BROTONS, «Adopciones internacionales irregulares o no reconocidas en España: situación jurídica de los menores extranjeros desplazados a España con motivo de su adopción» en *RMTAASS*, n.º 20, 1999, p. 106.

<sup>57</sup> V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «La regulación de la adopción en España: examen particular de la adopción internacional» en *Anuario de Psicología*, Universitat de Barcelona, n.º 71, 1996, p. 13.

<sup>58</sup> Carlos ESPLUGUES MOTA, «El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España» en *RDIPP*, año XXXIII, n.º 1, 1997, pp. 50-51.

<sup>59</sup> Debo mencionar la situación existente en países como Burkina Faso, donde hasta el momento sólo se ha constituido una adopción de un menor nacional por una familia española (concretamente en 1997). Este país es miembro del CHAI (lo ratificó el 11 de enero de 1996 y entró en vigor el 1 de mayo del mismo año), pese a ello no cumple con lo preceptuado en el mismo por lo que respecta a la tramitación de las adopciones internacionales. Una familia española que contaba con la preasignación del menor que había aceptado, es informada de que de acuerdo con la legislación del país, tal preasignación ha quedado sin efecto puesto que la madre biológica del menor había hecho uso de un derecho de revocar su decisión de dar a su hijo en adopción. Lo que no se entiende, y se aprovecha para criticar desde estas líneas, es cómo pueden iniciarse los trámites para adoptar a un menor cuando aún no ha transcurrido el plazo que la legislación nacional reconoce a la madre para reconsiderar su decisión de abandonar a su hijo.

Por tanto, el CHAI regula la adopción internacional de la siguiente manera<sup>60</sup>: en primer lugar, se establecen los requisitos y condiciones relativos a la idoneidad de los adoptantes y adoptandos, los procedimientos que deben seguirse para que la adopción pueda concluirse respetando en todo caso el interés del menor, así como el principio de subsidiariedad de la adopción internacional; en segundo lugar, se recogen medidas que garanticen y faciliten la salida de los menores del país de origen y la entrada y permanencia en el país de destino, estableciéndose un sistema de cooperación entre los Estados contratantes; y en tercer lugar, se introducen garantías para que las adopciones constituidas entre Estados parte del Convenio y que hayan seguido fielmente el procedimiento previsto, sean reconocidas por los mismos a todos los efectos.

Los países de origen deben: establecer que el menor es adoptable, argumentar que la adopción internacional es la opción que responde más fielmente al interés superior del menor, asegurarse de que se han obtenido los consentimientos necesarios de forma libre, consciente y gratuita así como verificar que el menor mayor de doce años ha sido informado acerca de los efectos de la adopción y que ha dado su consentimiento acerca de los mismos (art. 4). Por su parte, los países de recepción deberán velar porque los adoptantes sean adecuados y aptos para adoptar así como que el menor esté o sea autorizado para residir permanentemente en el país (art. 5).

Cada Estado debe nombrar una autoridad como Autoridad Central<sup>61</sup>. Si un país no sabe a cuál dirigirse, será la Autoridad Central Nacional la que le indique cual es la competente en ese caso concreto. Los países de origen (como por ejemplo: Colombia, Brasil) aceptaron de buen grado la idea de la Autoridad Central. Por otra parte, la Autoridad Central podrá ser auxiliada e incluso sustituida por organismos acreditados, sin ánimo de lucro (arts. 9, 10, 11 y 12 CHAI). Pero no todos los países de origen firmantes del CHAI exigen la intervención de estos organismos (si bien sólo algunos la exigen de manera preceptiva, como sucede en el caso de La India, Perú y Rumania), lo que implica que en la práctica sean los propios países de recepción los que pidan directamente la información a las Autoridades Centrales de los países de origen.

El CHAI establece que es preciso que los adoptantes aporten un certificado de idoneidad (art. 23), un documento en el que conste que son «idóneos para adoptar», si bien no será necesario presentarlo en el momento de solicitar el reconocimiento de la adopción si existe un certificado de conformidad con el Convenio rubricado por las Autoridades Centrales de los países de origen y de recepción (que son las que han colaborado estrechamente durante la realización de la adopción)<sup>62</sup>.

Los primeros países que ratificaron el Convenio fueron Brasil, Costa Rica, México y Rumania, lo cual revela la importancia de la negociación (que fue muy compleja)<sup>63</sup>, puesto que son cuatro países situados en lugares del mundo completamente distintos. Además, lo que en un primer momento parecía ser un convenio dirigido exclusivamente a países de recepción de los menores, se demostró que no lo era, puesto que los tres primeros países que se adhirieron al mismo son países de origen. Actualmente (en febrero de 2003) las últimas firmas del Convenio han sido las de Portugal, el 26 de agosto de 1999, Rusia, el 7 de septiembre de 2000, Bolivia, el 10 de noviembre de 2000, China, el 30 de noviembre de 2000, Bulgaria, el 27 de febrero de 2001, Eslovenia, el 24

<sup>60</sup> Mariano Aguilar BENÍTEZ DE LUGO y OTROS, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, 1996, p. 182.

<sup>61</sup> En nuestro país, por ejemplo, hay una Autoridad Central en cada una de las CCAA (que son los Servicios de Acción Social y de Protección del Menor).

<sup>62</sup> Esto conlleva, por ejemplo, que si el certificado de conformidad es falso, puedan existir responsabilidades, en principio, de las dos Autoridades Centrales.

<sup>63</sup> V. Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «La adopción internacional. La Convención de La Haya y su aplicación» en el *Boletín de Estudios y Documentación del Comité español para el bienestar social (Nuevas Políticas para la infancia y adolescencia)*, n.º 5, Madrid, 1995, p. 37; Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del menor» en VVAA, *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1997, p. 173.

de enero de 2002 y Letonia, el 29 de mayo de 2002, mientras que las últimas ratificaciones han sido las de Italia<sup>64</sup>, el 18 de enero de 2000, la República Checa, el 11 de febrero de 2000, Albania, el 12 de septiembre de 2000, Alemania, el 22 de noviembre de 2001, Eslovenia, el 24 de enero de 2002, Estonia, el 22 de febrero de 2002, Bolivia, el 12 de marzo de 2002, Bulgaria, el 15 de mayo de 2002, Luxemburgo, el 5 de julio de 2002 y Letonia, el 2 de agosto de 2002). Existen aproximadamente diez países que están preparando su ratificación, entre ellos Estados Unidos (que firmó el CHAI el 31 de marzo de 1994)<sup>65</sup>. BORRÁS RODRÍGUEZ<sup>66</sup> ya auguraba que «*si no ratifican muchos Estados en tiempo breve, el Convenio servirá de poco, puesto que se irán a buscar niños a países no parte del Convenio y en los que la adopción resulte más fácil*». Afortunadamente parece que el número de ratificaciones aumenta día a día.

Por lo demás, está claro que el objeto del Convenio no es unificar las normas materiales que cada país tiene referentes a la adopción internacional, ya que los Estados seguirán con sus propias normas<sup>67</sup>. En este sentido, hay que afirmar que no contiene reglas sobre ley aplicable ni sobre competencia de autoridades. Tampoco se especifica en qué país debe constituirse la adopción. No se está ante un Convenio de Derecho Privado<sup>68</sup>, sino que de lo que se trata es de establecer una serie de garantías en el proceso de adopción (antes, durante y después del mismo), tanto para los adoptantes (países de recepción) como para los adoptandos (países de origen)<sup>69</sup>, pero principalmente para estos últimos, pues en todo caso, deben salvaguardarse los derechos del menor prevaleciendo su interés superior. La manera que encuentra el Convenio para conseguir estos objetivos es establecer un sistema de cooperación entre las Autoridades Centrales<sup>70</sup> que los Estados parte deben designar<sup>71</sup>. Por tanto, en ningún caso, como sostiene ÁLVAREZ GONZÁLEZ<sup>72</sup>, el Convenio desea facilitar o favorecer las adopciones internacionales.

<sup>64</sup> La Autoridad Central italiana a efectos del CHAI es la *Commissione per le adozioni internazionali*.

<sup>65</sup> Cuya entrada se producirá probablemente a lo largo del año 2003 ó 2004. El que EEUU pase a formar parte del CHAI tendrá importantes repercusiones en la vida del Convenio puesto que EEUU es, por excelencia, el mayor país de recepción de menores de cuantos existen. Además, se confía en que se pueda modificar la óptica mercantilista que este país tiene con relación a la institución de la adopción.

<sup>66</sup> V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del menor» en VVAA, *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1997, pp. 157-168 (en especial, p. 163).

<sup>67</sup> Parece que el art. 28 del Convenio (que dispone que el Convenio no es obstáculo a la norma interna que exija que un menor salga del país después de haber sido ya adoptado), no tendría razón de ser.

<sup>68</sup> ADROHER BIOSCA afirma, que el CHAI: «(...) no utiliza el mecanismo clásico de Derecho Internacional Privado de unificar criterios de ley aplicable o de competencia judicial internacional en materia de adopción internacional. Trata, sin embargo, de que en atención al superior interés del niño, en las adopciones internacionales existan garantías en la cooperación de autoridades del Estado de origen y del Estado de recepción que eviten el tráfico de niños y aseguren el reconocimiento recíproco de las adopciones constituidas en uno de los Estados parte». Salomé ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 105.

<sup>69</sup> V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, *Guía práctica de los Convenios de la Haya de los que España es parte*, Madrid, 1996, p. 561.

<sup>70</sup> V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «El papel de la autoridad central: los Convenios de la Haya y España» en *REDI*, vol. XLV, n.º 1, 1993, pp. 63-79. Son interesantes, cuando menos, las inquietudes que sobre el correcto funcionamiento de las Autoridades Centrales con relación al CHAI se plantea IRIARTE ÁNGEL. V. José Luis IRIARTE ÁNGEL, «Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 111.

<sup>71</sup> Esta cooperación entre Autoridades Centrales no sólo ha de entenderse referida, en mi opinión, a la cooperación entre las Autoridades Centrales de los distintos países entre sí, sino que si en un país hay más de una Autoridad Central (tal y como sucede en el nuestro, que hay un total de 23), éstas deben estar coordinadas y cooperar en todo momento para dar así cumplimiento a esta obligación impuesta por el CHAI.

<sup>72</sup> V. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La adopción internacional» en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, p. 110.

Por lo que respecta a la aplicación práctica del Convenio<sup>73</sup> en los países que lo han ratificado es conveniente hacer la siguiente apreciación: cuando un Estado ratifica un Convenio, sea cual sea, debe modificar su normativa interna para asegurar el efectivo funcionamiento del mismo en su territorio (siempre que, claro está, dicha normativa no se encuentre adaptada al contenido del Convenio desde un principio)<sup>74</sup>. Esta circunstancia plantea la necesidad de un análisis por parte de cada Estado de las consecuencias que le acarrerá la ratificación de la norma, por lo que es conveniente tomar un tiempo de reflexión en este sentido. No obstante, no todos los países tienen los mismos recursos disponibles para hacer frente a las posibles modificaciones que le implique la ratificación de un Convenio. Ello se realiza aún más, si se quiere, en el caso concreto del CHAI puesto que muchos de los Estados que lo han ratificado son países de origen de los menores, lo cual por regla general implica que sean países empobrecidos que no suelen contar con los medios suficientes para hacer frente a las exigencias del Convenio. En la práctica, esta falta de coherencia entre lo establecido en el Convenio y el real funcionamiento de las instituciones del Estado en cuestión pone de manifiesto una divergencia entre lo dictaminado en la norma y lo que en verdad sucede. Hay que desear que poco a poco todos los países vayan caminando hacia una correcta aplicación de lo establecido en el CHAI, pero no hay que olvidar que hoy por hoy son muchas las dificultades con las que se encuentran las tramitaciones de las adopciones, lo cual genera irremediablemente problemas jurídicos para los países de recepción.

Tras lo expuesto, hay que concluir que el estado en que se halle la aplicación práctica del CHAI es una cuestión de vital importancia que no ha pasado desapercibida para la Conferencia de la Haya. En el art. 42 del CHAI se recoge la posibilidad de que el Secretario General de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado convoque periódicamente comisiones especiales para analizar el funcionamiento del Convenio. De esta manera, ya en octubre de 1994 se convocó una 1.<sup>a</sup> Comisión Especial de seguimiento del CHAI<sup>75</sup>. La 2.<sup>a</sup> de estas Comisiones especiales se celebró a finales del 2000 (del 28 de noviembre al 1 de diciembre)<sup>76</sup>, contando con una participación muy amplia de países lo cual debe ser catalogado de manera positiva.

---

<sup>73</sup> V. Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «La adopción internacional. La Convención de La Haya y su aplicación» en el *Boletín de Estudios y Documentación del Comité español para el bienestar social (Nuevas Políticas para la infancia y adolescencia)*, n.º 5, Madrid, 1995, pp. 35-48; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *El marco legal y la realidad social. Convención de la Haya sobre Adopción Internacional 1993 y experiencias en su aplicación. Materiales de Trabajo*, n.º 74, Madrid, 2001. V. también, si bien desde el punto de vista de México, Elva Leonor CÁRDENAS MIRANDA, «Convenio de la Haya: problemas de orden práctico en su aplicación. Análisis del procedimiento», conferencia impartida en el *Congreso sobre Adopción Internacional: procedimientos legales e integración social*, organizado por el Instituto Catalán del Aco- gimiento y de la Adopción, celebrado del 25 al 27 de febrero, Barcelona, 1999.

<sup>74</sup> V. sobre el proyecto de ley de ratificación del CHAI por Francia, Françoise MONÉGER, «Á propos du projet de loi de ratification par la France de la Convention de la Haye sur la protection des enfants et l'adoption internationale du 29 mai 1993» en *JCP Semaine Juridique-Édition Générale*, n.º 8-9, 1998, pp. 313-315.

<sup>75</sup> V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de la Haya de 1993 sobre cooperación internacional en materia de adopción (17-21 de octubre de 1994) en *REDI*, vol. XLVI, n.º 2, 1994, pp. 908-912.

<sup>76</sup> Los problemas prácticos y reales que se pusieron de manifiesto en esta 2.<sup>a</sup> Comisión se concretaron en unas Recomendaciones que básicamente pueden resumirse en las siguientes: el tiempo en el que tienen lugar las transmisiones de los documentos (demoras en el envío, envíos incorrectos) así como las complicadas legalizaciones por las que los mismos tienen que pasar; problemas entre las Autoridades Centrales y las autoridades judiciales de los Estados de origen de los menores, debido básicamente a que habían Estados de origen donde, antes de entrar en vigor el CHAI, tan sólo intervenían en la tramitación de adopciones autoridades judiciales, y tras el CHAI, dichas competencias han pasado a ser compartidas con autoridades administrativas; la polémica del proceso de acreditación de las ECAIS, dejándose constancia de que dicho procedimiento debía estar en todo caso supervisado por la Autoridad Central de cada país; sospecha que algunos Estados de origen no ponen todos los medios disponibles para dar cumplimiento al principio de subsidiariedad de la adopción internacional frente a la adopción nacional, tal y como impone el Convenio (se planteó incluso, con relación a este punto, la necesidad de que al ser éste un principio básico del CHAI y del Convenio de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, debían también velar por su cumplimiento los países de recepción de los menores, y no sólo los de origen);

España<sup>77</sup> fue el primer país de recepción europeo que ratificó el Convenio, concretamente el 11 de julio de 1995 (ya lo había firmado el 27 de marzo de 1995), entrando en vigor el 1 de noviembre del mismo año<sup>78</sup>. Nuestro país tuvo un papel muy importante en la negociación del Convenio (puesto que ayudó a muchos Estados de habla hispana, proporcionándoles los textos ya traducidos), lo cual demuestra que estaba muy motivado. Según lo que prevé el art. 6 del Instrumento de ratificación de 30 de junio de 1995<sup>79</sup>, en España son Autoridades Centrales todas y cada una de las Comunidades Autónomas (quienes se las distribuyen entre sus distintas Direcciones Generales o Institutos<sup>80</sup>) en el ámbito de su territorio y con relación a los residentes en el mismo, siendo la Autoridad Central, que prevé el art. 6.2 para la transmisión de comunicaciones, la Dirección General de Acción Social, del Menor y Familia del Ministerio de Asuntos Sociales, que a su vez, también funcionará como Autoridad Central para los territorios de Ceuta y Melilla con respecto a las personas residentes en estas Ciudades Autónomas. Cada una de las Autoridades Centrales de las CCAA deberá adecuarse al CHAI y ser consciente del importante papel que ha de asumir<sup>81</sup>.

---

se recomienda que se facilite a las familias de antemano a cuánto ascenderán (al menos aproximadamente) los costes de tramitación de la adopción, a la vez que se considera que no son admisibles las donaciones directas a orfanatos que algunos Estados de origen exigen al adoptante.

<sup>77</sup> V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «El Convenio de la Haya en materia de adopción internacional: una visión desde España» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999, p. 6.

<sup>78</sup> V. Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «La entrada en vigor en España del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional» en *REDI*, vol. XLVII, n.º 2, 1995, pp. 485-487.

<sup>79</sup> BOE n.º 182, de 1 de agosto de 1995.

<sup>80</sup> Direcciones Generales o Institutos que según cual sea la CA tienen diferentes denominaciones. Por ejemplo: en la CA de Canarias, la Dirección General de Protección del Menor y la Familia; en la CA de Castilla y León, la Dirección General de Servicios Sociales; en la CA de Extremadura la Dirección General de Acción Social; en la CA de Madrid, la Comisión de Tutela del Menor; en la CA de Navarra, el Instituto navarro de Bienestar Social. V. el Instrumento de ratificación del Convenio, donde se enumeran las Autoridades Centrales (incluyendo la dirección de las mismas), si bien tal documento habrá de ser actualizado con posibles modificaciones de denominación tal y como ha experimentado en este sentido la CA de Aragón, donde la Autoridad Central competente ya no se denomina Dirección General de Bienestar Social sino Instituto Aragonés de Servicios Sociales. España presentó, durante la elaboración del Convenio, una enmienda al mismo en la que se proponía que los Cónsules, teniendo siempre los límites que les impone el Convenio sobre Relaciones Consulares hecho en Viena el 24 de abril de 1963 (BOE n.º 56, de 6 de marzo de 1970), fueran considerados como Autoridades del Estado de recepción. Esta propuesta no se consolidó.

<sup>81</sup> V., con relación a la adecuación de la Comunidad Valenciana a esta tarea, José Conrado MOYA MIRA y Ana ROSSER LIMIÑANA, «Reflexiones acerca de la adopción internacional» en *Bienestar y Protección Infantil*, año V, n.º 3, noviembre de 1999, pp. 27-35. Los autores llegan a la conclusión de que es necesario «(...) que por parte de la autoridad central en materia de adopción internacional en la Comunidad Autónoma Valenciana se elabore normativa interna de la aplicación del Convenio de la Haya que contemple, al menos, las siguientes cuestiones: 1. Desarrollo de sistemas de cooperación en cuanto al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Convenio, entre las autoridades centrales de los países de origen y recepción, basados en la idea de que las obligaciones de ambas están íntimamente relacionadas y que deben basarse en el principio de mutua confianza, haciéndose extensiva esta cuestión a las Entidades de Mediación para la Adopción Internacional en tanto que han sido debidamente autorizadas por las autoridades centrales de ambos países a actuar en tareas de mediación. 2. Desarrollo de procedimientos que aseguren que los procesos de adopción internacional se desarrollarán en un marco garantista, estableciendo condiciones complementarias a las ya establecidas en el Convenio de la Haya. 3. Desarrollo de sistemas de cooperación en materia de protección infantil en los países de origen a fin de cumplir rigurosamente con el principio de subsidiariedad que rige la adopción internacional, dando preferencia a la colocación del niño en una familia de su Estado de residencia habitual, cuando la separación de su familia biológica sea necesaria. 4. Desarrollo de programas dirigidos a la constatación de las capacidades psicológicas y sociales de los adoptantes para asumir con éxito una adopción internacional, integrando la formación, el apoyo y orientación a familias tanto con carácter previo a la obtención del Certificado de idoneidad como durante el periodo de tiempo que transcurre desde la obtención del citado certificado hasta la asignación de un niño. 5. Desarrollo de sistemas de apoyo y orientación dirigido a familias que ya han constituido una adopción internacional a fin de garantizar el éxito en los procesos de adaptación entre el niño y la familia».

Por tanto, en España existen 23 Autoridades Centrales y una Autoridad Central de Comunicación (para dirigir las comunicaciones) que es el Ministerio de Asuntos Sociales<sup>82</sup>.

Con relación a las Autoridades Centrales de los demás países, España en el Instrumento de Ratificación realizó una reserva al art. 22.4 del Convenio al establecer que:

*«Las adopciones de niños con residencia habitual en España sólo podrán tener lugar por los residentes en aquellos Estados en los que las funciones conferidas a las Autoridades Centrales son ejercidas por Autoridades Públicas o por Organismos reconocidos de acuerdo con lo previsto en el párrafo 1 del art. 22 del Convenio.»*

De esta manera, para que respetando el CHAI pueda constituirse una adopción entre adoptante español y adoptando extranjero es preciso que se hayan cumplido previamente todos los requisitos previstos en el Convenio. España, como Estado de recepción que es<sup>83</sup> (según lo establecido en el art. 5 CHAI) debe constatar: que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar; que los mismos han sido convenientemente asesorados; y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en nuestro país. Como sostiene GONZÁLEZ BEILFUSS<sup>84</sup>, el CHAI debe ser estudiado desde el punto de vista de nuestro país en el análisis de las obligaciones que el Convenio impone a las autoridades del Estado de recepción.

Por otra parte, hay que afirmar tajantemente que dado que España es parte del CHAI, si el país de origen del menor también lo es, el CHAI se aplicará de forma imperativa siempre y cuando se den todos los requisitos en él establecidos para su aplicación, claro ésta. Es decir, no puede excepcionarse por las partes la aplicación de lo en él preceptuado. Ello tendrá una muy importante consecuencia práctica desde el punto de vista de nuestro país: si se solicita ante nuestras autoridades el reconocimiento e inscripción de una adopción celebrada en un Estado que es parte del CHAI y éste no se ha aplicado a lo largo de la tramitación del expediente debiendo haberse hecho, se denegará el reconocimiento, tal y como ya ha sucedido en varias ocasiones en la práctica<sup>85</sup>. Realmente el Convenio continúa dando sus primeros pasos y su práctica real es limitada en todos los países que son parte del mismo.

Por último se debe señalar que, a raíz de la celebración del Convenio, se han venido adoptando acuerdos por organizaciones internacionales (como por ej.: Interpol, Naciones Unidas, Conferencia Interamericana<sup>86</sup>), y si bien los mismos tienen mero valor orientativo, su mera adopción debe

<sup>82</sup> V. el listado con las direcciones y teléfonos de contacto de todas las Autoridades Centrales españolas en la *Guía para la aplicación del Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y de cooperación en materia de adopción internacional*, publicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Secretaría General de Asuntos Sociales), en abril de 1999, pp. 45-48. Hay que tener en cuenta que la CA del País Vasco ha desdoblado en cada una de sus provincias una Autoridad Central, existiendo así, en esta CA tres Autoridades Centrales, que son: el Departamento de Bienestar Social de la Diputación Foral de Álava; el Departamento de Bienestar Social de la Diputación Foral de Vizcaya y el Departamento de Servicios Sociales de la Diputación Foral de Guipúzcoa.

<sup>83</sup> Si España fuera país de origen, debería cumplir todos los requisitos previstos a tal efecto en el CHAI, principalmente los establecidos en el art. 4 del mismo. Este precepto ha sido ampliado en la CA catalana a las adopciones internacionales constituidas en Cataluña al margen del Convenio, por entenderse que lo previsto en el mismo garantiza la constitución de la adopción (V. el art. 124 CF). A partir de este momento, nuestro Juez deberá tener en cuenta: (i) su competencia (art. 22.3.º LOPJ), (ii) que el adoptante o adoptado sea nacional o resida en España y (iii) si las normas del art. 9.5 CC en cuanto a la ley aplicable a las condiciones del adoptante y adoptando. Obviamente, este supuesto se dará con muy poca frecuencia en la práctica en tanto en cuanto España es un país de recepción de menores y no de origen de los mismos.

<sup>84</sup> V. Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de Mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional» en *RJC*, n.º 28, 1996, pp. 9-41 (en particular, p. 317 y ss).

<sup>85</sup> V., entre otras, las Resoluciones de la D.G.R.N. sobre denegación del reconocimiento de adopciones rumanas por este motivo, de 22 de enero y de 25 de mayo de 1998.

<sup>86</sup> V. Fabiola ROMERO, «Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores»; Tatiana B. DE MAEKELT, «La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores: aspectos civiles y

calificarse como un importante y significativo paso adelante en la evolución de las tramitaciones de las adopciones internacionales.

1.1.2. *Los protocolos bilaterales de colaboración firmados por el Ministerio de Asuntos Sociales español con instituciones de países de origen de los menores en materia de adopción internacional*

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ha firmado hasta el momento<sup>87</sup> seis Protocolos con instituciones pertenecientes a otros tantos países en materia de adopción internacional<sup>88</sup>. Todos ellos, que como afirma BORRÁS RODRÍGUEZ<sup>89</sup> no son otra cosa que meros acuerdos administrativos, reflejan como principio inspirador de su articulado la protección del interés superior del menor. Su importancia es relativa: son compatibles con el CHAI (pues éste lo permite en su art. 39.2)<sup>90</sup> en tanto en cuanto no deroguen las normas establecidas en el art. 17 del mismo<sup>91</sup>, pero no tienen fuerza vinculante para los Estados (ni para España ni para el país de origen del menor en cuestión) pues no son auténticos tratados internacionales, sino meras declaraciones de intenciones. Por orden cronológico pueden ser enumerados de la siguiente manera:

- Protocolo entre el Comité Rumano de Adopciones y el Ministerio de Asuntos Sociales de España para la coordinación de las adopciones internacionales entre Rumania y España de 2 de abril de 1993;
- Protocolo entre el Ministerio de Asuntos Sociales de España y el Ministerio de la Presidencia del Perú en materia de adopción internacional de 21 de noviembre de 1994;

---

penales» ambos en VVAA, *Adopción Internacional*, Universidad Central de Venezuela Caracas, 1998, pp. 79-97 y pp. 99-114, respectivamente.

<sup>87</sup> Existen países de origen con los que se está tramitando la firma de un protocolo. Por ejemplo, con Costa Rica se está ultimando uno, si bien la tramitación se ha alargado considerablemente en el tiempo (alrededor de unos diez años).

<sup>88</sup> V. sobre los Protocolos en general, Carlos ESPLUGUES MOTA, «Conclusión por parte de España de cuatro protocolos sobre adopción internacional» en *REDI*, vol. XLVIII, n.º 2, 1996, pp. 336-340; Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Madrid, 2000, pp. 20-23.

<sup>89</sup> Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «El Convenio de la Haya en materia de adopción internacional: una visión desde España» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999, p. 6.

<sup>90</sup> Concretamente el art. 39 CHAI establece: «1. El Convenio no derogará a los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean parte y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos. 2. Todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas. Estos acuerdos sólo podrán derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21. Los Estados que concluyan tales acuerdos transmitirán una copia de los mismos al depositario del presente Convenio». Se ha constatado, en la 2.ª Comisión especial de seguimiento del CHAI de la Conferencia de la Haya que algunos de estos protocolos llegan a suplantarse al CHAI. La solución que se ha planteado para solventar esta situación es que se comuniquen a la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya cuantos protocolos se firmen para supervisarlos. Tomando por ejemplo el caso de España: si nuestro país firma un protocolo (o incluso Convenio) con otro país que no ha firmado el CHAI, podrá introducir en el mismo cuantas cláusulas considere convenientes. Pero si el otro país también es firmante del CHAI, el acuerdo al que lleguen deberá en todo caso respetar lo establecido en el Convenio. He de apuntar que éstas son las únicas medidas que se pueden tomar puesto que no existen sanciones internacionales para los países que incumplen el CHAI, aunque pesa más la imagen que cada país ofrece a la comunidad internacional que la hipotética existencia de sanciones. Por eso, puede afirmarse que el seguimiento de la Conferencia de la Haya es informal, pero efectivo. Lo cierto es que a los países les resulta muy atractiva la idea de firmar un Convenio bilateral en materia de adopciones internacionales. Desde la óptica de los Estados de recepción de los menores podría verse encubierto un deseo de asegurarse «un tanto por ciento del mercado de los menores para sí».

<sup>91</sup> V. Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de Mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional» en *RJC*, n.º 28, 1996, p. 343.

- Acuerdo Interinstitucional entre el Ministerio de Asuntos Sociales de España y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en materia de adopción de 13 de noviembre de 1995;
- Protocolo entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España y el Ministerio de Bienestar Social de Ecuador en materia de adopción internacional de 18 de marzo de 1997<sup>92</sup>;
- Acuerdo Bilateral entre el Reino de España y la República de Bolivia en materia de adopciones, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2001<sup>93</sup>;
- Protocolo sobre adopción internacional entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 12 de noviembre de 2002 (BOE 24-01-2003).

Puede afirmarse, como dispone ASÍN CABRERA<sup>94</sup>, que existen dos grupos distintos. Un primer grupo estaría formado exclusivamente por el Protocolo con Rumania (dado que es el más antiguo y no se asemeja en nada a la estructura de los demás)<sup>95</sup> y un segundo en el que se encuadrarían los restantes, puesto que están redactados con base a una estructura común<sup>96</sup>.

El Protocolo con Colombia, funciona muy bien en la práctica y agiliza mucho los trámites. Por su parte, el reciente Acuerdo con Bolivia tiene su origen en la modificación que experimentó en el año 2000 la legislación boliviana en el sentido de que las adopciones internacionales de menores bolivianos únicamente podrán llevarse a cabo si existe un convenio entre Bolivia y el país de recepción del menor que haya sido ratificado por ambos países. Estos requisitos originaron que las adopciones con Bolivia se vieran paralizadas para los adoptantes españoles ya que únicamente se concluían las adopciones cuyos expedientes se encontraban en curso de tramitación al promulgarse la nueva normativa boliviana. Precisamente existen otros dos países con los que hay firmado un Convenio bilateral (Rumanía y Perú, como se verá) en los que se ha producido un «cierre técnico» de sus fronteras a la salida de niños adoptados por extranjeros. En estos casos, además de estarse incumpliendo en algunos puntos el Convenio de la Haya, también se pueden estar incumpliendo estos Convenios bilaterales que deberían ser revisados. Las Administraciones, por su parte, deberían exigir razones a los países de porqué paralizan las tramitaciones así como que tramiten al menos las solicitudes de adopción que ya se encuentran en el país.

---

<sup>92</sup> El 30 de octubre de 2001 las autoridades ecuatorianas comunicaron a todas las ECAIS acreditadas en ese país la suspensión de las adopciones internacionales. La causa de dicha suspensión es que, las nuevas autoridades del Ministerio de Bienestar Social, van a hacer una auditoría sobre algunas de las agencias acreditadas, debido a que se han detectado irregularidades en expedientes de adopción tramitados por ciertas agencias de EEUU. Los expedientes en tramite sí podrán concluirse.

<sup>93</sup> Este acuerdo, que ha entrado en vigor el 1 de agosto de 2002, reemplaza celebrado entre el Ministerio de Desarrollo Humano de Bolivia y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España en materia de adopciones internacionales de 21 de mayo de 1997 que a su vez sustituyó al Protocolo en materia de adopción internacional celebrado entre el Organismo Nacional del Menor, la Mujer y la Familia de Bolivia y el Ministerio de Asuntos Sociales de España el 5 de abril de 1995.

<sup>94</sup> V. M.<sup>a</sup> Asunción ASÍN CABRERA, «Tramitación de expedientes de adopción de menores originarios de otros Estados con lo que España haya concluido Protocolos sobre adopción internacional» en *La protección y adopción de menores extranjeros en la Comunidad Autónoma Canaria*, 1999, pp. 82-84.

<sup>95</sup> Tal y como sostiene Flora CALVO BABIO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumanía: situaciones patológicas» en *La Ley*, año XIX, n.º 4628, 1998, nota al pie n.º 15, «(...) Aunque no es un convenio en sentido literal y no tiene valor jurídico alguno, establece un marco de cooperación en el que las adopciones se realizarán entre la Dirección General de Protección Jurídica del Menor, quien remitirá la solicitud de adopción, y el Comité Rumano de adopciones, que aceptará la solicitud y constituirá la adopción (...). El protocolo anterior ha quedado sin efecto tras la entrada en vigor del CHAI en Rumanía (el 1 de mayo de 1995) y se está a la espera de firmar otro que concuerde con las directrices de este instrumento jurídico».

<sup>96</sup> Como afirma HERRÁN ORTIZ, todos ellos comienzan «(...) con un enunciado de derechos o principios generales sobre la protección del menor, ya que (...) el objetivo de éstos es doble: por un lado, evitar situaciones abusivas en relación a los menores, tales como la sustracción, tráfico o trata de menores; y por otro, procurar el pleno reconocimiento recíproco de las adopciones plenas efectuadas y constituidas entre los países que han suscrito el protocolo». Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Madrid, 2000, p. 22.

## 1.2. El cambio de enfoque experimentado por el artículo 9.5 del Código Civil español: más allá de la determinación de la ley aplicable a las adopciones internacionales

Como ya se analizó anteriormente fue la reforma operada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, operada en el Título Preliminar del Código Civil la que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una norma que regulaba la adopción en su vertiente internacional: el art. 9.5 CC. La redacción originaria de este precepto fue la siguiente:

*«La adopción, en cuanto a sus efectos y a la capacidad para adoptar se regulará por la ley del adoptante. En la adopción por marido y mujer, a falta de ley nacional común, se aplicará la del marido al tiempo de la adopción. La ley personal del adoptado deberá observarse en lo que respecta a su capacidad, consentimiento y modo de suplirlo o completarlo. Para la constitución de la adopción serán competentes las autoridades del Estado de la nacionalidad del adoptante, o cuando se trate de una adopción hecha por marido y mujer, las autoridades del Estado de su nacionalidad común; y en su defecto, las del Estado en que el adoptante tenga su residencia habitual o los cónyuges adoptantes su residencia habitual común. Las formalidades del acto habrán de atenderse a la ley del lugar en que se constituya la adopción sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 11 apdo. 3».*

El artículo se encontraba inspirado parcialmente en el Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965, por lo que dispuso la prevalencia de la ley personal del adoptante sobre la del adoptado (tanto en lo relativo a los efectos como por lo que respecta a la atribución de competencia a las Autoridades intervinientes) así como una discriminación clara con respecto a la mujer, al establecer que se preferiría la ley nacional del marido en el supuesto de adopción por ambos cónyuges<sup>97</sup>.

Tras la reforma operada en el CC por la Ley 21/1987, el art. 9.5 CC volvió a experimentar una nueva modificación<sup>98</sup> y como sostiene ESPLUGUES MOTA<sup>99</sup>: «Frente a la regulación anterior, articulada sobre la determinación de la ley aplicable en base a normas bilaterales, el nuevo art. 9.5 pretende, sin más, asegurar que la adopción constituida en España por autoridades españolas se regulará por el Derecho español». Por ello, «se altera (...) el centro de gravedad del precepto que pasa a ser la concreción de la autoridad competente para constituir la adopción, y no la ley aplicable a la misma que, en principio será la del foro»<sup>100</sup>. Para GONZÁLEZ CAMPOS<sup>101</sup>, el texto del art. 9.5 CC tras la reforma de 1987 se caracteriza por el «(...) carácter acusadamente judicial que posee la constitución e la adopción (...) pues ésta deja de ser un negocio de Derecho privado entre adoptantes y familia de origen del adoptando, y persigue la adecuada selección de aquellos, en interés del menor». Posteriormente, la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo<sup>102</sup> se limitó a corregir ciertos errores pendientes en el citado precepto desde la publicación en el BOE de la Ley 21/1987.

<sup>97</sup> V. Carlos ESPLUGUES MOTA, «Sobre la adopción internacional» en *RJCM*, n.º 23 (n.º especial: Protección del Menor), 1998, p. 283.

<sup>98</sup> V. Eduardo MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, «Adopción: Comentarios a la reforma de la Ley 21/87 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción» en *BIAGN*, n.º 87, marzo, 1988, pp. 465-485 (en especial, pp. 467-468).

<sup>99</sup> Carlos ESPLUGUES MOTA, «El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España» en *RDIPP*, año XXXIII, n.º I, 1997, p. 39.

<sup>100</sup> V. Carlos ESPLUGUES MOTA, «Sobre la adopción internacional» en *RJCM*, n.º 23 (n.º especial: Protección del Menor), 1998, p. 283.

<sup>101</sup> Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, 6.ª edición, Madrid, 1995, p. 360.

<sup>102</sup> BOE n.º 250, de 18 de octubre de 1990.

Será la LO 1/1996 la que vuelva a alterar sustancialmente el citado artículo<sup>103</sup>. He de apuntar simplemente, puesto que a lo largo del presente trabajo se irán estudiando pormenorizadamente, las principales modificaciones que el mismo introduce en nuestro ordenamiento: atribuye a los Cónsules españoles las mismas competencias que al Juez en aquellos casos en los que el adoptante sea español y el adoptando esté domiciliado en la demarcación consular; la propuesta previa a la adopción debe ser emitida por la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia en España del adoptante (aunque en el caso de que éste no haya residido en España durante los dos últimos años, no se precisa propuesta previa); en la adopción constituida por la competente autoridad extranjera se observará la ley del adoptando en cuanto a la capacidad y consentimientos necesarios; la adopción constituida por la competente autoridad extranjera no será reconocida en España mientras los efectos de la misma no se correspondan con la ley española ni tampoco si la entidad pública no declara la idoneidad del adoptante si éste es español y residente en España. Esta última modificación (la necesidad de que el adoptante haya sido declarado idóneo) demuestra que se ha introducido en este precepto un requisito sustantivo: no es una norma que se limite exclusivamente a determinar normas de conflicto. La última reforma que ha experimentado el art. 9.5 CC fue la llevada a cabo por la Ley 18/1999, de 18 de mayo<sup>104</sup>, por medio de la cual se añade un párrafo final a dicho apartado:

*«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.»*

### **1.3. La adopción internacional en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil**

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/1996, los Decretos de desarrollo de la Ley 21/1987 mencionaban la vertiente internacional de la institución adoptiva para asimilar los requisitos que tenían que reunir los solicitantes a los de las adopciones nacionales<sup>105</sup>. La LO 1/1996 insiste en los principios de la Ley 21/1987 (por ejemplo, en ambas leyes se tiende a establecer la adopción pública frente a la privada, por considerar que de esta manera se garantizan más los derechos del menor) a la vez que introduce, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la regulación de la adopción internacional de una manera expresa<sup>106</sup>. Ésto ha venido motivado por la ratificación de España de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y del CHAI, en tanto en cuanto nuestro país debía adecuar su legislación interna a lo que las citadas normas internacionales propugnan, dado que tal adaptación no se hizo en la Ley 21/1987 (básica-

---

<sup>103</sup> V. Cristina GONZÁLEZ BELFUSS, «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional» en *REDI*, vol. XLVIII, tomo I, 1996, pp. 501-504.

<sup>104</sup> BOE n.º 119, de 19 de mayo de 1999. V. Nuria BOUZA VIDAL, «Comentario al artículo 9.5 del CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1993, pp. 456-470.

<sup>105</sup> V. Nuria BOUZA VIDAL, «La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado» en *RGLJ*, año CXXXVI, tomo XCV, n.º 6, 1987, pp. 897-931.

<sup>106</sup> V. Cristina GONZÁLEZ BELFUSS, «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional» en *REDI*, vol. XLVIII, tomo I, 1996, pp. 5001-504.

mente porque en la época de promulgación de la misma, la adopción internacional no era en España un fenómeno tan extendido como lo ha sido a partir de la década de los noventa<sup>107</sup>.

Concretamente, la LO 1/1996 se refiere a la vertiente internacional de la institución adoptiva en tres puntos de su articulado<sup>108</sup>: el artículo 25 (rubricado específicamente de la siguiente manera: «Adopción Internacional»), la DA 2.<sup>a</sup> (que introduce la exigencia de que las adopciones constituidas por la competente autoridad extranjera deberán reunir los requisitos del art. 9.5 CC para poder ser reconocidas por nuestro país) y la DF 2.<sup>a</sup> (que modifica los pfs. 3.º, 4.º y 5.º del art. 9.5 CC). Cada una de estas modificaciones será objeto de estudio en los correspondientes apartados de este trabajo.

Por su parte, las CCAA españolas, como se ha visto, han venido dictando leyes y decretos relacionados con la protección de menores (y por ende, de la adopción)<sup>109</sup>. Ello enriquece y a la vez complica el marco jurídico en el que se desenvuelve la adopción, puesto que ha de tenerse siempre muy presente en qué CA en particular se produce cada situación para acudir, si procede, a lo que la normativa autonómica establece al respecto. En este sentido, cabe señalar que la CA de Cataluña es la Comunidad Autónoma española que cuenta con una normativa en materia de adopción más prolija y avanzada. La Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción<sup>110</sup> fue la primera norma que reguló la adopción de forma íntegra en la CA catalana<sup>111</sup>. Actualmente, la adopción se encuentra regulada por el Código de Familia catalán, aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio<sup>112</sup>, que al igual que la legislación estatal, regula una sola modalidad de adopción (la plena) estando reservada esta institución para los menores no emancipados en situación de desprotección respecto de su familia, si bien es cierto que también pueden ser adoptados los menores emancipados y los mayores de edad<sup>113</sup>. Una de las particularidades que presenta la actual legislación en materia de adopción en Cataluña con respecto

<sup>107</sup> Ha de tenerse en cuenta, como ya se apuntó, que la Ley 21/1987 introdujo, entre otras muchas cosas, dos principios importantes: el interés del menor como bien jurídico internacionalmente protegido así como la novedad de que la adopción deja de ser un acto de interés entre las partes.

<sup>108</sup> V. Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional» en *REDI*, vol. XLVIII, tomo I, 1996, pp. 501-504.

<sup>109</sup> Ante la imposibilidad de estudiar la normativa autonómica de todas las CCAA españolas, a lo largo de todo este estudio iré haciendo referencia a diversos aspectos característicos de la misma. Evidentemente, el análisis se centrará principalmente en aquellas particularidades de la normativa autonómica que difieran de lo establecido en la legislación estatal, analizando las cuestiones problemáticas que las mismas puedan acarrear. V., sobre las leyes autonómicas, M.<sup>a</sup> del Carmen CORRAL GIJÓN, «Nuevas tendencias de la protección al menor» en *RCDI*, año LXXV, n.º 655, 1999, pp. 2255-2302; la tabla comparativa sobre las leyes autonómicas de menores de las CCAA en José Luis MARTÍNEZ GUIJARRO, «La Ley del Menor de Castilla-La Mancha» en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Coord. M.<sup>a</sup> Teresa MARTÍN LÓPEZ, Colección «Estudios», Cuenca, 2000, pp. 143-164 (en especial, pp. 156-157).

<sup>110</sup> Posteriormente modificada por la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Menores y de los Adolecentes (DOGC n.º 2083, 8-8-1995).

<sup>111</sup> V. Josep FERRER RIBA, «Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y adolescencia en Cataluña» en *DPC*, n.º 7, vol. 3, 1995, pp. 31-85, donde el autor comenta la trayectoria legislativa catalana en materia de menores. V. para entender la evolución de la institución en el Derecho autonómico catalán, Francisco Castro Lucini, «La adopción en la compilación del Derecho Civil especial de Cataluña» en *ADC*, tomo 15, fasc. 1, 1962, pp. 69-79.

<sup>112</sup> DOGC 23-7-1998 y BOE n.º 198 de 19 de agosto de 1998. Además, esta norma introduce modificaciones en otras muchas instituciones de protección. V., por ejemplo, Juan Francisco BONET PINA, «La tutela y la curatela en el nuevo Código de Familia de Cataluña» en *AC*, n.º 3, 17 al 23 de enero, 2000, pp. 81-114.

<sup>113</sup> Siendo necesario, al igual que en la legislación estatal, que el adoptando hubiera convivido ininterrumpidamente con el adoptante con anterioridad a que el mismo tuviera catorce años de edad. No obstante, esta norma tiene una excepción: en los casos de acogimiento simple o preadoptivo, únicamente será necesario que el adoptando haya iniciado ese periodo de convivencia un año antes de su mayoría de edad o de la emancipación. En ambos casos, claro está, es preceptivo que esa situación de convivencia se mantenga hasta que se interponga la solicitud de adopción.

a nuestro CC es la de tratar de manera exactamente igual la adopción realizada por la pareja de hecho <sup>114</sup> que la llevada a cabo por el matrimonio. Por ello, no existen diferencias (como sí sucede en nuestro CC, como se verá), por lo que respecta a la adopción conjunta y a la adopción del hijo del cónyuge o del hijo de la pareja <sup>115</sup>. He de apuntar que fiel reflejo de que la normativa más vanguardista a nivel autonómico en materia de adopción internacional la disfruta la CA catalana es la promulgación por dicha CA del Decreto 97/2001, de 3 de abril, sobre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional <sup>116</sup> (que viene a derogar el antiguo Decreto 337/1995, de 28 de diciembre, de acreditación y funcionamiento de las instituciones colaboradoras de adopción internacional), erigiéndose esta Comunidad en la primera a nivel nacional que modificó su normativa en este punto <sup>117</sup>.

Por otra parte, ya han sido varias las CCAA que han creado unos Registros donde se inscriben: por un lado, los solicitantes de adopción, y por otro, los menores susceptibles de ser adoptados. De esta manera se consigue una información contrastada que es muy útil a la hora de tener supervisados todos los datos de solicitantes y menores, y por supuesto, sirve de gran ayuda al órgano competente para realizar la propuesta de adopción y llevar a cabo las funciones de integración familiar que le son propias. Puede citarse la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores de la CA de Extremadura <sup>118</sup>, que crea un Registro de este tipo dependiente de la Consejería de Bienestar Social <sup>119</sup>. En el mismo sentido, el art. 34 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor de la CA andaluza <sup>120</sup>, crea un *Registro de solicitantes de Acogimiento y Adopción*, que si bien tendrá su sede en la Consejería competente en materia de protección de menores, dispondrá de una oficina en cada Delegación provincial de dicha Consejería <sup>121</sup>.

## II. ELEMENTOS PERSONALES DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES: REQUISITOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO ESPAÑOL

Aunque en una adopción intervienen numerosas personas, entidades, administraciones, lo cierto es que los sujetos protagonistas son, en definitiva, el adoptante (el que tiene la intención de

<sup>114</sup> En consonancia con lo dispuesto por la Ley 10/1998, de 15 de julio de uniones estables de pareja (DOGC 23-7-1998 y BOE n.º 198, de 19 de agosto de 1998).

<sup>115</sup> V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, pp. 51-52.

<sup>116</sup> DOGC n.º 3369, de 17 de abril de 2001.

<sup>117</sup> Recientemente se han promulgado otros Decretos autonómicos sobre estas materias que modifican a sus homónimos predecesores, pudiendo citarse, por ejemplo, el Decreto Foral de la CA de Navarra 168/2002, de 22 de julio, por el que se regula la acreditación de las Entidades Colaboradoras en materia de adopción internacional (BOE n.º 110 de 11-09-2002).

<sup>118</sup> DOE n.º 134, 24 de noviembre de 1994 y BOE n.º 309, 27 de diciembre de 1994.

<sup>119</sup> Concretamente, el art. 29 de la citada Ley 4/1994 dispone: «En la Consejería de Bienestar Social se creará un *Registro General de Adopciones y Acogimientos Preadoptivos*, que constará, al menos, de las siguientes secciones: a) *Solicitudes de adopción*. b) *Solicitudes consideradas idóneas para la adopción o acogimiento preadoptivo*. c) *Relación de menores que, encontrándose bajo medidas de protección, sean susceptibles de adopción*. d) *Acogimientos preadoptivos realizados*. e) *Adopciones constituidas por resolución judicial previa propuesta de la Junta de Extremadura*».

<sup>120</sup> BOE n.º 150, de 24 de junio de 1998.

<sup>121</sup> El art. 34 dispone lo siguiente: «1. Se constituirá un *Registro de Solicitantes de Acogimiento y Adopción de Andalucía*, que será único para toda la Comunidad Autónoma. 2. El *Registro de Solicitantes de Acogimiento y Adopción de Andalucía* tendrá su sede en la *Consejería competente en materia de protección de menores*, existiendo una oficina de este *Registro* en cada una de las *Delegaciones Provinciales de esta Consejería* para facilitar la inscripción de todas aquellas familias idóneas para el *acogimiento familiar simple o permanente* y para la *adopción*. 3. La *organización y funcionamiento* de este *Registro*, así como el modo de *formalización de solicitudes* y el *procedimiento a seguir* en cada acto de *inscripción* en el mismo se *determinarán reglamentariamente*». Al mismo registro vuelve a hacer alusión los artículos 57 y ss. del Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento Familiar y Adopción (BOJA n.º 135, de 19-11-2002).

adoptar e inicia el procedimiento adecuado para ello) y el adoptando (la persona que está inmersa en un procedimiento de adopción para ser adoptado). La intervención de los padres biológicos (que junto al adoptante y al adoptando constituyen lo que se ha venido denominando el *triángulo de la adopción*<sup>122</sup>) no se erige como esencial en la constitución de la filiación adoptiva, si bien tienen su papel, como se verá. El motivo de estudiar en este trabajo los requisitos que deben reunir estos sujetos para poder constituir una adopción desde el punto de vista de nuestro Derecho interno, siendo éste un trabajo dedicado al análisis de la institución adoptiva en su vertiente internacional, son básicamente los que a continuación se exponen.

En primer lugar, y por lo que respecta al estudio de los requisitos que precisa el adoptante según lo previsto en nuestro ordenamiento, debo decir que dado que el inicio del procedimiento adoptivo lleva como análisis previo un estudio de la persona del adoptante (puesto que, en la mayoría de las adopciones internacionales que se constituyen en nuestro país, tal y como se ha apuntado, es español), dicho análisis se realizará de acuerdo con lo que disponga nuestro Derecho interno. Es decir, si el adoptante español incumple *ab initio* uno de los requisitos que nuestro ordenamiento prevé, no podrá ser considerado apto para iniciar un procedimiento de adopción internacional. Ello sucedería por ejemplo, en el supuesto de que el solicitante fuera menor de veinticinco años de edad. Obviamente, esta afirmación debe ser matizada puesto que en la medida en que existen algunos requisitos que han de evaluarse necesariamente en relación con la persona del adoptando (tal y como lo es por ejemplo, el requisito de que el adoptante debe ser necesariamente catorce años mayor, como mínimo, que el adoptando), nuestro Derecho se encuentra con la imposibilidad *a priori* de matizar tales aspectos en cada caso concreto. Pese a ello, para dar una visión general de la figura del adoptante en España y porque podrían darse casos en los que lo dispuesto por el Derecho español con relación a la figura del adoptante fuera aplicado en un supuesto de adopción internacional (como sería el caso en el que la adopción por adoptante español siendo el adoptando extranjero se constituyera en nuestro país), se ha optado por el análisis de todos y cada uno de los requisitos.

En segundo lugar, el estudio de la figura del adoptando a la luz de lo establecido en nuestro Derecho pudiera presentar más objeciones toda vez que en la gran mayoría de los supuestos de adopciones internacionales se está hablando de adoptandos extranjeros menores de edad cuyas adopciones se constituyen en sus respectivos países de origen y, por tanto, de acuerdo a lo previsto en su legislación nacional. No obstante, y dado que en la práctica se dan supuestos en los que la adopción se constituye en nuestro país (tal y como sucede en los casos de adopciones no reconocidas y que se constituyen *ex novo* en España, o bien en los supuestos de menores extranjeros trasladados a España con tal fin e incluso en los de menores extranjeros en situación de adoptabilidad en España), he considerado oportuno incluir el estudio de lo previsto en nuestro ordenamiento al respecto. Resulta también interesante la inclusión de dicho análisis para poder valorar el juego de la operatividad de la excepción de orden público en todos los supuestos en los que, una vez constituida la adopción en el extranjero por autoridad extranjera se pretende su reconocimiento ante la autoridad española. En este sentido, ¿podría plantearse la oponibilidad de dicha excepción para negar el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero porque siendo el adoptado mayor de edad no convivió con el adoptante de manera continuada antes de cumplir los catorce años de edad? O por ejemplo, ¿podría reconocerse por España la adopción de un menor extranjero que se constituyó cuando el mismo era un *nasciturus*? Por todas estas circunstancias, reconociendo que serán pocos los casos en los que se precise valorar los requisitos que prevé la ley española con respecto a la figura del adoptando, es por lo que he decidido incluir el análisis de los mismos, que por otra parte, vienen a completar el marco general del estudio de la institución adoptiva en nuestro país que, de otra manera, quedaría incompleto.

---

<sup>122</sup> V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 176.

## 2.1. El adoptando

### 2.1.1. Ser menor de edad no emancipado: el art. 175.2 CC

El art. 175.2 CC establece que:

*«Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptado hubiere cumplido los catorce años.»*

La regla general, por tanto, es que se adopten menores no emancipados. El adoptando deberá tener capacidad jurídica (ser persona<sup>123</sup>) sin que sea necesario que tenga la capacidad de obrar<sup>124</sup>. No debe perderse nunca de vista que la adopción es una institución de protección de menores y que como tal va dirigida a ellos, por lo que se excluyen de la misma todos los que no tengan tal cualidad. Pero ¿el ser emancipado elimina la consideración de «menor» a estos efectos? La respuesta a este interrogante, en mi opinión, no puede ser otra que la negativa, si bien nuestra legislación introduce algunas matizaciones.

En mi opinión, la LO 1/1996 engloba a los menores emancipados, básicamente por aplicación del principio de protección del interés superior del menor y porque el art. 1 establece claramente una edad (inferior a 18 años)<sup>125</sup>. No sólo me estoy refiriendo a que debe aplicarse la primera parte de la Ley (donde se enumeran una serie de derechos que les amparan) sino también la segunda<sup>126</sup>. Me parece conveniente puntualizar la anterior afirmación en el sentido que lleva a cabo ALONSO PÉREZ<sup>127</sup>, cuando afirma que *«(...) las ventajas y beneficios que esta Ley dispensa a los menores de edad se extienden a los emancipados en la medida en que su capacidad ampliada ex art. 323 CC no les coloque en el ámbito de la mayoría de edad»*. RIVERO HERNÁNDEZ<sup>128</sup> entiende que con carácter general al menor emancipado ha de considerársele menor *«(...) en todo lo que no afecte a la emancipación y sus efectos, es decir, a su no sometimiento a la patria potestad o tutela»*.

Sentada la anterior afirmación, el artículo 175 CC en su apartado segundo *in fine* establece que excepcionalmente pueden ser adoptados los mayores de edad o los menores emancipados si concurren los dos requisitos siguientes: *«(...) cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años»*. Esta excepción a la regla general debe ser considerada como altamente beneficiosa para los mayores de edad o menores emancipados que se encuentren en esta situación. No quepa duda que, en estos supuestos, la autoridad que constituya la adopción va a tener en cuenta la opinión de la persona que va a ser adoptada<sup>129</sup>.

<sup>123</sup> V. Carlos ROGEL VIDE, *Derecho de la persona*, Barcelona, 1998, pp. 11-12.

<sup>124</sup> V. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La adopción» en *Compendio de Derecho Civil: Derecho de Familia*, tomo IV, Madrid, 1996, p. 239.

<sup>125</sup> En contra, Manuel RIVERA FERNÁNDEZ, «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor» en *RGD*, año LII, n.º 621, 1996, p. 6503.

<sup>126</sup> V., a favor, José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1999, p. 402. En puntos sucesivos, trataré con más profundidad esta cuestión.

<sup>127</sup> Mariano ALONSO PÉREZ, «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras» en *AC*, n.º 2, 1997, p. 40. A favor, V. Francisco Javier GARCÍA MÁS, «Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor» en *AC*, n.º 34, vol. 3.º, 1997, p. 807.

<sup>128</sup> Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Madrid, 2000, p. 48.

<sup>129</sup> V., desde el punto de vista procesal, si bien antes de la entrada en vigor de la LEC 1/2000, Victoria RUIZ DE VELASCO y MARTÍNEZ DE ERCILLA, «Aspectos procesales en la constitución de la adopción del mayor de edad y del menor emancipado» en *AC*, n.º 13, tomo III, 1998, pp. 257-291.

Antes de continuar, he de concretar a qué segmento de la población hacen referencia las expresiones «menor de edad», «mayor de edad» y «menor emancipado», puesto que dicha distinción aclarará, entre otras cosas, en qué casos es necesaria esa convivencia previa (iniciada antes de que el adoptando hubiera cumplido los catorce años) y en cuáles no lo es<sup>130</sup>. «Mayor de edad» será toda persona que ha cumplido los dieciocho años y que adquiere a raíz de este hecho, su plena independencia (al extinguirse automáticamente la patria potestad a la que se hallaba, si fuera el caso, sometido) así como la plena capacidad de obrar. Ello no obsta, sin embargo, que puedan existir excepciones a esta regla general, como de hecho sucede en la práctica con los incapacitados. Para su cómputo se incluirá completo el día de nacimiento según establece el art. 315 CC. La menor edad, como afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>131</sup>, «*es un estado civil que se caracteriza por sumisión y dependencia de la persona a las que ostentan oficios protectores de la misma, como son la patria potestad y la tutela*». «Menor emancipado»<sup>132</sup> será quien tenga menos de dieciocho años y que habiendo «(...) alcanzado un grado suficiente de capacidad natural (...) accede a una situación jurídica de capacidad cuasi-plena, únicamente atenuada por el sometimiento a lagunas limitaciones de índole protectora (...)»<sup>133</sup>. Lo expuesto constituye, sin duda, la regla general en nuestro Derecho, pero no hay que perder de vista la existencia de los Derechos Forales que pueden aportar particularidades de especial interés en esta materia (tal y como sucede en Aragón con el tratamiento que se le dispensa al menor de edad pero mayor de catorce años)<sup>134</sup>.

Se entiende que un menor de edad podrá ser adoptado desde que es recién nacido hasta el momento justamente anterior a cumplir los dieciocho años. No obstante, en el art. 177.2.2.º pfo. 3.º CC se matiza la anterior afirmación al exigir el transcurso de 30 días para que la madre biológica pueda prestar válidamente su asentimiento a la adopción:

*«El asentimiento de la madre<sup>135</sup> (a la adopción, que es requerido por el art. 177.2.2.º CC) no podrá prestarse hasta que hayan transcurridos treinta días desde el parto.»*

En Derecho Comparado existen periodos de tiempo diferentes y hasta que los mismos no hayan transcurrido, no es posible constituir válidamente la adopción pues es preceptivo el asentimiento de la madre. La Convención Europea del Consejo de Europa en materia de adopción de menores (celebrada en Estrasburgo el 24 de abril de 1967) ha establecido que entre el parto y el asenti-

<sup>130</sup> Para profundizar en el estudio histórico jurídico de la edad, V. el interesante artículo de Francisco de Asís SANCHEZ REBULLIDA, «La edad en el Derecho Aragonés» en *Estudios de Derecho Civil*, tomo II, Pamplona, 1978, pp. 45-104.

<sup>131</sup> Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1 (Introducción. Parte General. Derecho de la Persona), Madrid, 1998, p. 137.

<sup>132</sup> V. Carlos ROGEL VIDE, *Derecho de la persona*, Barcelona, 1998, p. 43 y ss.; Carmen Gómez Laplaza, «Comentarios a los arts. 314 a 319 y 322 a 324 del CC», VVAA, *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 2.º, Coords. Joaquín Rams Albesa y Rosa M.ª Moreno Flórez, Barcelona, 2000, pp. 2089-2126 y 2133-2149, respectivamente; Nathareth PÉREZ DE CASTRO, «Comentarios a los arts. 320 a 321 del CC», VVAA, *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 2.º, Coords. Joaquín Rams Albesa y Rosa M.ª Moreno Flórez, Barcelona, 2000, pp. 2127-2131.

<sup>133</sup> Definición propuesta por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad» en *ADC*, Madrid, 1988, p. 1451.

<sup>134</sup> V. Basilio BAYERRI LOSADA, «El menor de edad mayor de catorce años en el Derecho Civil de Aragón. Su capacidad de obrar» en *Derechos Civiles de España*, vol. VI, Madrid, 2000, pp. 3337-3361.

<sup>135</sup> Nada dice el precepto, ni ningún otro, sobre cuándo podrá el padre prestar su consentimiento a la adopción, por lo que, en mi opinión, nada obsta a que el mismo pueda emitirse desde el mismo momento del parto, sin necesidad de esperar esos treinta días. Si el legislador hubiera querido lo contrario no hubiera empleado específicamente la palabra «madre», que excluye automáticamente la figura del padre. El origen de este artículo se encuentra en el art. 5.4 del Convenio europeo en materia de adopción de Estrasburgo de 24 de abril de 1967, en el que si bien no se hacía referencia expresa a este plazo de treinta días, sí se expresaba la necesidad de que se estableciera un periodo lo suficientemente grande como para que la madre pudiera reflexionar tras el parto en condiciones físicas aceptables.

miento materno a la adopción deben mediar como mínimo seis semanas (si bien es cierto que este Convenio no ha sido ni ratificado ni firmado por España). En Alemania, por ejemplo, es necesario que hayan transcurrido como mínimo ocho semanas desde el nacimiento para poder constituir una adopción (parágr. 1747,3 BGB). En el Reino Unido son seis semanas. En nuestro país, ninguna adopción podrá constituirse antes de que el recién nacido tenga los treinta días de vida<sup>136</sup>. La existencia de este plazo de treinta días se justifica en la «(...) necesidad de garantizar la concurrencia de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño. Se espera que la recuperación de la madre sea plena física y psíquicamente»<sup>137</sup>.

Pese a lo expuesto, nada obsta a que desde el mismo momento del nacimiento la madre se desprenda de su hijo con la intención de darlo en adopción. Lo que sucederá es que en ese periodo, el menor se hallará en régimen de acogimiento, a la espera de que una vez transcurrido el mismo, su madre preste el asentimiento necesario. Dicho acogimiento persistirá hasta la constitución de la adopción, pese a que ya hayan pasado esos treinta días. La práctica ha demostrado que no es fácil el cumplimiento de este requisito legal, porque son numerosos los casos en los que las mujeres no acuden a los treinta días para prestar su asentimiento, a pesar de que se pronunciaron en ese sentido en el momento de dar a luz<sup>138</sup>. Éste es el motivo por el que muchas veces las adopciones se ven frenadas en su tramitación, lo cual no redundaría en beneficio del menor que ve como se alarga su estancia en el centro de acogida<sup>139</sup>. Es, además, relativamente frecuente que el asentimien-

<sup>136</sup> En el caso de la ya famosa STS de 21 de septiembre de 1999, lo que sucedió es que la madre prestó su asentimiento a la adopción (acogimiento y a cuantas figuras de protección del menor se considerara oportuno adoptar) en el octavo mes de embarazo, constanding expresamente que dicho asentimiento adquiriría plena validez una vez que hubieran transcurridos treinta días desde la fecha de nacimiento del menor (puesto que en la fecha en que ocurrieron los hechos ya se encontraba en vigor la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que así lo exige). Pese a ello, el TS declaró nula de pleno derecho la adopción por haberse prestado el asentimiento con antelación al parto y no con posterioridad a los primeros treinta días de vida del recién nacido, tal y como reza imperativamente el art. 177.2 pfo. 2.º CC. V. María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)» en *DPC*, n.º 13, 1999, pp. 37-79. V. una sentencia similar: la STS de 9 de julio de 2001 y V. el comentario que sobre la misma hace Eduardo CORRAL GARCÍA, «La nulidad de una adopción y el interés del menor: conveniencia de la reinserción en la familia de origen (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001)» en *AC*, VII, 2002.

<sup>137</sup> V. María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)» en *DPC*, n.º 13, 1999, p. 75.

<sup>138</sup> V. el Auto de la AP de Madrid de 28 de junio de 1996.

<sup>139</sup> En Francia, las madres tienen el derecho a dar a luz anónimamente, por lo que pueden entregar a su hijo en adopción desde el mismo momento de su nacimiento. No obstante, disponen de dos meses para arrepentirse y cambiar de opinión, por lo que ningún menor francés podrá ser adoptado antes de cumplir los dos meses de vida. Sin embargo, este derecho al parto anónimo está levantando una gran polémica, pues cada vez son más los menores adoptados que al llegar la adolescencia investigan sus orígenes encontrándose con la carencia de datos para encontrar sus raíces. Entran pues en conflicto dos derechos: el de la mujer a dar a luz anónimamente (es decir, a permanecer en el anonimato) y el del adoptado a indagar en sus orígenes biológicos. En Alemania, sin embargo, el parto anónimo está prohibido, pues prevalece el derecho del adoptado a indagar en sus orígenes al derecho a la intimidad de la madre. V., acerca de lo establecido en Italia, Rachele SETTSOLDI, «Observazioni in tema di adozioni prenatali» en *Giustizia Civile*, 1996, pp. 111-125. Con relación a la búsqueda de los orígenes puede verse el n.º 5 de la revista *Infancia y Adopción* de 1999, donde se encuentran los siguientes artículos: Puri BINIÉS LANCETA, «La búsqueda de los orígenes», pp. 10-16; José R. UBIETO, «Orígenes e identidad», pp. 17-19; Carmen AMORÓS y Míriam BOTBOL, «Construcción de la identidad», pp. 21-26; León y Rebeca GRINBERG, «La identidad del adolescente», pp. 27-31. V. también M.ª Jesús PÉREZ, «Búsqueda de la familia de origen: experiencia del Servicio Social Internacional» en *Trabajo Social Hoy*, n.º 3, 1993, pp. 98-100; Joaquín FUERTES ZURITA y Pere AMORÓS MARTÍ, «Práctica de la adopción» (concretamente el epígrafe titulado: Revelación e información sobre los orígenes) en *Manual de protección infantil*, Coord. Joaquín de Paul Ochotorena y M.ª Ignacia Arruabarrena Madariaga, Barcelona, 1996, pp. 481-488; Martine AUDUSSEAU-POUCHARD, «Los orígenes del niño» en *Adoptar un hijo hoy*, Barcelona, 1997, pp. 250-261.

to materno se preste con anterioridad a esos treinta días<sup>140</sup>, lo cual deja una puerta abierta a los progenitores biológicos para instar la extinción de la adopción por irregularidades formales.

Lo expuesto hasta el momento es lo que establece la normativa vigente. Pese a ello nuestra doctrina propone de *lege ferenda* modificaciones en diversos sentidos entre las que cabe destaca la postura de los que defienden la posibilidad de adopción del *nasciturus*. El hecho de que se precise para poder ser adoptado el haber nacido y contar como mínimo con treinta días de vida, por los motivos ya analizados, excluye como candidato a ser adoptado al *nasciturus*. Este planteamiento es mayoritario en nuestra doctrina civilista<sup>141</sup>, si bien una parte (representada principalmente por PUIG BRUTAU, GAMBÓN ALIX, LLEDÓ YAGÜE, FELIÚ-REY y O'Callaghan MUÑOZ<sup>142</sup>), ha sostenido en algún momento como viable, la adopción del *nasciturus*. La regulación de la adopción de concebidos, como reconoce GARRIGA GORINA<sup>143</sup>, ha sido propuesta con dos finalidades: en primer lugar, como una vía para evitar abortos y dar salida a supuestos de maternidad no deseada, y la segunda, para los supuestos de donación de embriones, en los cuáles se constituiría la adopción en el momento de la transmisión del embrión al útero de la mujer receptora. FEMENÍA LÓPEZ<sup>144</sup> resume claramente las tres teorías que a este respecto se han venido elaborando por parte de la doctrina (existiendo en nuestro Derecho Comparado países que siguen una u otra<sup>145</sup>). En primer lugar, la Teoría que propugna la existencia de personalidad jurídica del concebido. Ésta es una teoría minoritaria que afirma que la personalidad viene determinada por la concepción y no por el nacimiento. Por ello, el concebido tiene capacidad jurídica desde el momento de su concepción y puede ser sujeto de derechos, si bien éstos se hallan sometidos a condición resolutoria, que vendrá constituida por su nacimiento según lo que dispone nuestra legislación civil. Muy probablemente los partidarios de esta teoría se decanten por la misma imbuidos por sus creencias religiosas al respecto<sup>146</sup>. En segundo lugar, la Teoría de la personalidad del embrión incompleta, anticipada y condicional. Para los seguidores de esta teoría, el embrión disfruta de una personalidad «especial» caracterizada por ser incompleta (pues no es la misma que la que tiene la persona ya nacida); anticipada; y condicional (que nazca vivo y que cumpla los requisitos previstos en la legislación civil para ello). En tercer lugar, la Teoría de la situación de pendencia. Según esta teoría, a la que

<sup>140</sup> Al menos así lo reconocen abiertamente M.<sup>a</sup> Ángeles GARCÍA LLORENTE y M.<sup>a</sup> José ROIG BUSTOS en su artículo, «Actuación jurídico-social con menores desprotegidos en la Comunidad de Madrid» en VVAA, *El derecho y los servicios sociales*, Granada, 1997, p. 232 cuando afirman que: «(...) dicha firma se efectúa antes del citado plazo, en beneficio de la propia madre, como del propio menor, no teniendo éste que pasar por un internado innecesario. La familia adoptante que recibe al menor deberá tener consciencia de la posibilidad de reclamación de la madre, ya que ésta se puede retractar, incluso transcurrido el citado mes».

<sup>141</sup> V., a modo de ejemplo, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, «IV. Acogimiento y adopción» en *El nuevo régimen del Derecho de Familia*, VVAA, Madrid, 1989, p. 83; Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil, tomo IV: Derecho de Familia*, Madrid, 1996, p. 266; María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)» en *DPC*, n.º 13, 1999, pp. 37-79 (especialmente, p. 74 y ss.).

<sup>142</sup> V. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La adopción» en *Compendio de Derecho Civil: Derecho de Familia*, tomo IV, Madrid, 1996, p. 239.

<sup>143</sup> V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 28 (nota al pie n.º 7).

<sup>144</sup> V. Pedro J. FEMENÍA LÓPEZ., *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid, 1999, pp. 84-92.

<sup>145</sup> V. Francesco DURANTE, «La tutela della vita prenatale nel diritto internazionale» en *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, Milán, 1996, pp. 177-179; Pedro J. FEMENÍA LÓPEZ, «La protección jurídica del embrión humano en el Derecho Positivo» en *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid, 1999, pp. 125-209.

<sup>146</sup> V., a modo de ejemplo, Livio MELINA, *El embrión humano. Estatuto biológico, antropológico y jurídico*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia (Universidad de Navarra), n.º 26, Madrid, 2000.

me adscribo, si bien es cierto que nuestra legislación puntualmente especifica supuestos en los que es posible reconocerle ciertos derechos al *nasciturus* (arts. 627 y 959 y ss. CC), ello no implica de modo alguno que éste sea persona en el sentido jurídico civil del término<sup>147</sup>. Esta teoría (que es la que goza de mayor aceptación entre nuestra doctrina)<sup>148</sup> se centra en los bienes o derechos que pueden llegar a pertenecer al *nasciturus* y no en la persona. Como sostiene acertadamente FEMENÍA LÓPEZ<sup>149</sup>, «Desde el punto de vista del Derecho civil positivo, la equiparación entre persona y personalidad es total desde el momento en que persona será toda entidad a quien el Derecho atribuya personalidad civil». Consecuentemente, para la doctrina civilista mayoritaria sólo se es persona (desde el punto de adquisición de la capacidad jurídica) una vez que se ha nacido, se ha permanecido enteramente desprendido al menos veinticuatro horas del claustro materno y se tiene figura humana<sup>150</sup>. Como afirmó en su momento LACRUZ BERDEJO<sup>151</sup>, «(...) la connotación de ser persona no expresa sino la capacidad que asigna el ordenamiento al ser humano o grupo para ser portador de derechos subjetivos privados». No obstante, ALBALADEJO GARCÍA<sup>152</sup> sostiene que desde el mismo instante en que se nace, se es persona, y consecuentemente, se puede inscribir al recién nacido en el Registro Civil (aunque «(...) si se le inscribe antes de las veinticuatro horas, habrá que probar la supervivencia a este plazo»).

Por tanto, si el *nasciturus* se tiene por nacido para los efectos jurídicos que le sean favorables<sup>153</sup>, ¿por qué no se le puede tener por nacido para ser adoptado? La base jurídica de los autores que defienden la posibilidad de adopción del *nasciturus*, entre otros muchos argumentos, está en el art. 29 CC, que siguiendo el viejo principio romano «*nasciturus pro jam nato habetur*»<sup>154</sup> dispone:

«El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos aquellos efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.»<sup>155</sup>

<sup>147</sup> V. Pedro J. FEMENÍA LÓPEZ, *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid, 1999, p. 65 y ss. V. sobre lo que para el Derecho ha de entenderse por «persona», Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Comentarios los arts. 29 a 34 del CC» en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 1.º, Coords. Joaquín Rams Albesa y Rosa M.ª Moreno Flórez, Barcelona, 2000, p. 239 y ss.

<sup>148</sup> José Enrique BUSTOS PUECHE, *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid, 1996, p. 37.

<sup>149</sup> Pedro J. FEMENÍA LÓPEZ, *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid, 1999, p. 80.

<sup>150</sup> V. Carmen CALLEJO RODRÍGUEZ, «El nacimiento de la persona física como hecho determinante de la adquisición de la capacidad jurídica» en *AJEE*, Época II, n.º XXIX, 1996, pp. 153-184.

<sup>151</sup> José Luis LACRUZ BERDEJO, «Aborto, persona y vida» en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, tomo I: Parte General y Reales, Dir. Joaquín Rams Albesa, Francisco Corral Dueñas y José Luis Lacruz Bescón, Barcelona, 1992, p. 215.

<sup>152</sup> V. Manuel ALBALADEJO GARCÍA, «Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro» en *RDP*, marzo, 1997, pp. 166-191 (en especial, p. 187).

<sup>153</sup> V. Carlos ROGEL VIDE, *Derecho de la persona*, Barcelona, 1998, pp. 35-36.

<sup>154</sup> V. sobre la protección que dispensaba el Derecho Romano al *nasciturus*, José María CASTÁN VÁZQUEZ, «La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Del Derecho justinianeo a los Códigos Civiles)» en *RGD*, n.º 603, diciembre de 1994, pp. 12457-12469.

<sup>155</sup> El art. 29 en la primera edición del CC disponía: «El nacimiento determina la personalidad, sin perjuicio de los casos en que la ley retrotrae a una fecha anterior los derechos del nacido». Como se aprecia, el texto ha sufrido una modificación substancial, pues ahora ha de entenderse que no es necesaria una ley expresa en la que se especifiquen beneficios para el concebido para poder reconocérselos. Además, con la redacción originaria el concebido debía haber nacido ya para que se le pudieran reconocer derechos; ahora, sin embargo, basta con que nazca para que le sean reconocidos los derechos que ya había adquirido durante su gestación. Dicho de otra manera, «Todos los derechos o relaciones quedan, mientras acaece el nacimiento (...) en situación de pendencia, subordinados, pues, a la condición de que el «nasciturus» no llegue a ser criatura abortiva (...). Si esto acaece no es que se produzca la pérdida o transmisión de derechos, sino la no adquisición de los mismos (las que el art. 30 exige)». V. Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA, *Derecho de Familia*, Ma-

Pudiera pensarse que se está, de esta manera, tal y como sostiene RAMOS CHAPARRO<sup>156</sup>, reconociendo una «(...) *capacidad jurídica parcial (para los efectos favorables) y provisional del feto humano, subordinada a la verificación del nacimiento y sus requisitos civiles que lo diferenciaría claramente de la criatura abortiva, como supuesto de incapacidad jurídica (art. 145 CC) y del concepturus, dando así eficacia capacitante a la situación de vida dependiente que precede al nacimiento. Tanto el instituto de la postumidad como la posibilidad de que el concebido sea sujeto pasivo de donaciones (art. 627 CC) manifestarían la eficacia concreta de esta capacidad jurídica parcial, plasmándose en situaciones jurídicas condicionales con indeterminación relativa del titular, por virtud de la ficción o analogía legal, que equipara, para algunos efectos, la gestación a la vida independiente*». Pero para este autor ello no es así, puesto que de serlo se estaría desconociendo «(...) *el carácter esencialmente general e invariable de la verdadera capacidad jurídica determinada por el nacimiento, y, representa (...), una excesiva influencia de la concepción filosófica de la persona sobre el régimen jurídico de la misma*».

Por su parte, la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, estableció en su art. 2.1 que: «*El Organismo competente (...) tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados, y preventivamente, antes de nacer, cuando se prevea claramente la situación de desamparo del futuro bebé*». En la Proposición de Ley n.º 116-I de Reforma del Capítulo V, del Título VII, Libro I del Código Civil, «De la adopción», de 15 de enero de 1986, del Grupo Parlamentario Popular se daba cabida a la posibilidad de adopción del *nasciturus*, tal y como preveía su Exposición de Motivos «(...) *para dar solución a los casos de maternidad no deseada o de alternativa a los supuestos despenalizadores del Código Penal, de interrupción voluntaria del embarazo, ya que existen numerosas peticiones de adopción, que no pueden ser satisfechas por las trabas administrativas y jurídicas que mantiene nuestro ordenamiento actual en la materia*»<sup>157</sup>. No obstante, esta Proposición fue retirada el 22 de abril de 1986<sup>158</sup>. De manera muy similar se expresaba la enmienda presentada por el Grupo Federal Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya con relación al Proyecto de Ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil (de 16 de mayo de 1995). Dicha enmienda, n.º 16 (BOCG A-117-8) proponía añadir el siguiente apartado al art. 2 del Proyecto: «*4. La actuación de protección tendrá lugar también cuando en el período de gestación se prevea una situación de desamparo al tiempo del nacimiento*».

GAMBÓN ALIX<sup>159</sup> sostuvo viable la adopción del *nasciturus* basándose en los arts. 29 y 30 del CC. Este autor argumenta su postura de la siguiente manera: «(...) *Parece claro que en términos generales ha de serle beneficioso al nasciturus el derecho de ser adoptado y más aún si se piensa en cada caso concreto, y aunque la ley no lo establezca expresamente, el Juez velará para que toda adopción aprobada lo sea tan sólo si puede reputarse beneficiosa para el adoptado. Por lo tanto, aunque no negamos que habrá de parecer anómalo, creemos que en principio debe admitirse la posibilidad de que el «nasciturus» pueda ser sujeto de una adopción (...) siempre que*

---

drid, 1993, p. 182 y ss. Ciertamente, dependerá en gran medida la concepción que cada cuál tenga del *nasciturus* para llegar a una u otra conclusión. V. Víctor GARRIDO DE PALMA, «El *nasciturus* y el Derecho Civil» en *RDN*, n.º 120, abril-junio de 1983, pp. 123-138 (en particular, pp. 125-126).

<sup>156</sup> Enrique RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, pp. 272-273.

<sup>157</sup> Concretamente, esta Proposición proponía que la redacción del art. 175 CC quedara de la siguiente manera: «(...) *Sólo pueden ser adoptados los menores de edad penal salvo en los supuestos siguientes: a) el concebido y no nacido, siempre y cuando medien los consentimientos previstos en el artículo siguiente, y no existiendo acción en cambio de los padres del adoptando en las cuarenta y ocho horas siguientes al momento del alumbramiento*».

<sup>158</sup> BOE n.º 116 I-I, de 9 de mayo de 1986, p. 470/1.

<sup>159</sup> V. Germán GAMBÓN ALIX, *La adopción*, Barcelona, 1960, pp. 113-114.

*conste con la debida certeza el estado de embarazo de la madre y además que exista algún motivo para que la relación de adopción deba constituirse con premura, sin esperar el nacimiento y la viabilidad (...). Es decir, en este caso no basta con que lo favorable sea la adopción, pues esta puede realizarse por regla general un poco más tarde, cuando sobrevenga el natalicio, sino que es preciso que lo favorable sea precisamente la anticipación, o sea, que mediante ella se consiga un beneficio que después de no podrá lograrse, o que se evite un perjuicio inminente, como puede serlo la muerte del adoptante. Claro está que cuando así ocurra se habrá creado una relación de adopción cuya plena efectividad dependerá de un suceso futuro e incierto: el nacimiento en las circunstancias que indica el art. 30 CC (...)*».

LLEDÓ YAGÜE considera que la adopción del *nasciturus* debiera admitirse al menos para aquellos casos en que la fecundación haya sido llevada a cabo por medio de inseminación artificial o por fecundación *in vitro*<sup>160</sup>.

En mi opinión, aunque hoy por hoy atendiendo a lo que dispone nuestro ordenamiento tal posibilidad resulte inviable<sup>161</sup>, el *nasciturus* debería poder ser objeto de adopción, si bien es cierto que la adopción quedaría condicionada a la concurrencia los requisitos del art. 30 CC (que nazca con figura humana y viva fuera del claustro materno al menos 24 horas<sup>162</sup>, es decir, a la «exigencia de viabilidad») así como que la madre preste su asentimiento a la adopción transcurridos treinta días tras el parto. Ello independientemente de que el art. 29 CC establezca que: «*El nacimiento determina la personalidad (...)*»<sup>163</sup>. La ventaja que se conseguiría con el amparo de esta posibilidad por parte de nuestro ordenamiento sería incuestionable de cara a la protección del interés superior del menor: el menor pasaría inmediatamente a estar bajo la patria potestad de los adoptantes, lo cual implica el encontrarse integrado en su futura familia con tan sólo treinta días de vida. Tengo que reconocer que para incluir en nuestro ordenamiento una modalidad adoptiva de estas características, habría que estudiar concienzudamente todas las hipótesis posibles para poder redactar una normativa sin lagunas (así, habría que analizar especialmente el supuesto de que una mujer aborte voluntariamente una vez constituida la adopción, cuál es exactamente el momento en el que se puede constituir la misma), todo lo cuál escapa al ámbito en el que se circunscribe el presente estudio. Propongo, por tanto, de *lege ferenda* la modificación de las normas que impidan la adopción del *nasciturus* por considerar que, en algunos casos, esta institución podrá servir perfectamente para la protección anticipada (antes incluso de que exista) del interés del menor<sup>164</sup>.

<sup>160</sup> V. Francisco LLEDÓ YAGÜE, «Comentario al Proyecto de Ley de adopción» en *ADC*, octubre-diciembre de 1986, pp. 1202-1203.

<sup>161</sup> V. Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Comentarios los arts. 29 a 34 del CC» en *VVAA, Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 1.º, Coords. Joaquín Rams Albesa y Rosa M.ª Moreno Flórez, Barcelona, 2000, p. 281.

<sup>162</sup> Este plazo de 24 horas ha sido considerado actualmente por la mayoría de la doctrina civilista como absurdo por la inseguridad jurídica que genera, opinión que comparto plenamente. Si bien se entiende que tuvo cierto sentido en su origen (pues evitaba el cambio de curso de las herencias), hoy en día se manifiesta como innecesario. Esta postura puede respaldarse con numerosos argumentos. A efectos penales una vez acaecido el nacimiento ya habría infanticidio si se mata al nacido (y no un delito de aborto). Además, en nuestro Derecho Comparado, es el mismo hecho del nacimiento el que determina la personalidad, sin que existan plazos similares al que pervive en nuestro CC. Incluso podría llegarse a la conclusión de que el art. 30 CC ha quedado derogado por la entrada en vigor en nuestro ordenamiento (tras su ratificación y publicación en el BOE) del nuevo art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 donde se establece el derecho del nacido a ser inscrito, sin que nada impida que dicho derecho pueda ser ejercido antes de las 24 horas que prevé el art. 30 CC. Sin embargo, la D.G.R.N. no lo ha entendido así y en sucesivas Resoluciones se ha decantado por la exigencia de ese plazo de 24 horas.

<sup>163</sup> V. José Enrique BUSTOS PUECHE, *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid, 1996, p. 54 y ss.

<sup>164</sup> V. José MÉNDEZ PÉREZ, «¿Se puede adoptar a un *nasciturus*?» en *La adopción*, Barcelona, 2000, pp. 114-117. V., las interesantes conclusiones a las que llega Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ en su artículo «Adquisición de la nacionalidad española determinada por el momento de la concepción» en *BIMJ*, n.º 1906, de 1 de diciembre, año LV, 2001, pp. 7-16.

Pero independientemente de la postura que se defienda desde el punto de vista del Derecho español (esto es: que no es posible la adopción del *nasciturus* partiendo de la redacción actual de nuestra legislación, que sí lo es, o bien, que debería ser posible para lo cual debería producirse una reforma legislativa en este sentido), hay que plantearse la cuestión desde la óptica de las adopciones internacionales: ¿qué repercusión tendría para nuestro país la existencia de un ordenamiento extranjero que permita la adopción de un *nasciturus* y que un adoptante español constituya una adopción de este tipo y pretenda obtener posteriormente la eficacia en España de dicha resolución extranjera? El problema se plantearía con más complejidad si cuando se pretende el reconocimiento de dicha adopción el menor aún no ha nacido, pero ello no obsta a que, pese a haber nacido, se genere un grave conflicto para el encargado de ponderar si tal resolución extranjera puede tener acceso a nuestro Registro Civil y, por ende, ser reconocida por nuestro país a todos los efectos. La cuestión es interesante, por lo que dejando ya apuntados aquí los principales problemas que la misma acarrea, pospondré su análisis para el apartado dedicado al reconocimiento de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras.

Por otra parte, hay que afirmar que dado que la adopción se realiza siempre en beneficio del interés del menor, parece que se extralimitan de su radio de actuación los supuestos de adopción de un menor de edad emancipado (incluyéndose a estos efectos todos los supuestos que se recogen en el art. 314 CC<sup>165</sup> y el del art. 321 CC<sup>166</sup>) o de un mayor de edad<sup>167</sup>, por cuanto los mismos no son menores en el sentido técnico jurídico del término. No obstante, hay que valorar como positiva la regulación por nuestro legislador de estos supuestos aunque sea con carácter excepcional, ya que en ciertos casos puede ser lo más conveniente para las personas en cuyo interés<sup>168</sup> se realiza la adopción<sup>169</sup>.

<sup>165</sup> O sea, que la causa de la emancipación haya sido: por concesión de los que ejercen la patria potestad, por concesión judicial o por contraer matrimonio. Este último supuesto, es decir, cuando la emancipación se haya obtenido por haber contraído matrimonio, será muy infrecuente en la práctica. No por el hecho en sí de haber contraído matrimonio, sino por la circunstancia de que difícilmente se cumplirá el requisito de que el adoptando haya convivido sin interrupción con el adoptante desde que cumplió los catorce años. Pero, si en un caso concreto se reuniera este requisito, nada obstaría a que pudiera encuadrarse dentro del supuesto analizado. Por otra parte, para algunos autores, es de dudosa inclusión la hipótesis que recoge el art. 319 CC (o sea, la del menor de dieciséis años que vive de forma independiente con el consentimiento de sus padres), puesto que como el mismo precepto recoge, ese menor está viviendo de «forma independiente» lo cual difícilmente conjuga con la necesidad de convivir ininterrumpidamente con el adoptante desde los catorce años de edad como mínimo. Además, el hecho de que la situación pueda ser revocada por los padres que previamente la habían consentido, complica aún más la posibilidad de sostener la pertenencia de este supuesto al grupo de emancipados a los que me he referido. V. Bartolomé VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 1994, p. 190.

<sup>166</sup> Este artículo hace referencia a la emancipación obtenida por el sometido a tutela.

<sup>167</sup> Ya no existe la diferencia de tratamiento para los mayores de edad que establecía con anterioridad a la Ley 21/1987 nuestra legislación (la cual diferenciaba entre que el mayor de edad fuera menor o no de veinticinco años, estableciendo un régimen jurídico diferente para cada uno de estos supuestos). V. José FERRANDIS VILELLA, «Nuevas perspectivas de la adopción» en *ICADE*, n.º 4, 1985, p. 121. V. sobre las adopciones de mayores de edad, Gabriel GARCÍA CANTERO, «La adopción de mayores de edad» en *AC*, n.º 41, vol. 4.º, 1998, pp. 993-1007.

<sup>168</sup> GARCÍA DELGADO, analizando el Derecho estadounidense, reconoce que: «*con frecuencia, las motivaciones para adoptar a un adulto difieren mucho de las de adoptar un menor (...) En consecuencia, los tribunales gozan de mayor latitud al evaluar las motivaciones de adopción de persona adulta, admitiendo como válidas razones de carácter puramente económico o legal.*» Vicente GARCÍA DELGADO, «La adopción de persona adulta en el Derecho estadounidense» en *RJC*, año LXXXIII, n.º 4, 1984, pp. 1004-1005. Huelga decir que en nuestro Derecho vigente tales motivaciones no son válidas para fundamentar la constitución de una adopción de estas características.

<sup>169</sup> Sin embargo, en la Historia han existido periodos en los que se consideraban únicamente susceptibles de adopción los mayores de edad. Ello no tiene otro sentido que el poder obtener de esta manera el consentimiento afirmativo del adoptado. Ello sucedía en Francia en el *Code Napoleon* tal y como ha puesto de relieve la doctrina. V. PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, tomo I, París, 1948, p. 555. En la actualidad existen diferentes soluciones a esta cuestión en las legislaciones de nuestro entorno. En Alemania es necesario que el adoptado tenga menos de 18 años en el momento en que se inicia el procedimiento de adopción, puesto que si ya es mayor de edad, la adopción será simple y no plena. Es cu-

He de hacer referencia a cuál es la edad que ha de tomarse en cuenta a estos efectos en los casos en los que el procedimiento de adopción se inicie cuando el adoptado sea menor de edad y que, sin embargo, concluya cuando el mismo haya alcanzado ya la mayoría de edad. Dadas las diferencias existentes en un régimen y en otro, como a continuación se tendrá oportunidad de apreciar, es muy importante llegar a una solución que despeje este problema. Nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en un supuesto similar al planteado. Concretamente estoy haciendo referencia al Auto de la AP de Barcelona (18.<sup>a</sup>) de 11 de marzo de 1999, en el que se tomó como referencia para el cómputo de la edad la fecha de la constitución de la adopción. Así, pese a haberse instado el expediente cuando el adoptando era menor de edad, la adopción constituida lo fue como si de un mayor de edad se tratase por cuanto el mismo había alcanzado la mayoría de edad en el transcurso de los trámites conducentes a la constitución de la adopción<sup>170</sup>. No obstante, en mi opinión, la edad que debe tomarse en consideración es la edad con la que cuente el adoptando en el momento de iniciarse los trámites, puesto que, de lo contrario, se llegaría al absurdo de ver impedida la constitución de una adopción por una dilación (que puede ser incluso, ajena a las partes) en el proceso de constitución de la misma, con la consecuencia de que el adoptando alcanza la mayoría de edad e incumple los requisitos para poder ser adoptado. Si ello fuera así, pienso que se estaría vulnerando indirectamente el interés superior del menor, pues puede darse un caso en el que ya de antemano se sabe que materialmente es imposible concluir la adopción antes de que el adoptando pase a ser mayor de edad, y que paralelamente, incumple los requisitos para poder ser constituida. En este supuesto se estaría afirmando que ese menor no es susceptible de ser adoptado por ese adoptante concreto, lo cual muy probablemente vulnera su interés superior. Zanjada esta cuestión, me referiré brevemente al estudio de los requisitos con los que debe contar la adopción de mayores de edad en nuestro Derecho Interno.

Tal y como reza el art. 175.2 *in fine* del CC, para poder adoptar a un menor emancipado o a un mayor de edad, se necesita:

1.º) Que haya habido entre adoptante y adoptando, antes de que éste hubiera llegado a la emancipación o a la mayoría de edad, una situación no interrumpida de convivencia.

Como sostiene GUTIÉRREZ SANTIAGO<sup>171</sup>, «(...) *el legislador ha equiparado una situación jurídica, cual es el acogimiento, con una situación meramente fáctica como la convivencia, exigiendo expresamente para cualquiera de ambas que sea ininterrumpida*». Por tanto, e independientemente de que exista o no a favor del adoptante un acogimiento, basta a estos efectos la mera

---

rioso el caso de Holanda, que diferencia claramente la edad dependiendo de que el menor sea o no holandés. Un menor holandés para poder ser adoptado precisa ser menor de edad (contabilizándose a estos efectos la edad que tenía en el momento de iniciarse el expediente de adopción), haber estado acogido por los futuros padres adoptivos como mínimo un año antes de la fecha de la solicitud de adopción y constar inscrito en el registro de menores abandonados que a estos efectos prevé el art. 224 CC holandés, mientras que un menor extranjero no va a poder ser adoptado si tiene más de seis años de edad, salvo que previamente se haya obtenido la correspondiente autorización del Ministerio de Justicia, lo cual es excepcional. La adopción de un menor emancipado o del mayor de edad es regulada en la mayoría de los países no como un supuesto excepcional a la regla general (que sería la adopción del menor de edad), que es lo que hace el Derecho Civil español, sino que por el contrario, la prevén en un plano de igualdad a la del menor. Así sucede, por ejemplo, en Bélgica, Dinamarca o Estados Unidos. En España esta posibilidad ha sido pensada para supuestos concretos en los que la lógica induzca a admitir como solución más razonable ante determinadas circunstancias la creación de un vínculo adoptivo. Piénsese por ejemplo, en el caso de personas mayores de edad subnormales o con otras graves deficiencias psíquicas y/o físicas. Este ejemplo fue expuesto por la Senadora, Sra. Sauquillo, en el Senado. V. el *Diario de Sesiones del Senado. Cortes Generales. III Legislatura*, n.º 46, p. 1744, 1987.

<sup>170</sup> Realmente, ésta fue la solución a la que llegó la Audiencia porque se daba la circunstancia, en ese caso concreto, de que se cumplían todos los requisitos exigidos para proceder a la adopción de un mayor de edad (debido básicamente a que mujer a adoptar había convivido con los adoptantes ininterrumpidamente desde el mismo momento de su nacimiento hasta la fecha).

<sup>171</sup> Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, p. 39.

convivencia entre las partes exigiéndose únicamente que la misma haya sido ininterrumpida<sup>172</sup>. Cuestión distinta y que el legislador no precisó, es si dicha relación de convivencia debe perdurar en el momento de constituirse la adopción. En mi opinión hay que interpretar que es necesario puesto que es precisamente la existencia de esa convivencia en lo que el legislador se basa para permitir la constitución de una adopción<sup>173</sup>.

Hay, además, que analizar cuál ha sido la naturaleza de esa convivencia, puesto que no parece aconsejable la adopción para los casos en que la misma se mantuvo debido a que medió entre el hoy adoptante y el adoptando una relación de afectividad equiparable a la existente entre las parejas de hecho<sup>174</sup>. Evidentemente la *ratio* de la norma no abarca estos supuestos, puesto que la *mens legislatoris* pensaba en otro tipo de convivencia: la que puede ser equiparada a la de unos padres con su hijo.

2.º) Que esa situación se hubiera iniciado antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

También éste es un requisito imperativo, por lo que si esa situación de convivencia comenzó después de que el adoptando tuviera catorce años, la adopción del mismo ya no es viable<sup>175</sup>. Como ya se apuntó, GARRIGA GORINA<sup>176</sup> afirma que el cómputo de la edad de catorce años ha de ser necesariamente el cronológico, «(...) y no pueden tenerse en cuenta las situaciones en que el desarrollo mental, por enfermedad, del adoptando se corresponde con una edad inferior a los catorce años».

Pese a la claridad con la que se expresa el legislador en este punto, algunos autores han sostenido una interpretación de este requisito de una manera más flexible para poder dar así correcto cumplimiento al principio *favor minoris*. En este sentido, es interesante la interpretación de Arias DÍAZ<sup>177</sup>, cuando afirma que en ciertos casos (como por ejemplo, la adopción de un pariente del adoptante que queda huérfano a los catorce años), «(...) resulta poco comprensible un uso riguroso de la norma, cuando las circunstancias han sido tales que han imposibilitado de hecho un inicio anterior de la convivencia, pero sí se ha acreditado la vinculación afectiva estrecha entre los sujetos interesados».

En las adopciones de menores de edad emancipados o de mayores de edad, no se necesitará la propuesta previa de la Entidad pública a favor del adoptante (que sí es necesaria en la adopción

<sup>172</sup> El hecho de que la norma exija la concurrencia de continuidad en la convivencia plantea el problema de aquellos casos en los que la misma se ha visto suspendido por un escaso periodo de tiempo. En mi opinión, habría que entender que dicha convivencia no se ha interrumpido, jurídicamente hablando, en aquellos supuestos en los que ha cesado por motivos justificadas (estancias educativas en el extranjero, vacaciones,...). No obstante, habrá que estar al caso concreto y será el Juez en última instancia el que decida. V. el Auto de la AP de Madrid de 26 de junio de 1998 (22.º).

<sup>173</sup> V. a favor, Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, p. 131.

<sup>174</sup> En Estados Unidos, se han dado supuestos que han llegado a los Tribunales en que pese a constatare que la relación encubierta bajo la adopción no era equivalente a la paterno-filial, se ha constituido. V., Vicente GARCÍA DELGADO, «La adopción de persona adulta en el Derecho estadounidense» en *RJC*, año LXXXIII, n.º 4, 1984, pp. 1003-1008. GARCÍA DELGADO cita, por ejemplo, el caso *Greene v. Fitzpatrick*, 220 Ky 590, 295 SW 896, en el que el tribunal declaró que el hecho de que el adoptante, un acaudalado soltero, y la adoptada, mujer casada que había sido estenógrafa del adoptante durante muchos años, hubieran ocultado al tribunal su situación de concubinato, y que esta relación fuera el motivo real de la adopción, no constituye fraude que justificara la revocación del Auto de adopción (V. p. 1005 de la *ob. cit.*).

<sup>175</sup> Hay que recordar que en la adopción de mayores de edad no opera el principio de flexibilización que sí está presente en la de menores por cuanto la constitución de una adopción de un mayor de edad tiene carácter excepcional, al ser ante todo la institución adoptiva una institución de protección de menores. V., por todos, los Autos de 28 de febrero de 1997 (12.º) y los de 9 de octubre de 1997 y de 4 de mayo de 1998 (22.º) de la AP de Madrid.

<sup>176</sup> V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 113.

<sup>177</sup> María Dolores ARIAS DÍAZ, «La adopción de mayores de edad. A propósito del Auto de 9 de julio de 1998 de la Audiencia Provincial de Jaén» en *La Ley*, n.º 4667 de 9 de noviembre, tomo 6, 1999, pp. 2080-2086.

de los menores no emancipados), puesto que el art. 176.2 *in fine* CC exige la necesidad de la concurrencia de este requisito. En cierta manera, esta exención otorga a estas adopciones de una tramitación «privilegiada» con respecto a la de los menores no emancipados, sin que se entienda muy bien cuál ha sido la *ratio* legislativa para llegar a esta conclusión.

Llegados a este punto, hay que hacer referencia a los problemas que pueden plantearse en las adopciones internacionales. La gran parte de los mismos se centrarán, sin duda, en la dificultad de reconocer las adopciones de mayores de edad extranjeros por parte de ciudadanos españoles (si bien también pueden darse casos de constituciones de adopciones de mayores de edad extranjeros por parte de autoridades españolas)<sup>178</sup>. Por ello, una vez esbozado el régimen establecido por el Derecho español habrá que extrapolarlo a la hora de realizar el reconocimiento de la adopción extranjera, cuestión que se analizará en dicho apartado.

### 2.1.2. *Encontrarse en situación de «adoptabilidad»*

Está claro que el menor adoptable ha de ser aquel que se encuentre en una situación de «desprotección». No obstante, tal y como afirma GUTIÉRREZ SANTIAGO<sup>179</sup>, en cumplimiento del principio de proporcionalidad o graduación de la intervención pública protectora, el legislador no regula la posibilidad indiscriminada de adopción de cualquier menor sin una vida familiar normal. El ordenamiento prevé diferentes medidas de protección graduales en intensidad para paliar la mayor o menor necesidad de protección que precise el menor en cada caso concreto. La institución de la adopción es, como ya se ha tenido ocasión de analizar, la más drástica de cuantas medidas de protección se prevén por cuanto implica la salida del menor de su núcleo familiar y paralelamente la entrada en otro con carácter irrevocable. Por todo ello, la situación en la que ha de encontrarse un menor del que pueda predicarse su adoptabilidad ha de ser particular<sup>180</sup>. Sería deseable, como ha constatado GARCÍA PASTOR<sup>181</sup>, que se cubra la laguna existente en nuestro ordenamiento que «(...) no establece qué niños pueden ser objeto de adopción, al contrario de lo que ocurre en los ordenamientos más cercanos al nuestro, como el francés o el italiano, en los que se señala que un expediente de adopción sólo puede ser iniciado cuando el niño ha sido declarado en una situación de desamparo irreversible, o cuando se cuenta con el beneplácito de sus padres (...)».

Con carácter general, no puede afirmarse sin más que el menor ha de encontrarse necesariamente en situación de desamparo o de riesgo para que pueda ser adoptado. Piénsese por ejemplo que los menores que son internados en un centro dejan de estar teóricamente desprotegidos, y sin embargo, muchos de ellos, que no todos, van a poder ser adoptados. También es posible, al menos hipotéticamente lo es, que un menor que se encuentra perfectamente atendido pueda ser entregado para ser adoptado por expreso requerimiento en dicho sentido de su familia. En mi opinión, sería más exacto afirmar, en principio, que es adoptable en España aquel menor que se encuentra en situación de desamparo (no bastando el mero riesgo) si cesara la medida de protección que ha constituido a su favor la Administración pública, cuando su familia biológica le haya entregado voluntariamente a la Administración con dicho fin, o bien, cuando haya sido privada jurídicamente de la patria potestad sobre el menor.

<sup>178</sup> V. en este sentido, Patricia OREJUDO PRIETO de los Mozos, «Nota al Auto de la AP de Barcelona (Sección 12) de 28 de febrero de 1997» en *REDI*, vol. L, n.º 2, 1998, pp. 241-244.

<sup>179</sup> Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, p. 24.

<sup>180</sup> V. Mónica FONTANA ABAD, «Instrumentos de evaluación en la adopción» en VVAA, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, en especial, pp. 33-56.

<sup>181</sup> Milagros GARCÍA PASTOR, «El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción» en *RDF*, n.º 8, julio, 2000, p. 82.

Estas ideas pueden aplicarse perfectamente en la vertiente internacional de la institución adoptiva de tal manera que, pese a ser el menor extranjero, nuestro país exigirá que o bien su familia le haya entregado voluntariamente para que sea adoptado o bien que la misma haya sido privada de poder ejercer sobre él la patria potestad por las razones que fueran. No obstante, será cada país el que determine en su normativa interna cuáles son los criterios que han de seguirse para saber si un menor es o no adoptable<sup>182</sup>. En este sentido, las familias vienen reclamando que España solicite a su vez que el país extranjero emita un «certificado de adoptabilidad» del menor equiparable, al menos documentalmentemente hablando, al «certificado de idoneidad» que ellos exigen a los adoptantes. El origen de esta reivindicación no es otro que el cúmulo de problemas que se vienen originando en la práctica como consecuencia de que el menor extranjero adoptado no se halla en situación de adoptabilidad propiamente dicha (por ejemplo, por mantener relación aún con miembros de su familia biológica). Es imprescindible, de cara al éxito de la adopción y a la efectiva protección del interés superior del menor, que las verdaderas condiciones en las que se encuentra el menor (situación jurídica, médica, psicológica, etc.) sean conocidas de antemano por la familia adoptante.

## 2.2. El adoptante

De acuerdo con el Derecho español, el adoptante debe ser una persona física viva<sup>183</sup> (hombre o mujer, ya sean casados<sup>184</sup>, solteros, viudos, separados o divorciados<sup>185</sup>), puesto que como es lógico las personas jurídicas no pueden adoptar, aunque tal circunstancia no se reconozca de manera expresa en nuestro ordenamiento<sup>186</sup>. Debe ser en todo caso mayor de veinticinco años (salvo en el supuesto de adopción dual, donde basta que al menos uno de los dos tenga dicha edad) y tener una diferencia de edad de al menos catorce años con respecto al adoptando. Asimismo, ha de con-

<sup>182</sup> Por citar un país de origen de menores, la Ley 27337 de Perú por la que se aprueba el Código de los Niños y Adolescentes del año 2000 dispone en su art. 117 que: «Para la Adopción de niños o de adolescentes se requiere que hayan sido declarados previamente en estado de abandono, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 378 del Código Civil».

<sup>183</sup> Aunque si se dan los requisitos que prevé nuestra legislación es posible que se constituya una adopción habiendo fallecido el adoptante.

<sup>184</sup> En los casos de adopciones conjuntas por matrimonio, la nulidad del éste no producirá la extinción de la adopción, puesto que como sostiene PÉREZ OREIRO, será aplicable la doctrina del matrimonio putativo del artículo 79 CC. V. José Ramón PÉREZ OREIRO, «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» en VVAA, *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Burgos, 1999, pp. 225-226. V. con relación al matrimonio putativo, por todos, Mariano LÓPEZ ALARCÓN y Rafael NAVARRO VALS, «Comentario al arts. 79 del CC», VVAA, *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 1.º, Coords. Joaquín Rams Albesa y Rosa M.ª Moreno Flórez, Barcelona, 2000, pp. 730-736.

<sup>185</sup> Existen corrientes que propugnan la adopción por persona sola como posible únicamente cuando es inviable la adopción conjunta (y dentro de ésta dan preferencia a la matrimonial frente a la no matrimonial). V. Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes» en VVAA, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, p. 186 y ss. V. con relación a la adopción por persona sola, Monica GUGLIEMI, «Adozione del single: rapporti tra norme comunitarie e legislazione statale» en *Giustizia Civile*, 1994, pp. 2110-2113; Luciano GRASSO, «Il caso di Lazzaro: L'adozione da parte del single riflessioni dello psicologo e del giudice sui rischi di innovazioni a misura di adulto» en *DFP*, año XXV, 1996, pp. 207-234; VVAA, «L'adozione monoparentale» en *AC-CUEIL (Enfance et Familles d'adoption)*, n.º 2, mayo, 1999.

<sup>186</sup> Pese a ello, de una interpretación *a sensu contrario* de la normativa existente en nuestro ordenamiento relativa a la institución adoptiva se ha de llegar a tal conclusión. En este sentido se pronuncia DE MARINO, con respecto a la reforma de 1970, al afirmar que la posibilidad de que adopte una persona jurídica se encuentra imposibilitada por «(...) las menciones legales a los requisitos de edad, difícilmente predicables de ellas; no sólo porque no pueden tener edad, sino también porque la finalidad perseguida con esa exigencia de determinada edad carece de sentido en esa clase de personas». Rubén DE MARINO, «La capacidad adopcional» en *ADC*, tomo XXIV, fasc. III, 1971, p. 869.

tar con capacidad suficiente para prestar su consentimiento a la adopción y no encontrarse en una de las situaciones en las que nuestro ordenamiento prohíbe adoptar<sup>187</sup>.

El estudio de la figura del adoptante ha de hacerse bajo la óptica de la siguiente premisa: nadie tiene derecho a adoptar. De sostener lo contrario, como afirma POLAINO-LORENTE<sup>188</sup>, «(...) ¿habría que inferir, entonces, que el hijo tiene el deber de ser adoptado por esos padres?». Coincido con MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>189</sup> cuando sostiene que: «(...) nadie tiene derecho, en sentido absoluto, a ser declarado idóneo a efectos de adopción (...) El derecho es, todo lo más, a formular la solicitud de adopción, y a que el procedimiento de adopción se desarrolle con exclusión de la arbitrariedad y de cualquier discriminación injusta». A lo sumo, en mi opinión, se podría defender que existe un derecho de los menores en situación de adoptabilidad de ser adoptados, pero nunca puede sostenerse lo opuesto. De esta manera, no existe un derecho a la adopción propiamente dicho. En palabras similares se expresa GAVIDIA SÁNCHEZ<sup>190</sup> cuando afirma que no existe «(...) un derecho a tener niños, sino a que la regulación de la adopción no sea discriminatoria (...)». Esta afirmación debe ser complementada con las siguientes apreciaciones: sí puede argumentarse que existe un derecho a acceder al proceso por el que se va a valorar la idoneidad del solicitante, pero ello no implica que exista un derecho a ser declarado en todo caso idóneo, porque no lo hay (de lo contrario se estaría atentando directamente contra el interés superior del menor que pasa necesariamente porque se le garantice que las personas que le van a adoptar hayan sido sometidas a un proceso que corrobore que efectivamente son aptas para ello). Tampoco existe, pese a haber sido declarado idóneo, un derecho a adoptar a un determinado menor, pues habrá que ponderar cada caso y elegir, como se verá, a los adoptantes que se consideran «más idóneos».

### 2.2.1. Tener al menos veinticinco años (art. 175.1.1.º y 2.º CC)

La edad con que debe contar el adoptante ha de ser veinticinco años o más. Esta exigencia no puede ser considerada como una limitación de la capacidad de obrar del adoptante (por el hecho

---

<sup>187</sup> Son muchas las características que pueden reunir adoptante y/o adoptando y que no son obstáculo para poder constituir la adopción de acuerdo a nuestro ordenamiento, y, sin embargo, la legislación de otros países sí impide la adopción en dichas circunstancias. De esta manera, se comprueba claramente cómo si bien nuestra legislación guarda silencio sobre estos puntos (por lo que debe concluirse que no influyen directamente en la exclusión de la solicitud), es posible que en otros países esto no sea así, y que se rechace a adoptantes españoles que no hubieran tenido ningún problema para adoptar aquí. Por ello, ha de recalcarse una vez más, la gran importancia que tiene la labor de búsqueda de información sobre el país de origen del menor antes de iniciar los trámites de la adopción. Para nuestra legislación es indiferente que el adoptante tenga ya hijos naturales o adoptivos. Es más, es indiferente que aunque no tenga hijos biológicos en el momento de solicitar la adopción, piense tenerlos en un futuro. Tampoco tiene importancia si el adoptante es o no estéril (cosa que sí fue un requisito exigido para poder adoptar por legislaciones de otras épocas), ni sus creencias religiosas o ideológicas (por lo que será irrelevante que dichas creencias le prohiban adoptar), así como su raza o cultura (de ser así, se estaría atentando contra nuestra Carta Magna, principalmente contra su artículo 14). V., Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios a los artículos 172 a 180 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Manuel Albaladejo, tomo III, vol. 2.º, Madrid, 1982, p. 306. En las adopciones internacionales habrá que estar a lo que dispongan las legislaciones nacionales de los Estados de origen. Desde luego, si se pretende constituir una adopción ante la competente autoridad extranjera en ese país se deberá cumplir esos requisitos, pese a lo que establezca la legislación española. Por tanto, además de los requisitos establecidos en el ordenamiento español para el adoptante habrán de reunirse también los previstos en la legislación nacional del Estado de origen del menor.

<sup>188</sup> Aquilino POLAINO-LORENTE, «Para una fenomenología de la adopción: adopción, derecho y libertad» en VVAA, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, p. 21.

<sup>189</sup> Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes» en VVAA, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, pp. 183-184.

<sup>190</sup> Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ, «Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables» en *AC*, n.º 17, 2001, p. 628.

de que si es menor de dicha edad no va a poder adoptar), sino como una especial protección que el ordenamiento dispensa al que va a ser objeto de la institución de protección que se pretende constituir: el menor. Por su parte, el art. 175.1 inciso 1.º CC, antes de ser modificado por la LO 1/1996, establecía que para adoptar se precisaba que el adoptante *tuviera* veinticinco años. Ahora, sin embargo, dispone que el adoptante debe *ser mayor de* veinticinco años. Aunque anteriormente se sobreentendía en la práctica que lo que quería decir el precepto es que el adoptante no podía ser menor de veinticinco, hay que valorar positivamente esta pequeña puntualización de la LO 1/1996, ya que gracias a ella el tenor literal del texto legal recoge el sentido del mismo. Si con la anterior redacción se hubiera interpretado literalmente el citado artículo, se habría llegado al absurdo de que sólo las personas que tienen veinticinco años pueden adoptar, y no las que tienen veintiséis o más<sup>191</sup>.

Respecto a porqué se ha elegido la edad de veinticinco años y no cualquier otra, hay que decir que la edad mínima para adoptar ha variado a lo largo de los tiempos, siendo tendencia clara la disminución de la misma por parte del legislador. Esta evolución no sólo se ha producido en España, sino también en muchos otros países de nuestro Derecho Comparado. También exigen veinticinco años como mínimo para adoptar países como Alemania, Portugal<sup>192</sup> y Suecia. En el Reino Unido, por el contrario, la edad establecida son los 21 años; en Francia<sup>193</sup>, tras la entrada en vigor de la Ley de 5 de julio de 1996 se rebajó la edad de 30 a la de 28 años; y en Holanda basta con tener 18 años.

Cierto es que el tener los veinticinco años no asegura la existencia de madurez en el individuo, pudiendo encontrar personas que aún no teniendo esta edad pueden considerarse más maduras que alguien que ya la haya superado. Pese a ello, desde mi punto de vista, este requisito es alabable y debe ser sostenido en el futuro por nuestro legislador pues dados los efectos que se derivan de la adopción (y en este punto ha de recordarse que la misma es irrevocable), es importante que el adoptante tenga una edad considerable, lo cual reflejará *a priori* la existencia de unas mayores garantías. Esta postura pudiera parecer contradictoria en sí misma dados los argumentos esbozados para defenderla puesto que si es posible que una persona menor de 25 años sea lo suficiente madura para adoptar ¿por qué no se le permite hacerlo? En mi opinión, ningún derecho se ve lesionado con la existencia de esta norma imperativa puesto que este requisito no constituye un impedimento total para adoptar. Además, la exigencia de tener esta edad va íntimamente ligada a la concurrencia de otros requisitos exigidos (básicamente a los que se requieren para poder ser declarado idóneo), que difícilmente podría reunir una persona menor de esta edad.

CASTRO LUCINI<sup>194</sup> se plantea la cuestión de si se precisa necesariamente tener veinticinco años en el momento de iniciar toda la tramitación o si es suficiente con que se haya alcanzado dicha edad una vez que recae la resolución judicial constitutiva de la adopción. Considero que no es necesario tener esa edad desde que se inicia el expediente, puesto que como ya he apuntado anteriormente, se trata de un requisito que no precisa para ser cumplido de ningún proceder del solicitante sino que basta para alcanzarlo con el mero transcurso del tiempo. No tendría sentido negar la posibilidad de adopción a alguien que esté a punto de cumplir la edad requerida (siempre y cuando se prevea a ciencia cierta que se alcanzarán los veinticinco años antes de culminar el proceso)<sup>195</sup>. Sí está

<sup>191</sup> V. José Manuel LETE DEL RÍO, «Personas que pueden adoptar y ser adoptadas» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, p. 482.

<sup>192</sup> En el caso de Portugal se precisa que adopten ambos cónyuges.

<sup>193</sup> V., sobre el sistema de adopción en Francia, Frédérique GUIMELCHAIN, *L'adoption en 10 leçons. Toutes les démarches pas à pas*, Genève, 1999.

<sup>194</sup> V. Francisco CASTRO LUCINI, «Notas sobre la nueva regulación de la adopción» en *REDP*, 1988, p. 165.

<sup>195</sup> En contra, V. José Manuel LETE DEL RÍO, «Personas que pueden adoptar y ser adoptadas» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, p. 483.

claro que el cómputo de los veinticinco años debe realizarse según lo establecido en el art. 315 CC (incluyendo, por tanto, el día del nacimiento).

El art. 175.1 inciso 2.º CC, que no ha sido modificado por la LO 1/1996, prevé que si los que van a adoptar son cónyuges<sup>196</sup>, es suficiente con que uno de los dos tenga dicha edad. Por tanto, un menor que sea cónyuge (gracias a que ha obtenido la dispensa que exige para ello el art. 48 CC, por lo que estará emancipado en virtud de lo que disponen los arts. 314.2.º y 316 CC) de una persona que tenga más de veinticinco años puede adoptar<sup>197</sup>. La misma situación se produciría si en vez de un matrimonio fuera una pareja de hecho. Mención aparte merece el supuesto que se daría cuando el menor no esté emancipado (ya que convivir de manera estable con otra persona no conlleva necesariamente adherida la emancipación, puesto que es posible que el menor tenga todavía menos de dieciséis años, o bien que pese a tenerlos no cuente con el consentimiento de sus padres para vivir independientemente, tal y como establecen los arts. 317 y 319 CC)<sup>198</sup>. En estos casos, considero que la única solución sería decantarse porque el mismo no podría adoptar. Esta situación ha sido convenientemente tratada en el Derecho alemán donde hoy por hoy en el caso de una pareja, si bien uno de sus componentes debe tener necesariamente los veinticinco años, el otro no debe tener menos de veintiuno.

Por otra parte, hay que destacar que no se establece (tal y como ha venido siendo la tónica dominante en nuestra legislación en materia adoptiva) una edad máxima para adoptar (por lo que una persona de noventa años, en principio, puede hacerlo), a pesar de que son muchas las legislaciones de Derecho Comparado que hacen referencia a este «criterio biológico»<sup>199</sup>. Como ejemplos, entre otros, cabe citar a Italia (cuarenta años<sup>200</sup>) o Portugal (sesenta años). Las distintas legislaciones

<sup>196</sup> La adopción puede llevarse a cabo individual o conjuntamente por los cónyuges o por pareja de hecho. No hay ningún precepto legal que establezca literalmente ambas posibilidades, pero ésto es lo que se infiere de la lectura de los artículos del CC que regulan la institución (a la luz de lo establecido en la DA 3.ª de la Ley 21/1987). Realmente, puede afirmarse que en pro del interés del menor será más aconsejable, por regla general, que se lleve a cabo una adopción conjunta que una unilateral. A esta conclusión ha de llegarse si se piensa que el prototipo de familia es aquella que está constituida por dos progenitores y no sólo por uno. No obstante, una vez más hay que precisar que si bien ésta es la situación que se produce más comúnmente en la práctica, la misma puede ser obviada en cada caso concreto al velar por el cumplimiento del beneficio del menor. Será este criterio y no otro el que ponga de manifiesto en cada situación qué posibles adoptantes son mejores para llevar a cabo la adopción. En otro orden de cosas, el art. 177.2 2.º CC al exigir el asentimiento en la adopción del cónyuge del adoptante (siempre que no medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente), está admitiendo la posibilidad de que sólo uno de los cónyuges adopte. En ningún caso, esta adopción deberá ser entendida como dual, sino que será individual. Pero ¿qué sucede si ese consentimiento del cónyuge no media, o peor aún, si éste se manifiesta contrario a la adopción?, ¿podrá en estas circunstancias prosperar la adopción o este requisito es de tal entidad que su carencia implica la obstaculización total del procedimiento? Este problema será analizado detenidamente.

<sup>197</sup> A favor, Rafael FLUITERS CASADO, «Acogimiento y adopción» en *CDJ: Jurisdicción Voluntaria*, n.º 16, 1996, pp. 279-336.

<sup>198</sup> En contra, LETE DEL RÍO sostiene que: «(...) en la adopción por ambos concubinos basta con que uno de ellos haya cumplido los veinticinco años, pero el otro, aunque se le dispense del requisito de edad necesariamente habrá de ser mayor de edad o estar emancipado; pues el concubino mayor de dieciséis años que con consentimiento de sus padres vive con independencia de éstos carece de capacidad para el matrimonio, y lo mismo ocurre si su edad es inferior a dieciséis años, al no existir para el concubinato una norma similar a la de dispensa del impedimento de edad para el matrimonio». V. José Manuel LETE DEL RÍO, «Personas que pueden adoptar y ser adoptadas» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, p. 495. No puedo dejar de hacer un paréntesis para manifestar mi total disconformidad con el empleo del término «concubinato» que, en mi opinión, se encuentra totalmente desfasado y anquilosado en una realidad como la actual. A ello hay que añadir la connotación despectiva que socialmente el mismo conlleva aparejado.

<sup>199</sup> V. José Luis SARRIEGO MORILLO, *Guía de la adopción internacional*, Madrid, 2000, p. 33 y ss.

<sup>200</sup> Art. 6.2. de la Ley italiana de 4 de mayo de 1983 (*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*). Si bien, como ya ha puesto de manifiesto parte de la doctrina italiana, este precepto ha suscitado problemas de inconstitucionalidad en la Corte Constitucional. V. G. CECCHERINI en Guido Alpa y Paolo Zatti, *Commentario breve al Codice civile. Leggi*

autonómicas han venido llenando este vacío dejado por el legislador estatal. A la hora de fijar los criterios de valoración de idoneidad de los adoptantes han determinado como personas preferentes para adoptar aquellas cuya edad no sea superior a los cuarenta años, como por ejemplo sucede en la CA de Madrid en el art. 59.1.b. de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, sobre Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia. Por su parte, el Decreto 112/1995, de 31 de marzo, sobre medidas de protección de menores y la adopción, de la Xunta de Galicia, en su art. 49 a. (que ha sido reproducido posteriormente en el art. 33 a. de la Ley 3/1997, del Parlamento de Galicia así como en el art. 77.1.a. del Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa vigente en materia de familia, infancia y adolescencia) dispone que en el proceso de valoración se tendrá en cuenta, entre otros aspectos:

«a) *Que entre adoptante y adoptando haya una diferencia de edad adecuada que no sea superior a los cuarenta años, excepto que los solicitantes se encuentren en disponibilidad de aceptar grupos de hermanos o menores con especiales dificultades, caso en que la diferencia de edad podrá ser superior.»*<sup>201</sup>

De todas maneras, como sostiene SANCHO REBULLIDA<sup>202</sup>, será el Juez en el ejercicio de sus facultades el que decida si en un determinado caso una persona puede o no adoptar, salvaguardando en todo momento, el interés superior del menor.

### 2.2.2. *Ser al menos 14 años mayor que el adoptado*<sup>203</sup> (art. 175.1.3.º CC)

Catorce años ha sido, a lo largo de la Historia, la edad en la que comenzaba la pubertad, esto es, la aptitud para procrear. Además el art. 48 pfo. 2.º CC establece que es necesario como mínimo tener dicha edad para contraer matrimonio mediando la correspondiente dispensa ya que antes de los catorce años, no es posible contraer válidamente matrimonio en nuestro país. Por estas razones se entiende que ha sido precisamente la edad de catorce años y no otra la utilizada por el legislador para marcar la edad mínima que debe mediar entre adoptante y adoptando. Como afirma GARRIGA GORINA<sup>204</sup>, el cómputo de la edad de catorce años ha de ser necesariamente el cro-

---

*complementari*, Padova, 1995, p. 27. De hecho, la Corte Costituzionale, en Sentencia de 1 de abril de 1992 (n.º 148) declaró la inconstitucionalidad de esta norma por entender que no permite que el Juez prescinda de la misma en supuestos excepcionales en los que la protección del interés superior del menor así lo aconseje. No obstante, esta normativa no puede ser llevada a su más estricta interpretación. Tal y como ha puesto de manifiesto Gabriela MERGUICI, «Adoptar con el Centro Italiano para la Adopción Internacional» en el *Boletín de Estudios y Documentación del Comité español para el bienestar social (Nuevas Políticas para la infancia y adolescencia)*, n.º 5, Madrid, 1995, p. 89, «(...) no debe ser fijada sólo en la base a una operación aritmética (por ejemplo: cónyuges 41 años = niño de 1 año) sino que sí debe ser orientativa dentro de una valoración más amplia en la que se tendrán en cuenta factores psicológicos, sociales y pedagógicos de la pareja y del contexto en que viven».

<sup>201</sup> V. en contra de este requisito, Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Algunas consideraciones de las leyes de la infancia y de la adolescencia de las Comunidades Autónomas» en VVAA, *I Jornadas de Protección al Menor en España y su protección hacia Iberoamérica*, Madrid, 1999, pp. 157-167 (en especial, p. 167).

<sup>202</sup> V. Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, «IV. Acogimiento y adopción» en *El nuevo régimen del Derecho de Familia*, VVAA, Madrid, 1989, p. 82.

<sup>203</sup> Las edades mínimas para adoptar así como la diferencia de edad que debe existir entre adoptante y adoptando han ido cambiando en las sucesivas reformas que ha sufrido nuestro CC. En un primer momento, el CC establecía que el adoptante debía tener cuarenta y cinco años y que entre éste y el adoptando debía existir una diferencia de quince. En la reforma de 1958 la edad del adoptante se estableció en treinta años y la diferencia se aumentó a dieciocho. Por su parte, la reforma de 1970 mantuvo la edad de los treinta años instaurada por la reforma del 58, pero rebajó la diferencia a dieciséis.

<sup>204</sup> V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 113. A favor, V. Auto de la AP de Madrid de 13 de enero de 1998.

nológico (art. 315 CC), «(...) y no pueden tenerse en cuenta las situaciones en que el desarrollo mental, por enfermedad, del adoptando se corresponde con una edad inferior a los catorce años». Si se trata de cónyuges (o pareja de hecho), ambos deben necesariamente tener esta diferencia de edad con el adoptado. Por tanto, no sucede lo mismo que con la edad mínima para adoptar (veinticinco años), puesto que en dicho caso sí se exceptúa por la ley ese requisito (si se trata de cónyuges y al menos uno de los dos tiene dicha edad). Aquí, sin embargo, es indispensable que ambos tengan como mínimo catorce años más que el adoptando<sup>205</sup>.

Todo ello se encuentra enmarcado en el principio esencial de que la adopción imita a la naturaleza, intentado evitar que con la adopción se consigan establecer relaciones entre adoptante y adoptado diferentes a la paterno filial, cosa que podría ocurrir si no existiera una diferencia de edad mínima que debe mediar entre uno y otro o si dicha diferencia fuera menor de la actualmente establecida. Por todo ello, cabe valorar positivamente esta prohibición, que se recoge también en las legislaciones nacionales de países de nuestro entorno, si bien en cada uno impera una edad diferente<sup>206</sup>. No obstante, parte de la doctrina se plantea el acierto de la inclusión de este requisito en nuestro ordenamiento (que, por otra parte, no contempla excepción alguna), puesto que pudieran darse casos en los que se garantizara con mayor seguridad el principio del interés superior del menor con la adopción del mismo por parte de una persona con la que no tenga la diferencia de edad exigida<sup>207</sup>. En mi opinión, es muy difícil que en la práctica se produzca un supuesto de hecho que encaje exactamente con el aquí descrito, si bien el que con mayor probabilidad pudiera darse sería el de la adopción del hijo del cónyuge o de la pareja. Debo hacerme eco de la valoración negativa ya expuesta acerca de la posibilidad de adopción por parte de una persona excesivamente mayor para cumplir las obligaciones inherentes a la patria potestad con la dedicación y constancia que ello requiere, aunque en un sentido inverso, puesto que si el legislador pecó entonces por exceso, ahora lo hace por defecto. Relacionando este requisito con el anteriormente analizado, podría darse el caso de que un matrimonio (o pareja de hecho) formado por un menor (emancipado) de dieciséis años y un adulto de veintiséis solicite adoptar a un bebé recién nacido. Será éste un caso extremo o «de laboratorio», pero el tenor literal de la ley lo permite. Ciertamente, el art. 157 CC reconoce al menor emancipado el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos (siempre que medie la asistencia de sus padres, de su tutor o del Juez, según sean las circunstancias). Pero el legislador reconoce este derecho pensando en el caso en que dicho menor haya sido padre biológico. Cosa bien distinta es que sea el mismo Estado el que ponga en manos de un menor (emancipado) a otro para que aquel ejercite la patria potestad. De todas maneras, ante esta hipotética situación queda el «filtro» de la selección de solicitantes que se lleva a cabo para obtener el certificado de idoneidad y en último lugar, la valoración judicial o de la autoridad que, en su caso, constituya la adopción. La entidad competente para realizar el informe sobre la idoneidad de los adoptantes, tendrá la posibilidad de no certificar dicha idoneidad si lo estima conveniente. Pese a ello, y partiendo de que será muy improbable que en la práctica se llegue a concluir con éxito una adopción de tales características, desde mi punto de vista, es criticable el hecho de que exista una norma jurídica que siquiera ampare dicha posibilidad. En el Derecho autonómico catalán, esta si-

---

<sup>205</sup> V. Francisco BLASCO GASCÓ, «La adopción» en *Derecho de Familia*, Valencia, 1997, p. 336, y el Auto de 16 de abril de 1996 de la AP de Madrid (FJ 1.º y 2.º).

<sup>206</sup> 18 años (Italia), 16 años (Austria), 15 años (Alemania, Grecia, Holanda y Suiza) y 10 años (Bélgica y Francia). Concretamente, la *Corte Costituzionale* por Sentencia n.º 44 de 2 de febrero de 1990 declaró inconstitucional (por atentar concretamente con el art. 30 de la Constitución que proclama la unidad familiar) la exigencia de que medie una diferencia de edad de 18 años entre adoptante y adoptando con relación a la adopción del hijo del cónyuge. De esta manera, en la actualidad, el Juez tiene libertad para reducir esta diferencia de edad en caso de que lo considere pertinente en el caso concreto. En el mismo sentido se vino a pronunciar la Sentencia n.º 89 de 15 de marzo de 1993 pero con relación a la adopción de los mayores de edad.

<sup>207</sup> V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 27.

tuación no originaría duda alguna al disponer el art. 115. 1 CF que en todo caso para poder adoptar es necesario hallarse en pleno ejercicio de los derechos civiles, cosa con la que no cuenta el emancipado o el que disfruta del beneficio de la mayor edad<sup>208</sup>.

En las adopciones internacionales, de la misma manera que sucede en las nacionales, difícilmente obtendrá la idoneidad para adoptar la pareja tomada como ejemplo. Pero si la obtuviera y constituyera una adopción de un menor extranjero ante la competente autoridad extranjera, no debería existir problema alguno para reconocerla (salvo que no se den otros requisitos necesarios para que ello pueda suceder). De *lege ferenda*, el legislador deberá plantearse la conveniencia de añadir al citado artículo la circunstancia de que ese cónyuge que no tiene los veinticinco años, sea al menos mayor de edad. De lo contrario, caería por su propio peso todo el entramado normativo construido en pro del interés del menor, ya que difícilmente se estaría protegiendo su interés si se producen situaciones como la mencionada.

### 2.2.3. *Tener capacidad de obrar*

Antes de la reforma de la Ley 21/1987, el antiguo art. 172 CC exigía para poder adoptar, que el adoptante se hallara en el ejercicio de todos sus derechos civiles (lo cual impedía al cónyuge menor de edad adoptar)<sup>209</sup>. Al haberse suprimido este requisito debe entenderse que bastará con que el adoptante tenga capacidad de obrar<sup>210</sup>, y por tanto capacidad jurídica (aptitud para ser titular de derechos y obligaciones) para que pueda llevar a cabo una adopción. Tal y como pone de manifiesto PÉREZ ÁLVAREZ<sup>211</sup>, el legislador optó por no incluir expresamente el requisito de la capacidad para adoptar, porque éste se encuentra regulado con carácter general en el Código Civil. Como sostiene este autor, la capacidad para adoptar es «(...) *por una parte, una cuestión de edad y de capacidad para prestar el consentimiento necesario a la adopción; y por otra, una cuestión de no concurrencia de las prohibiciones para adoptar recibidas en el CC*»<sup>212</sup>.

Lo cierto es que el hecho de que nuestra legislación exija una edad determinada para poder adoptar genera uno de los casos en los que el ordenamiento exige capacidad de obrar (o sea, la aptitud para realizar actos jurídicos). Ello implica la imposibilidad de los incapacitados para adoptar (a menos, tal y como sostiene CASTÁN TOBEÑAS<sup>213</sup>, que la incapacidad sea limitada y en la sentencia de incapacitación no se haga referencia a que se le restringe la realización de los actos de Derecho de Familia). Si dicha sentencia le somete a curatela, en principio, no habría porqué negarle a ese incapacitado en concreto la capacidad para poder adoptar. No hay que olvidar que según el art. 210 CC, será la sentencia de incapacitación la que fijará la extensión y los límites de ésta.

<sup>208</sup> V. Lluís PUIG I FERRIOL y Encarna ROCA TRÍAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. II, Valencia, 1998, p. 95.

<sup>209</sup> V. Mariano ALONSO PÉREZ, «Estatuto jurídico del menor emancipado tras las reformas del Derecho de familia» en *La tutela de los Derechos del menor (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil)*, Córdoba, 1984, pp. 13-44 (en particular. V. p. 38).

<sup>210</sup> Si bien la exigencia de este requisito se recogió expresamente en nuestro CC durante mucho tiempo, la situación cambió tras la entrada en vigor de la Ley 21/1987, suprimiéndose toda referencia expresa a dicha capacidad. Por ello, la misma se rige actualmente por lo dispuesto en los arts. 199 y ss. del CC.

<sup>211</sup> V. Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, p. 164, nota al pie n.º 197, donde entre otras cosas, el autor puntualiza que «(...) *la discusión parlamentaria evidencia que se omitió toda referencia a la capacidad de obrar del adoptante por considerar innecesario reiterar en sede de adopción algo que no es exclusivo de la misma (...)*».

<sup>212</sup> V. Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, p. 164, nota al pie n.º 196.

<sup>213</sup> José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral*, tomo 5.º, vol. 2.º, Madrid, 1995, p. 420.

Lo que sí es unánime en la doctrina civilista es que nada impide adoptar a quien no sufre incapacitación propiamente dicha sino una modificación de su capacidad de obrar. Tal y como sostiene SERRANO GARCÍA<sup>214</sup>, siguiendo a HUALDE SÁNCHEZ, nada impide que hoy en día pueda adoptar el pródigo, el concursado, el quebrado, el que se halla privado o suspendido del ejercicio de la patria potestad (o incluso cuando el mismo se halle incurso en un proceso con tal fin) o quien se encuentra removido de un cargo tutelar, si bien, todos ellos habrán de pasar el filtro de la idoneidad<sup>215</sup> y esta persona difícilmente va a ser considerada idónea. No es que esté excluido desde el principio como si estuviera afecto por una prohibición para adoptar, sino que dadas sus características difícilmente va a poder ser considerado como idóneo. Ello es lógico puesto que de los adoptantes lo que se espera es que ejerzan la patria potestad correctamente, en pro del interés del menor. Si ya se ha demostrado que dicho ejercicio no ha sido bien realizado, no debe considerarse idóneo, salvo que existan suficientes argumentos como para justificar lo contrario (ello ocurriría, por ejemplo, en un cambio substancial de las circunstancias que rodean su vida sentimental, profesional). Lo mismo ha de entenderse en aquellos supuestos en que el solicitante de adopción fue tutor y se le removió de su cargo por incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad que en virtud de la tutela le fueron atribuidas<sup>216</sup>. Todo lo expuesto queda reforzado por el hecho de que el art. 179.1 CC regula la extinción de las funciones tuitivas y de los derechos que por ley le correspondan respecto del adoptado a aquel adoptante que incurriera en causa de privación de la patria potestad.

Parte de la normativa autonómica en este punto puntualiza y concreta la legislación estatal. En este sentido, cabe destacar el art. 115.1 a. del CF catalán que reintroduce la tradicional expresión usada por el legislador estatal con anterioridad a la Ley 21/1987, exigiéndose que el adoptante debe «(...) estar en pleno ejercicio de los derechos civiles». Ello supone, como ha puesto de manifiesto CORTADA CORTIJO<sup>217</sup>, que en Cataluña no tienen capacidad para ser adoptantes los menores (aunque estén emancipados o hayan alcanzado el beneficio de la mayoría de edad), los concursados o quebrados ni los incapaces. El adoptante catalán precisa, en opinión de PUIG I FERRIOL y ROCA TRÍAS<sup>218</sup>, capacidad de obrar plena.

#### 2.2.4. Ser idóneo para adoptar (art. 176.1 último inciso CC): el certificado de idoneidad

Para MILLARES SANGRO<sup>219</sup> «con el término idoneidad del adoptante se está haciendo alusión a las condiciones requeridas a la persona del adoptante, para desempeñar con aptitud las funciones

<sup>214</sup> V. Ignacio SERRANO GARCÍA, «La adopción según las leyes 21/1987 de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero» en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, p. 57.

<sup>215</sup> LETE DEL RÍO afirma que, a nivel estatal, «(...) el adoptante, además de haber cumplido los veinticinco años (salvo en las excepciones legalmente previstas), ha de tener capacidad para consentir por sí mismo la adopción; es decir, la persona del adoptante ha de tener capacidad de obrar suficiente para emitir una declaración por la que manifiesta su voluntad de adoptar a una determinada persona, con plena consciencia de los efectos que la ley atribuye al vínculo de filiación adoptiva. Por lo tanto, es claro que no podrá ser adoptante aquél que fue incapacitado respecto de su persona y sometido a tutela, ya que carece de capacidad de obrar y no cabe un consentimiento otorgado por sustitución, por el representante legal». José Manuel Lete del Río, «Personas que pueden adoptar y ser adoptadas» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, p. 485.

<sup>216</sup> Defensor de la postura expuesta es José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral*, tomo 5.º, vol. 2.º, Madrid, 1995, p. 421 y ss.

<sup>217</sup> V. Neus CORTADA CORTIJO «La adopción: presupuestos y requisitos legales» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, pp. 156-157.

<sup>218</sup> V. Lluís PUIG I FERRIOL y Encarna ROCA TRÍAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya (Dret de la persona i de la família)*, vol. II, Valencia, 1998, p. 95.

<sup>219</sup> Pedro Pablo MILLARES SANGRO, «Nota acerca de la mejor idoneidad del adoptante en la adopción internacional conforme al ordenamiento jurídico español», Madrid, 1989, p. 14.

que se derivan de tal consideración jurídica, prestando especial atención al interés prioritario del adoptando o adoptado, todo ello con referencia a un determinado ordenamiento o sistema jurídico». Que el adoptante haya sido declarado idóneo es un requisito que exigen la mayoría de los países, pues de esta manera se intenta evitar, entre otras cosas, la venta y el tráfico ilegal de menores que se venía realizando por mediadores o agencias privadas de adopción. El Derecho no puede seleccionar a los padres biológicos, pero sí puede elegir a los padres adoptivos para un menor que se halla en situación de adoptabilidad. Por otra parte, es obvio que la valoración de la idoneidad del solicitante de adopción se erige en una clara garantía del éxito de la constitución de la institución adoptiva<sup>220</sup>. En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>221</sup> considera que «la exigencia del requisito de la idoneidad enlaza (...) con el carácter artificial, como pura creación del Derecho, de los lazos de filiación que ligan al adoptante y al adoptado: los crea el Derecho, y por tanto el Derecho puede, y debe, controlar qué vínculos se crean, y entre quienes se crean; ello, exclusivamente, a fin de garantizar, en la medida de lo posible, que el menor precisado de una familia va a encontrarla efectivamente, y va a ser una familia apta para hacer frente a las necesidades de ese menor».

En España la exigencia de que el adoptante hubiese sido declarado idóneo ya se cumplía en la práctica con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/1996 que lo regula (arts. 176 y 177 CC en su nueva redacción) y ello porque el mismo se prevé en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y en el CHAI<sup>222</sup>, además de que si bien la Ley 21/1987 no aludía de manera alguna al mismo, podía inferirse de sus preceptos<sup>223</sup> así como de la mayoría de las leyes autonómicas (tal y como sucedía en el art. 22<sup>224</sup> de la Ley de Adopción catalana de 1991) y de los Decretos de desarrollo (en los que sí se hacían pequeñas referencias, tal y como sucedía, por ejemplo, en el Decreto 103/1994, de 10 de junio, por el que se regulan los procedimientos y registros de la adopción y de las demás formas de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias<sup>225</sup>). Por otra parte, eran muchos los países de origen de los menores que requerían este documento a los adoptantes. De cualquier manera, tal y como afirma Gutiérrez SANTIAGO<sup>226</sup>, ha sido un acierto del legislador recordar explícitamente el requisito de la idoneidad del adoptante e incorporarlo a nuestro Derecho interno.

<sup>220</sup> V. Jolanda GALLI, «La valoración de los solicitantes, garantía para la adopción» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.

<sup>221</sup> Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes» en VVAA, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, pp. 182-183.

<sup>222</sup> Concretamente en el art. 15 del CHAI se exige la preparación de informes «(...) sobre la identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar; su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan y su aptitud para asumir una adopción internacional y sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo».

<sup>223</sup> Tal y como sostiene Pedro Pablo MILLARES SANGRO, «Nota acerca de la mejor idoneidad del adoptante en la adopción internacional conforme al ordenamiento jurídico español», Madrid, 1989, p. 14, p. 17, «(...) la idoneidad del adoptante en la Ley 21/1987, se desprende del conjunto de disposiciones que regulan la constitución de la adopción, pues esta figura jurídica se ha reformado en España con miras al aseguramiento de los principios y valores constitucionales (...), haciendo especial hincapié en el beneficio del adoptando y adoptado, y teniendo muy presente la obligación de los poderes públicos de velar por la consecución de esos objetivos».

<sup>224</sup> Dicho precepto, que fue modificado posteriormente por la DA 7.ª de la Ley 8/1995, de 27 de julio, preveía que en la propuesta previa del organismo competente debían constar debidamente acreditadas «(...) las condiciones personales, sociales, familiares y económicas del adoptante y su aptitud educadora». Como se aprecia claramente a lo que la norma hacía expresa alusión era a la necesidad de valorar la idoneidad del solicitante para adoptar.

<sup>225</sup> El art. 34.1 del Decreto 103/1994 establece: «La valoración de la idoneidad de los solicitantes se realizará en función del interés del menor y, por tanto, se considerarán como no idóneos para adoptar aquellos cuyas circunstancias no ofrezcan la suficiente garantía para la adecuada atención del adoptando o no acepten el desarrollo del proceso de valoración y seguimiento».

<sup>226</sup> Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, p. 60.

La idoneidad para adoptar la tiene, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, quien posee suficiente aptitud y capacidad psicológica para asumir la adopción con garantías para la situación que vive el adoptando, así como una serie de requisitos (de habilitación como ha denominado algún autor<sup>227</sup>) que son especificados por la normativa aplicable a cada caso concreto. Puede afirmarse que «(...) es una persona idónea para adoptar aquella que se encuentra en condiciones de cumplir con sus deberes y obligaciones que a todo padre impone dicha condición, dado que la adopción consiste en la constitución de una relación paterno-filial entre unas personas entre las que previamente dicha relación no existía (...)»<sup>228</sup>. En resumen, tal y como establece la LO 1/1996, la idoneidad va referida a la capacidad para ejercer la patria potestad.

La competencia para pronunciarse sobre la idoneidad del adoptante (o sea, para declararla) no la tiene *a priori* en el Derecho español el Juez, sino las entidades públicas. El Juez podrá (y deberá) posteriormente valorarla, pero nunca la declarará *ab initio*. Ello ha sido criticado por parte de la doctrina que reiteradamente se viene quejando de la *administrativización* que está sufriendo el Derecho Civil y dentro de él, de manera particular, la materia de protección de menores<sup>229</sup>. Por ejemplo, SEVILLA BUJALANCE<sup>230</sup> se manifiesta partidario de que fuera el competente órgano judicial que va a constituir la adopción el que determinara si el adoptante es o no idóneo para adoptar proponiendo, eso sí, que pueda ayudarse de los correspondientes informes sociales y psicológicos, que previamente habrá elaborado la entidad pública competente. En mi opinión, e independientemente de la postura que se defiende en este punto, hay que afirmar que cuando se trata de una adopción internacional cobra una relevancia especial el hecho de que se cuente con el certificado de idoneidad con anterioridad a la constitución de la misma pues su existencia previa se erige en uno de los requisitos que más frecuentemente exigen los países de origen de los menores. Difícilmente se podría cumplir con esta exigencia si no se faculta a las Administraciones Públicas para poder emitirlo (puesto que hasta este momento, como se explicará, el Juez español, ni en su caso el extranjero, han intervenido para nada en el procedimiento). De lo contrario habría que reestructurar todo el proceso de constitución y reconocimiento de adopciones, cosa que por otra parte no parece lo más aconsejable, no al menos en lo que a la exigencia del certificado de idoneidad se refiere.

La tramitación del proceso de valoración y obtención, en su caso, del certificado de idoneidad es gratuita en algunas CCAA, pero en otras la Administración cobra por estos servicios. Por ejemplo en Aragón, Canarias, Cantabria, Navarra o el País Vasco, los trámites aludidos son gratuitos, mientras que por el contrario, en Andalucía, Cataluña y Madrid, los adoptantes deben pagar un promedio de seiscientos euros llegando a 900 en el caso de Cataluña). No obstante, en estas CCAA también es posible obtener el certificado de idoneidad sin satisfacer esta cantidad acudiendo a los servicios que en este sentido presta la Administración si bien en este caso el periodo de espera por el mismo aumenta considerablemente por lo que puede afirmarse que se «paga por la celeridad en obtener el certificado» lo cual a mi juicio es una práctica administrativa reprobable. También, en algunos casos, es posible que con posterioridad a la familia se le devuelva lo pagado en concepto del certificado si la CA la considera apta para una subvención. Pero con carácter general, por un lado, en mi opinión, y dado que se trata de un requisito exigido imperativamente por la LO 1/1996, es rechazable que la Administración perciba ingresos por estos conceptos (aunque sean los es-

<sup>227</sup> V. Neus CORTADA CORTIJO, «La adopción: presupuestos y requisitos legales» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 157 y ss.

<sup>228</sup> El Auto de la AP de Guipúzcoa de 13 de noviembre de 1998.

<sup>229</sup> V. Gabriel GARCÍA CANTERO, «*Adoptio, semper reformanda est*» en *RCDI*, año LXXVI, n.º 660, julio-agosto de 2000, pp. 2437-2454 (en especial, por lo que respecta al requisito de idoneidad, V. p. 2453).

<sup>230</sup> V. Juan Luis SEVILLA BUJALANCE, «El papel de las entidades públicas de protección de menores tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero» en *BIMJ*, año LI, n.º 1794, 1997, p. 835.

trictamente necesarios para sufragar los gastos que origina la tramitación), y, por otro lado, no es argumentable que sea gratuito pero esperando mucho más tiempo: precisamente, en muchos casos, con lo que no cuentan las familias es con tiempo y no ya tanto porque deseen concluir la adopción lo antes posible sino porque si se espera demasiado puede que se incumpla la edad para adoptar al niño que ellos han pensado y que el país de origen elegido impone inexorablemente. Por tanto, es peor sostener que si se paga el procedimiento es más rápido pero que también se puede acudir a la vía gratuita que es más lenta, que el mantener que el certificado cuesta una cantidad de dinero. En cualquier caso, lo que debería ocurrir es que se eliminen estos costes de tramitación en las CA donde existen: el proceso debe ser gratuito en todas las CCAA y para todas las familias.

#### 2.2.4.1. Aspectos que hay que tener en cuenta para delimitar si el adoptante es o no idóneo: del informe psicosocial al certificado de idoneidad

Los parámetros que se toman en cuenta para proceder a la valoración de los adoptantes para concederles el certificado de idoneidad (o en su caso, el de inidoneidad) han sido recogidos en un documento de la Dirección General de Protección Jurídica del Menor con el fin de homologar los certificados de idoneidad en el territorio español<sup>231</sup>, si bien en la práctica se constata como según cuál sea la CA en la que se tramite la solicitud los requisitos pueden variar considerablemente, lo cual debería ser modificado y proceder a homogeneizar todos los procedimientos. En cualquier caso, según lo previsto en el documento citado, se valorarán especialmente: «*La motivación para la adopción de un niño/a del país elegido; la disponibilidad para aceptar rasgos étnicos diferenciados (por parte del/de los solicitantes y de su entorno más próximo); los conocimientos que se tengan de la cultura del país elegido y la consideración que se tiene del mismo; la disponibilidad para afrontar problemas imprevisibles de naturaleza física o psíquica, que pueden presentar los niños; la disponibilidad de aceptar apoyo externo posterior a la adopción (profesional o grupos de padres; la edad que desean que tenga el menor; así como el intervalo de edad que son capaces de aceptar; el sexo del niño, y valoración de la capacidad para aceptar un niño de otro sexo al deseado; la posibilidad de adoptar hermanos (número y edad máxima del mayor); la posibilidad de adoptar un niño con deficiencias y enfermedades, concretándose el grado de deficiencia que están dispuestos a aceptar*».

En primer lugar, se lleva a cabo un proceso de estudio y valoración del solicitante de adopción basado principalmente en entrevistas personales<sup>232</sup>. Los resultados de dicho proceso valorativo se recogen en un informe<sup>233</sup>, que a su vez está acompañado de otros dos: el psicoló-

<sup>231</sup> Desde el punto de vista del Derecho italiano, V. Sergio DEL CORE, «Sui criteri di valutazione dell' idoneità dei coniugi aspiranti all'adozione internazionale» en *Il Nuovo Diritto. Rassegna giuridica pratica*, año LXIV - fasc. 1, enero, 1987, pp. 35-41.

<sup>232</sup> V. Carmen DELGADO y Antonio DELGADO, «La entrevista como instrumento de evaluación de las familias candidatas a la adopción internacional» en *APJ*, 1998, pp. 11-30; Cristina AGUILAR GINER, Mercedes RODRIGO RODRIGO, Carmen MATEU MARQUÉS, «La entrevista de valoración para futuros adoptantes: nuevas consideraciones» en *Informació Psicológica*, n.º 72, abril, 2000, pp. 23-28; Mónica FONTANA ABAD, «Instrumentos de evaluación en la adopción» en *VVAA, Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, en especial, p. 59 y ss.

<sup>233</sup> V. desde el punto de vista psicológico, Joaquín FUERTES ZURITA y Pere AMORÓS MARTÍ, «Práctica de la adopción», concretamente el apartado dedicado a la Selección de adoptantes, en *Manual de protección infantil*, Coord. Joaquín de Paul Ochotorena y M.ª Ignacia Arruabarrena Madariaga, Barcelona, 1996, pp. 457-466; Evelyne EGO, «Selección, acoplamiento y seguimiento de la adaptación de los niños adoptados» (conferencia pronunciada en uno de los grupos de trabajo de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999; Fernando GARCÍA SANZ, «El informe psicológico en las adopciones internacionales» en *Papeles del psicólogo*, n.º 73, 1999, pp. 27-35

gico<sup>234</sup> y el social. Estos informes se venían haciendo por los órganos competentes de las diferentes CCAA a instancia de los interesados, si bien ahora también es posible, en la mayoría de las CCAA, que dichos estudios sean llevados a cabo por el turno de intervención de los Colegios Profesionales de Psicólogos y Diplomados en Trabajo Social o Asistentes Sociales<sup>235</sup>.

El resultado de la unión de ambos informes, o sea el informe psicosocial<sup>236</sup>, se denomina Informe de valoración de capacidad e idoneidad para adoptar<sup>237</sup>. Posteriormente, y basándose en los resultados recogidos en dicho informe, si lo estima conveniente, la autoridad autonómica competente emitirá el Certificado de Idoneidad<sup>238</sup>, que indicará el país para el que los adoptantes son

---

(donde el autor analiza algunos de los principales criterios para la consideración de la idoneidad, así como el proceso y el contenido de la entrevista); Eva M.<sup>a</sup> LEGAZ SÁNCHEZ y Trinidad CRESPO RUIZ, «Valoración psicológica de solicitantes de adopción: La propuesta de «no idoneidad». Actitudes del valorador y aspectos conceptuales y éticos» en *Informació Psicológica*, n.º 72, abril, 2000, pp. 29-33. Concretamente, la CA catalana, en su Reglamento de Protección de Menores Desamparados y de la adopción, tras la nueva redacción que obtuvo por el Decreto 12/1997, de 27 de mayo, sostiene en su art. 71 una serie de circunstancias que los equipos técnicos deben tener en cuenta para la valoración. Las mismas se hallan clasificadas en el artículo de Xavier CAMPÀ I FERRER, «Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, pp. 238-239, de la siguiente manera: 1. En relación con las circunstancias personales de los solicitantes: A) Equilibrio personal adecuado. B) Estabilidad en la relación de pareja. C) Salud física y psíquica que permita la atención al menor. D) Flexibilidad de actitudes y de adaptabilidad a la nueva situación que plantea la adopción. E) Motivación para ejercer funciones parentales que incluyan cubrir las necesidades y carencias de un menor susceptible de adopción. F) Motivación para la adopción compartida, en el caso de pareja. 2. En relación con las circunstancias familiares y sociales: que el entorno relacional sea favorable y adecuado a la integración del menor adoptado. 3. Con relación a las circunstancias socio-económicas: A) Situación económica que permita la atención al menor. B) Vivienda en condiciones adecuadas. 4. En relación con la aptitud educadora: A) Capacidad para cubrir las necesidades educativas o de desarrollo de un menor. B) Que el entorno familiar pueda dar respaldo en su función educativa. 5. En relación con el menor: A) No escoger el sexo de manera excluyente. B) Aceptación de la herencia biológica del menor y la aceptación y respeto a la historia, identidad y cultura del menor. C) Aceptación de la relación del menor con su familia biológica, si se precisa. V. también, Francisca I. BORRUE GARCÍA, «El trabajo social en la Adopción Internacional» en *Trabajo Social Hoy*, n.º 15, 1997, pp. 91-102; Álvaro RODRÍGUEZ, «El turno de Intervención profesional en adopciones del Col·legi Oficial de Psicòlegs de Catalunya» en *Anuario de Psicología*, Universitat de Barcelona, n.º 71, 1996, pp. 133-135; Martine AUDUSSEAU-POUCHARD, «Los test de la Administración catalana» en *Adoptar un hijo hoy*, Barcelona, 1997, pp. 87-96; Xavier CAMPÀ I FERRER, «L'estudi i valoració dels sol·licitants d'adopció», VVAA, «L'adopció: un estudi comparat» en *Justícia i Societat*, n.º 18, Barcelona, 1998, pp. 55-67.

<sup>234</sup> V. Jolanda Delia GALLI y Biancarosa VOLPE, «Estudio psicológico de candidatos en adopción internacional: una propuesta de protocolo» en *Infancia y Sociedad*, n.º 12, 1991, pp. 49-68; Jolanda Delia GALLI, «Maternità e paternità adottive: scelta o ripiego?» en *Consultorio Familiare*, n.º 2, 1990, pp. 133-146.

<sup>235</sup> V. VVAA, «Una nueva perspectiva para la valoración de idoneidad en adopciones: los equipos psicosociales» en *Informació Psicológica*, n.º 72, abril, 2000, pp. 18-22. Con relación a la CA de Madrid, V. David MUSTIELES MUÑOZ, «El turno de Intervención Profesional en Adopciones Internacionales de la Comunidad Autónoma de Madrid» en *Trabajo Social Hoy*, n.º 23, 2000, pp. 47-53. En las adopciones nacionales sería deseable que sean los mismos equipos técnicos los que seleccionan a los adoptantes los que posteriormente seleccionan a un menor para una familia. Además, tanto en las adopciones nacionales como en las internacionales, estos equipos deberían ser los que sigan el periodo de adaptación. V. M.<sup>a</sup> Dolores JOFRÉ, «Reflexiones sobre la selección de padres adoptivos» en *APJ*, n.º 71, 1996, p. 122.

<sup>236</sup> Este informe, si se dan circunstancias que lo aconsejen puede ser contrastado y revisado por profesionales distintos de los que lo emitieron. V. Dolores FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, «Adopción Internacional: El informe Social de Contraste» en *Trabajo Social Hoy*, n.º 25, 4.ª época, 1999, pp. 30-42.

<sup>237</sup> En la CA de Madrid, por ejemplo, se exige que los adoptantes tengan en su poder al iniciar el estudio psicosocial los siguientes documentos: certificado de asistencia al curso de formación; cuestionarios individuales con una fotografía tamaño carnet; certificados literales originales de la inscripción de nacimiento; certificado literal original de matrimonio o convivencia; certificado de empadronamiento; declaraciones de Renta y Patrimonio de los tres últimos ejercicios; declaración jurada de existencia o no de hijos (biológicos o adoptivos); certificados médicos oficiales; documentos de Cobertura sanitaria del menor; certificados de antecedentes penales y fotocopias de los Documentos Nacionales de Identidad.

<sup>238</sup> Certificado de idoneidad que, en la práctica, según CALVO BABIO, no viene a ser otra cosa que cambiarle el nombre al «informe psicosocial» favorable. Además, como sostiene esta autora, el término «certificado» ha sido instaurado aleatoriamente por la Administración, ya que la Ley en ningún momento lo emplea (tan sólo habla de que se deberá valorar la idoneidad de los solicitantes). V. Flora CALVO BABIO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas» en *La Ley*, año XIX, n.º 4628, 1998, p. 2.

idóneos (ya que si bien no existe norma que delimite este punto, viene siendo práctica habitual de la Administración el especificar el nombre del país). Con esta última exigencia, se evitan los certificados de idoneidad genéricos, que en última instancia podrían ser utilizados, como ha puesto de manifiesto FADIGA<sup>239</sup>, como «pasaportes» legítimos para la entrada en los países de recepción de menores extranjeros.

Lo que parece estar claro es que la Administración no puede limitarse a reproducir en el certificado (de idoneidad o de inidoneidad del solicitante), sino que debe motivar su decisión<sup>240</sup>. El certificado, según la D.G.R.N., ha de 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, lo cual está suficientemente acreditado»<sup>241</sup>. Poco a poco las CCAA se han ido dotando de recursos y como media tardan de siete meses a un año en emitir el informe, si bien éste es un proceso en continua mejora<sup>242</sup>, hasta el punto de que algunas normas autonómicas han establecido en plazo máximo para emitir el certificado<sup>243</sup>.

En la tramitación de la solicitud de certificación de la idoneidad para adoptar deben respetarse las formalidades establecidas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/92), lo cual lleva aparejado, entre otras cosas, la posibilidad de que dicha resolución pueda ser recurrida ante la jurisdicción ordinaria<sup>244</sup>. Sobre este aspecto se pronuncia la DA 1.ª LO 1/1996 cuando establece que:

*«Se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan: (...) 2.º Contra las resoluciones que declaren (...) la idoneidad de los solicitantes de adopción. (...) En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso, en un sólo efecto. Quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria.»*

Con carácter general, no cabe, sin embargo, hacer alusión al silencio administrativo positivo para conseguir el certificado que declare la idoneidad, siendo ésta la tónica general existente en las normativas autonómicas<sup>245</sup>. Pese a ello, en algunas CCAA (tal y como sucede en Canarias) se encuentra expresamente regulado que si en un plazo de tiempo determinado la Administración no

<sup>239</sup> V. Luigi FADIGA, «L'adozione internazionale e i tribunali per i minorenni» en VVAA, *Famiglia e adozione internazionale: esperienze normativa e servizi*, Dir. Eugenia Scabini y Pierpaolo Donati, Studi interdisciplinari sulla famiglia, n.º 15, Milán, 1996, p.46.

<sup>240</sup> La SAP de Albacete (Sección 1.ª) de 15 de marzo de 2000 sostuvo en su FJ 3.º que: «(...) el órgano administrativo ha prescindido de hacer valoraciones propias sobre los informes técnicos y por tanto la resolución en sí carece de fundamentación del órgano que la dicta, de aquí que la referida discrecionalidad técnica aplicada en tales términos resulte arbitraria y como tal nula la resolución al no haber efectuado y plasmado dicho apartado el órgano administrativo que hizo tal declaración de no idoneidad las razones valorativas que habían conducido a aceptar sin más el dictamen técnico». Pese a ello, en la actualidad existen muchos recursos de las familias alegando indefensión debido a la escasa motivación de estos documentos.

<sup>241</sup> R.D.G.R.N. de 6 de febrero de 1998.

<sup>242</sup> La Coordinadora de Asociaciones en Defensa de la Adopción y el Acogimiento (CORA) ha elaborado, si bien con carácter interno, una encuesta nacional en el año 2000 sobre el proceso de valoración de la idoneidad para adoptar. En dicha encuesta se recoge que la CA de las analizadas que más tardaba en concluir el trámite de valoración y emisión del certificado de idoneidad, era Cataluña (con 26,9 meses) y la que menos Cantabria (con 2,1 meses). La media se estima en 10 meses.

<sup>243</sup> V. el art. 75 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón (BOA n.º 86, 20-07-2001).

<sup>244</sup> V. la sentencia de la AP de Albacete (Sección 1.ª) de 15 de marzo de 2000 y el Auto de 16 de octubre de 2000 de la AP de Barcelona (Sección 18.ª).

<sup>245</sup> Por ejemplo, el art. 20.1 del Decreto andaluz 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento Familiar y Adopción, establece expresamente que si transcurridos seis meses desde la iniciación del procedimiento son haberse notificado resolución expresa, los interesados podrán entender que sus solicitudes han sido desestimadas.

contesta a la familia reconociéndole o no la idoneidad para adoptar, ha de entenderse que la han concedido. Desde mi punto de vista esta solución es más que criticable por cuanto no salvaguarda en absoluto el interés superior del menor que podrá ser adoptado con un certificado obtenido por la falta de diligencia de las autoridades competentes para emitirlo.

En otro orden de cosas, puesto que España exige en todas las adopciones la concurrencia del certificado que declare la idoneidad del adoptante<sup>246</sup>, ha de plantearse necesariamente la funcionalidad práctica del mismo. En este sentido según un informe de las Comisiones Técnicas Interautonómicas «(...) la idoneidad para el ejercicio de la patria potestad debe entenderse no sólo como capacidad jurídica, sino como la adecuación, condiciones psicológicas y sociales y aptitudes necesarias para atender, educar y formar al hijo adoptivo, además de las restantes obligaciones que conlleva la patria potestad»<sup>247</sup>. Por ello, tal y como se ha apuntado, algunas normas autonómicas han concretado cómo debe desarrollarse el procedimiento de valoración de la idoneidad, intentando de esta manera marcar una serie de pautas para uniformar los criterios a seguir y evitando que esta tarea no quede a la libre decisión de la autoridad competente en cada caso. Según el art. 33 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia de la CA de Galicia<sup>248</sup>, se deberán tener en cuenta a la hora de valorar la idoneidad de los posibles adoptantes:

- a) *Que entre el adoptante y el adoptado exista una diferencia de edad adecuada y no superior a los cuarenta años, excepto que los solicitantes estén en disposición de aceptar grupos de hermanos o menores con especiales dificultades, en cuyo caso la diferencia de edad podrá ser superior.*
- b) *Que el medio familiar de los solicitantes reúna las condiciones adecuadas para la atención integral del menor.*
- c) *Que existan motivaciones y actitudes adecuadas para la adopción. En caso de cónyuges, esas motivaciones y aptitudes habrán de ser compartidas.*
- d) *Que las condiciones de salud física y psíquica de los solicitantes permitan atender correctamente al menor.»*

<sup>246</sup> Esta afirmación hay que matizarla puesto que nuestro CC recoge, con carácter excepcional, determinados supuestos en los que no es necesario adjuntar el certificado de idoneidad. Son aquellos en los que el solicitante está eximido de la necesidad de presentación de la propuesta previa por parte de la Administración, pudiendo el mismo iniciar el expediente mediante la interposición de una solicitud, en tanto en cuanto existe una presunción legal a su favor de idoneidad para adoptar así como de que es el mejor de cuantos solicitantes existen en ese momento para adoptar a un adoptando en concreto. Estos supuestos (que ya se estudiarán a la hora de analizar la constitución de la adopción por Juez español) son los recogidos en el art. 176.2 pfo. 2.º CC: cuando el adoptando sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; cuando sea hijo del consorte del adoptante; cuando lleve más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o de una tutela; o cuando sea mayor de edad o menor emancipado.

<sup>247</sup> Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, «Análisis de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor» (Resumen de las reuniones de las Comisiones Técnicas Interautonómicas de 12, 13 y 14 de marzo y 17 y 18 de abril de 1996), Madrid, 1996, p. 24. Respecto a las motivaciones y capacidades necesarias para adoptar, resultan interesantes los criterios elaborados en las sesiones de trabajo de los Técnicos de Adopción de las CCAA (1988) y que recoge M.ª Elena GARCÍA GÓMEZ, «Aspectos sociales de la adopción» en *Menores*, Cuarta Época, n.º 8, 1988, p. 49. Las actitudes que se considera que se deben tener para llevar a cabo la adopción son básicamente las dos siguientes: actitudes positivas hacia la adopción y hacia los padres naturales de los niños (valorándose la importancia de analizar este aspecto por lo que supone su aceptación de la realidad del niño y los efectos que estas actitudes tendrán en la relación al adoptando); y actitudes favorables por parte de otros familiares próximos (padres, hermanos) hacia la adopción. Las capacidades que se estiman necesarias son: capacidad para aceptar la adopción de varios hermanos o para aceptar y mantener la relación entre ellos, aunque estén adoptados o en otra situación; capacidad afectiva, estabilidad emocional; capacidad para asumir responsabilidades; valoración del mundo y capacidad de relación de la pareja; etc.

<sup>248</sup> Este precepto ha sido reproducido posteriormente por el art. 77.1 del Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa vigente en materia de familia, infancia y adolescencia.

Por su parte, el Decreto de Extremadura 5/2003, de 14 de enero, sobre el procedimiento de valoración de solicitudes de adopción y acogimiento familiar y selección de adoptantes y acogedores<sup>249</sup> (que deroga expresamente el Decreto 13/1999, de 26 de enero, de la Junta de Extremadura, por el que se establecía el Reglamento regulador de los expedientes administrativos de valoración de solicitudes de adopción y de selección de adoptantes) establece en su art. 4 que para las adopciones internacionales la declaración de la aptitud psicosocial se denominará «Certificado de Idoneidad» y ello por una cuestión obvia: si la adopción no se realiza en España sino ante la competente autoridad extranjera, difícilmente podrá la autoridad española considerar idóneo a los adoptantes para un menor en concreto<sup>250</sup>. Por tanto, la especificación terminológica que lleva a cabo este legislador autonómico es válida únicamente para las adopciones nacionales.

De esta manera, todas las personas que desean adoptar deben pasar satisfactoriamente esta «selección de candidatos a la adopción»<sup>251</sup>, salvaguardándose así el interés superior del menor, por cuanto todo menor susceptible de ser adoptado tiene derecho a tener unos padres adoptivos que previamente hayan superado este proceso obteniendo el visto bueno de las autoridades competentes<sup>252</sup>.

En las adopciones que se constituyen en nuestro país, tras haber superado satisfactoriamente el proceso de valoración de la idoneidad y haber obtenido consecuentemente el correspondiente certificado de idoneidad, el solicitante ha de pasar el denominado en la legislación autonómica<sup>253</sup> «proceso de selección de los adoptantes», que es la última garantía del sistema para salvaguardar el interés superior del menor adoptando. De todos los solicitantes declarados idóneos se va a seleccionar al más adecuado para cada menor en concreto, atendiendo a sus particulares circunstancias. Ello es lógico porque nada impide que una persona sea perfectamente idónea para poder adoptar, pero que no se ajuste a las específicas necesidades y características de un menor en concreto.

Hay que preguntarse el ordenamiento jurídico español exige los mismos requisitos para certificar una idoneidad de un adoptante que va a realizar una adopción nacional que a uno que va a realizar una adopción internacional. La respuesta debe ser afirmativa, si bien en la realidad práctica se percibe una corriente en el sentido de que es más «fácil» conseguir la idoneidad para una adopción internacional que para una adopción nacional, puesto que en la primera se parte de que el menor por adoptar se encuentra en una situación tan precaria en su país de origen que siempre estará mejor aquí en España con su familia adoptiva, independientemente de que ésta no reúna la totalidad de los requisitos que se le hubieran exigido si lo que se dispusiese a realizar fuera una adopción nacional. Esta creencia, además de ser totalmente reprobable e ilógica (por cuanto de-

<sup>249</sup> DOE de 01-02-2003.

<sup>250</sup> El art. 4 del citado Decreto establece en sus dos primeros párrafos: «*Se entenderá por idoneidad psicosocial, la calificación general por la que la Dirección General de Infancia y Familia declara la capacidad, actitud y motivaciones de los solicitantes de adopción, para afrontar satisfactoriamente la paternidad adoptiva. En las solicitudes de adopción internacional, tal calificación se entenderá incluida en el Certificado de Idoneidad*». V., si bien basándose en la derogada normativa, la *Guía de adopción* de la Junta de Extremadura (Consejería de Bienestar Social: Dirección General de Infancia y Familia), Dir. y Coord. Francisco Merideño Nieto, 1999, p. 18.

<sup>251</sup> V. J. Y. HAYEZ y M. BOITEUX, «La selección de los candidatos a la adopción» en *Un four, l'adoption*, París, 1988, pp. 1-27.

<sup>252</sup> SALA TORREGASA se muestra muy reticente ante esta incesable exigencia de documentos y exámenes del adoptante, ya que «(...) no se trata (...) de entrar a dilucidar mayores cuestiones ni indagar características o rasgos personales de los padres adoptivos mediante técnicas psicoanalíticas, cuyas conclusiones son de dudosa fiabilidad. La Ley exige simplemente la constatación de la existencia de una capacitación para asumir los deberes que impone la patria potestad y ha de interpretarse en sus estrictos términos, sin posibilidad de interpretaciones extensivas. Entre otras razones porque se está interviniendo en ámbitos de especial sensibilidad y que se hallan constitucionalmente protegidos, cuales son la libertad y la intimidad personal». LUIS SALA TORREGASA, «El reconocimiento de las adopciones internacionales en España» en *VVAA, Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 261.

<sup>253</sup> V., a modo de ejemplo, los arts. 74 LAIM de Canarias y 57 c) de la Ley asturiana de 1995.

bería ser incluso al revés: que se exigiera más rigor en el cumplimiento de todos los requisitos objetivos y subjetivos para conceder la idoneidad para una adopción internacional (dadas las complicaciones añadidas que este tipo de adopciones conllevan) no se ajusta a la realidad. En todo caso, todos los menores son iguales y tienen los mismos derechos, lo cual dificulta poder sostener con carácter general que quien no está preparado para realizar una adopción nacional lo esté para realizar una internacional o viceversa. La conclusión a la que haya que llegar es que quien no es idóneo para adoptar en España, no puede ser declarado idóneo para adoptar en el extranjero. Lo que sí está claro que puede ocurrir, es que unos adoptantes sean considerados idóneos para adoptar a un determinado tipo de menores, y no lo sean para adoptar a otros. Hay quien habla incluso de que ambos, adoptantes y adoptandos, deben ser idóneos (entendiendo por la idoneidad de estos últimos la circunstancia de que encajen con la idoneidad de los primeros), pero pese a ello, en rigor técnico jurídico los únicos que han de ser idóneos son los adoptantes<sup>254</sup>. No hay que olvidar que en las adopciones internacionales juegan un papel determinante las particulares exigencias que el Estado de origen del menor tiene con respecto a los adoptantes, pudiendo darse el caso de que se tenga el certificado de idoneidad y de que se cumplan todos los requisitos para poder adoptar según la legislación española pero que, sin embargo, se incumplan algunos requisitos específicos que cada país exige, por lo que no se podrá adoptar<sup>255</sup>.

El Certificado de Idoneidad emitido por la Administración Pública competente se erige en el único documento del que disponen, en la mayoría de los casos, los países de origen para valorar al adoptante en la fase de preasignación del menor, realizándose ésta «a distancia». Por ello, tal y como afirma CASANELLAS BASSOLS<sup>256</sup>, «(...) es fundamental que el informe psicosocial se realice teniendo en cuenta que debe ser interpretado por un equipo técnico que no conoce personalmente a los solicitantes de adopción y de un país con otra cultura y costumbres».

#### 2.2.4.2. Periodo de validez de la declaración de idoneidad

La LO 1/1996 nada establece respecto al tiempo que, una vez emitida la declaración de idoneidad favorable a la adopción, la misma sea válida. Por lógica no puede tener una validez indefinida puesto que las circunstancias que originaron que en un momento dado la entidad pública afirmase que se era idóneo para adoptar, pueden haber cambiado, o viceversa. Ha de entenderse que será cada CA en su reglamentación interna la que diga cuál es la vigencia temporal de dicho certificado<sup>257</sup>, con lo que en la actualidad existen diferentes periodos de validez de estos certificados según sea la CA en que se haya emitido.

<sup>254</sup> V. a este respecto, Ignacio SERRANO GARCÍA, «La adopción según las leyes 21/1987 de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero» en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, p. 75.

<sup>255</sup> V., con relación a los criterios técnicos de selección de los solicitantes por parte de los países de origen (concretamente se analizan escuetamente los exigidos por Colombia, Ecuador, La India, Perú y Rumania), «L'adopció: un estudi comparat» en *Justícia i Societat*, n.º 18, Barcelona, 1998, pp. 106-107.

<sup>256</sup> Raimón CASANELLAS BASSOLS, «Situación y perspectivas de la adopción internacional en España como medida de protección de los derechos de la infancia» en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Coord. M.ª Teresa Martín López, Colección «Estudios», Cuenca, 2000, p. 25.

<sup>257</sup> Las Comisiones Técnicas Interautonómicas en su «Análisis de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor» (Resumen de las reuniones de las Comisiones Técnicas Interautonómicas de 12, 13 y 14 de marzo y 17 y 18 de abril de 1996), Madrid, 1996, p. 25, aconsejan como plazo de validez más conveniente, el de dos años (si bien el mismo puede estar sujeto a revisión). En Andalucía, por ejemplo, el art. 21.1 del Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento Familiar y Adopción, establece una vigencia de la declaración de idoneidad de tres años. Tras esos tres años, la idoneidad deberá ser actualizada a través de los correspondientes informes para poder comprobar si subsisten las circunstancias que motivaron su reconocimiento.

#### 2.2.4.3. Posibilidad de recurrir el acto por el que se declara idóneo o inidóneo al solicitante

Si la Administración emite un certificado declarando no idóneo al solicitante<sup>258</sup>, éste podrá si lo desea recurrir gubernativamente tal decisión<sup>259</sup> pues aunque se trata de un acto de la Administración, el mismo no está sujeto a Derecho Administrativo, debiendo acudir a la jurisdicción ordinaria, tal y como dispone la DA 1.ª de la LO 1/1996<sup>260</sup> y sin que sea necesaria la interposición de reclamación previa en vía administrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 780.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Evidentemente, en el supuesto de que se deniegue el recurso, se puede acudir en apelación ante la Audiencia Provincial competente<sup>261</sup>. Las CCAA han legislado en este sentido<sup>262</sup>.

Tal y como pone de manifiesto el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid<sup>263</sup>, sería conveniente que las distintas Entidades Públicas de las CCAA se coordinaran y establecieran unas relaciones fluidas de información, para tratar de evitar que personas que no han sido declaradas idóneas en una Comunidad puedan llegar a serlo en otras. No obstante, no hay que dejar de reconocer que en la práctica se emiten pocas resoluciones denegatorias de la idoneidad puesto que normalmente los equipos encargados de emitir el informe comunican de antemano al solicitante que difícilmente se les va a conceder la idoneidad y éste voluntariamente suele desistir del procedimiento.

#### 2.2.4.4. Trascendencia de la valoración que lleva a cabo la autoridad que constituye la adopción de la idoneidad del solicitante para adoptar

El que el solicitante sea o no idóneo es objeto de un «doble control» en nuestro ordenamiento: por una parte, y con carácter previo, la Administración (emisora del certificado de idoneidad) y

<sup>258</sup> V. desde el punto de vista psicológico, María HERNÁNDEZ Y TOMÁS, «Cuando en Adopción Internacional se dice a los solicitantes «ahora, no». Una aproximación reflexiva» en *Trabajo Social Hoy*, n.º 25, 4.ª Época, 1999, pp. 43-58.

<sup>259</sup> Evidentemente en ningún caso se va a poder impugnar el informe psicosocial por sí sólo. Únicamente cuando se emita el certificado de idoneidad se podrán iniciar gestiones en este sentido, pero nunca con base en el informe psicosocial, pese a conocer su contenido y no estar de acuerdo con el mismo. Pero dado que el certificado de idoneidad viene a reflejar con toda seguridad lo que ya anunció en su momento el informe psicosocial, nada obsta que de una manera indirecta al recurrir contra el acto que declara no idóneo al solicitante, también se pueda hacer mención expresa a lo que establece el informe. Pero éste por sí mismo no es susceptible de ser recurrido.

<sup>260</sup> Esta DA, en vez de hacer alusión a la idoneidad, debería decir «inidoneidad» puesto que está claro que ningún solicitante va a recurrir el certificado que le declara idóneo y le habilita para adoptar.

<sup>261</sup> V., por ejemplo, el Auto de la AP de Guipúzcoa (1.ª) de 13 de noviembre de 1998 en el que se confirma la revocación llevada a cabo por el Juez de 1.ª Instancia de la resolución administrativa que denegaba la idoneidad del solicitante; o el Auto de la AP de Lleida (1.ª) de 19 de marzo de 1999 en la que, por el contrario, se da la razón a los apelantes, a los que se entiende idóneos.

<sup>262</sup> A nivel autonómico puede citarse el art. 23.1 del reciente Decreto de Extremadura 5/2003, de 14 de enero, sobre el procedimiento valoración solicitudes adopción y acogimiento familiar y selección adoptantes y acogedores que establece: «*Contra las resoluciones acordadas por la Dirección General de Infancia y Familia sobre idoneidad o no idoneidad de los solicitantes, los interesados podrán interponer, en el plazo de un mes a partir de la notificación, Reclamación Administrativa previa a la vía judicial civil, ante el titular de la Consejería de Bienestar Social*». En sentido similar se pronunciaba ya el art. 7 del Decreto 130/1996, de 4 de julio, del Consejo de Adopción de menores de la CA de Valencia: «*Las resoluciones administrativas sobre declaración de idoneidad de los solicitantes de adopción (...), serán recurribles ante la jurisdicción civil de acuerdo con lo preceptuado en la Ley de Enjuiciamiento Civil y según lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero; para ello será preceptiva la interposición ante el Conseller de Trabajo y Asuntos Sociales de la reclamación previa a la vía civil, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (...) de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*». Hay que tener en cuenta que la referencia a la Consellería de Trabajo y Asuntos Sociales debe entenderse referida a la Consellería de Bienestar Social, de acuerdo con la modificación operada en el Decreto 130/1996 por el art. 2 del Decreto 127/1998, de 1 de septiembre.

<sup>263</sup> Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, *Informe Anual 1999*, Madrid, 2000, pp. 117-118.

posteriormente, por la autoridad judicial (en nuestro país o la autoridad extranjera competente para constituir la adopción si ésta se lleva a cabo en el extranjero). En España deberá ser el Juez en cada caso concreto el que valore en última instancia la idoneidad del adoptante concreto para adoptar a un menor en particular. La autoridad judicial dilucidará esta cuestión teniendo siempre en cuenta el interés del menor adoptando, tal y como le ordena el art. 176.1 de nuestro Código Civil. Especial relevancia tiene la valoración judicial de la idoneidad en aquellos casos en los que se permite al adoptante iniciar el procedimiento de constitución de la adopción *motu proprio* al preverse legalmente en el art. 176.2 pfo. 2.º CC, la exención, en cuatro casos concretos, de la necesidad de presentación de la propuesta previa por parte de la Administración pública. En estos supuestos se dice que bien por las características del adoptando o bien por las del adoptante, a éste último se le presume la idoneidad para adoptar. Por ello, lo que legalmente está previsto *ab initio* por nuestro ordenamiento va a ser ratificado, matizado o incluso modificado por el Juez en cada caso concreto<sup>264</sup>.

En las adopciones internacionales, puede incluso hablarse, si se quiere, de la existencia de un «triple control» de la idoneidad del adoptante. En primer lugar, y de la misma manera que en las adopciones nacionales, la Administración pública competente procede a valorar la idoneidad del solicitante emitiendo, si lo considera conveniente, el certificado de idoneidad. En segundo lugar, la autoridad competente del país de origen del menor (que por regla general es la autoridad que constituye la adopción) valora la idoneidad del adoptante. Finalmente, en tercer lugar, una vez que se insta el reconocimiento e inscripción de la adopción constituida en el extranjero ante la autoridad española, ésta ha de constatar la existencia o no del certificado que acredite la idoneidad del adoptante (aunque es cierto que en este caso, a diferencia de los otros dos, no se entra en el fondo de la cuestión, sino únicamente se valora si concurre o no en el expediente dicho certificado) excepto en las adopciones conformes al CHAI que cuenten con el certificado de conformidad al mismo que implica la previa existencia del certificado que acredita la idoneidad.

### 2.2.5. *La problemática derivada de la adopción por las parejas de hecho*

En mi opinión, paralelamente al derecho constitucionalizado del *ius connubi*, el derecho al matrimonio, existe un derecho a no casarse<sup>265</sup> amparado en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad. No puede ser de otro modo, puesto que de lo contrario el derecho al matrimonio no sería tal, sino una obligación, una imposición del Estado a los ciudadanos. En una sociedad como la actual, el optar o no por constituir un matrimonio queda en la esfera estrictamente personal de cada persona en la que el Derecho no debe (ni puede, en mi opinión) entrar. Cosa distinta es que el ordenamiento jurídico deba reconocer a estas parejas todos y cada uno de los derechos y debe-

---

<sup>264</sup> PANTOJA GARCÍA sostiene que dado que la LO 1/1996 no prevé expresamente la posibilidad de que el Juez se pronuncie en sentido contrario a lo certificado por la Administración (o sea, que el adoptante en cuestión es idóneo para adoptar), se va a ver imposibilitado para pronunciarse en tal sentido. Sin embargo, continúa este autor afirmando que quien sí va a poder impugnar la declaración de idoneidad efectuada será el Ministerio Fiscal. V. Félix PANTOJA GARCÍA, «Unas notas a las instituciones de protección de menores modificadas por la Ley Orgánica 1/96» en *El menor en la legislación actual*, Madrid, 1998, p. 118. En mi opinión, si bien es cierto que el Juez no va a poder impugnar, jurídicamente hablando, la declaración de idoneidad de la misma manera que sí lo podrá hacer el Ministerio Fiscal, considero que en todo caso podrá pronunciarse no constituyendo la adopción en pro del interés superior del menor.

<sup>265</sup> V. Encarna ROCA TRÍAS, «Derecho a no contraer matrimonio: las parejas de hecho» en *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pp. 128-135. V., también de la misma autora, «El derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, pp. 145-162 (en especial, p. 159 y ss.).

res que reconoce al matrimonio<sup>266</sup>, cuestión que escapa al objeto de este estudio. Discrepo de lo defendido por JORDANO BAREA<sup>267</sup> cuando sostiene que «*Ante la unión libre lo mejor es adoptar una actitud de dissimulatio o tolerancia, que consiste en hacer la «vista gorda jurídica»: no puede, en mi opinión, dejar de prestarse atención a la evolución de la sociedad. No puede defenderse que el Derecho vaya siempre por detrás de la realidad social que regula: que ello ocurra infinidad de veces no es motivo que lo justifique.*

Partiendo de estas afirmaciones iniciales: ¿qué ha de entenderse por pareja de hecho?<sup>268</sup> Considero que es aquella pareja unida por relaciones de afectividad que convive cual matrimonio, pero

<sup>266</sup> V. Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ, «¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?» en *RJN*, n.º 32, octubre-diciembre, 1999, pp. 199-355.

<sup>267</sup> Juan B. JORDANO BAREA, «Matrimonio y unión libre» en *AC*, n.º 6, febrero de 1999, p. 190.

<sup>268</sup> ROCA TRÍAS señala que hasta la terminología empleada para denominarlas es confusa (tanto a nivel interno como a nivel de Derecho Comparado). V. Encarna ROCA TRÍAS, «Propuestas de regulación en el derecho de familia: tendencias de los países europeos y opciones legislativas en nuestro ordenamiento», *VVAA, El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho. La perspectiva sueca y las tendencias legislativas de nuestro entorno*, Seminario organizado por la Fundación Internacional Olof Palme, Coord. Carlos Villagrana Alcaide, Barcelona, 1996, pp. 85-101 (en especial, pp. 89-90). En mi opinión, pese a la variada terminología para denominar a estas parejas (pareja de hecho, unión de hecho, parejas estables semejantes al matrimonio, unión libre, unión o pareja extramatrimonial, convivencia *more uxorio*), dado que la más arraigada es la de pareja de hecho, será ésta la que emplee, si bien puede verse una contradicción entre el calificativo «de hecho» en contraposición a la consideración de que el matrimonio lo es «de Derecho». De esta manera, una vez que se ha regulado las parejas de hecho (empleando la más reciente Ley autonómica dictada en esta materia dicho término: Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho de en la Comunidad Autónoma de Canarias, BOE n.º 89, de 14 de abril de 2003), éstas ya deberían de dejar de ser «de hecho» y pasarían a serlo «de Derecho». Pese a ello, como digo, emplearé la expresión pareja de hecho (que no «unión de hecho» porque el término «pareja» implica necesariamente que son dos miembros las que la componen, mientras que en el caso de la «unión» pudiera pensarse en que la componen dos o más). Por su parte, MARTÍN CASALS afirma que las situaciones de convivencia fuera del matrimonio pueden ser de tres tipos: la convivencia heterosexual, la convivencia homosexual y la que él denomina convivencia asexual, entendiéndola por tal la que comprende un amplio abanico de situaciones de dependencia personal, económica y afectiva, pero sin ningún substrato sexual (como las que unen a ancianos con ancianos o con jóvenes, sean parientes o extraños, que comparten un cierto proyecto de vida común). V. Miquel MARTÍN CASALS, «Las parejas de hecho en el Derecho Europeo: realidades, variantes y perspectivas» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 167. Puede consultarse la siguiente bibliografía relacionada con las parejas de hecho: Gabriel GARCÍA CANTERO, «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de Familia» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, pp. 337-353; Cristina ALBERDI, «Las uniones de hecho» en *CDJ*, tomo X: Derecho de Familia, 1993, pp. 61-80; Miquel MARTÍN CASALS, «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho» en *ADC*, 1995, pp. 1709-1808 y «Las parejas de hecho en el Derecho Europeo: realidades, variantes y perspectivas» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, pp. 163-208; Leticia GARCÍA VILLALUENGA, «Las uniones familiares de hecho en el Derecho Civil» en *AC*, n.º 41, vol. 3.º, 1996, pp. 895-924; Artemi RALLO LOMBARTE, «Uniones conyugales de hecho y Constitución (La necesidad de clarificar la contradictoria jurisprudencia constitucional)» en *RGD*, año LI, n.º 606, 1996, pp. 1759-1779; *VVAA, El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho. La perspectiva sueca y las tendencias legislativas de nuestro entorno*, Seminario organizado por la Fundación Internacional Olof Palme, Coord. Carlos Villagrana Alcaide, Barcelona, 1996; Leticia GARCÍA VILLALUENGA, «Las nuevas familias: las uniones de hecho, régimen jurídico» en *VVAA, El derecho y los servicios sociales*, Granada, 1997, pp. 73-113; Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Parejas de hecho» en *ArC*, n.º 10, septiembre de 1998, pp. 9-11; también toda la que aparece citada en la nota al pie n.º 1 (pp. 1509-1510) del artículo de Francisco Javier GARCÍA MÁZ, «Las uniones de hecho: su problemática jurídica» en *RCDI*, año LXXIV, n.º 648, septiembre-octubre de 1998, pp. 1509-1532; Magdalena TORRERO MUÑOZ, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ante las uniones de hecho» en *RGD*, n.º 648, 1998, pp. 10625-10642; *VVAA, Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Dir. Xavier O'Callaghan, Cuadernos de Derecho Judicial n.º XX, Madrid, 1998; Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ, «Uniones libres y competencia legislativa de ciertas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio Derecho Civil» en *La Ley*, tomo 5, 1999, pp. 1970-1978; Juan B. JORDANO BAREA, «Matrimonio y unión libre» en *AC*, n.º 6, febrero de 1999, pp. 181-198; Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado español*, Madrid, 1999; Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Las uniones de hecho. Derecho aplicable» en *AC*, n.º 36, tomo 4, vol. 2, 1999, pp. 1095-1110; Encarna ROCA TRÍAS, «El derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho» y Miquel MARTÍN CASALS, «Parejas de hecho en el Derecho europeo: realidades, variantes y perspectivas» ambos en *Puntos capitales*

sin estar casada, bien porque les esté vetado el acceso al mismo (como les sucede a los homosexuales) o bien porque decidan ejercer el derecho a no contraer matrimonio<sup>269</sup>. Sin embargo, esta definición comprensiva de parejas de hecho que engloba tanto a las heterosexuales como a las homosexuales, no es la que con carácter general ha venido manifestándose en la jurisprudencia y la doctrina. Por citar un ejemplo representativo de lo que los tribunales han venido entendiendo por pareja de hecho, traigo a colación la sentencia de la AP de Madrid de 9 de diciembre de 1993 (13.ª)<sup>270</sup>, que sostuvo como requisitos de la institución los siguientes: a) Una convivencia *more uxorio*, que se traduzca en una relación pública y notoria, excluyente de las relaciones ocultas y secretas. b) La ausencia de toda formalidad en la unión. c) Una comunidad de vida estable y duradera. d) La heterosexualidad. e) La constitución de una comunidad completa y amplia de vida, interés y fines en el núcleo del mismo hogar.

Dejando de un lado el problema de si es preceptivo o no incluir el requisito de la heterosexualidad como definitorio de la pareja de hecho (cuestión, que por otra parte, se tratará de dilucidar en los apartados siguientes), sí puede afirmarse que el resto de los requisitos caracterizan de manera general a la institución. Por ello, apuntaré brevemente la problemática que se deriva de la adopción por parte de la pareja de hecho.

#### a) *La adopción por las parejas de hecho heterosexuales*

La DA 3.ª de la Ley 21/1987 establece que:

*«Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal.»*

He de hacer una crítica a la ubicación sistemática de este precepto. No entiendo porqué el legislador optó por introducir una norma de esta entidad en una DA (puesto que parece que está haciéndolo «a escondidas» como ha manifestado algún autor<sup>271</sup>), y no por incluirla, como debió haber hecho, en el articulado del Código Civil (y concretamente, como un párrafo más del art. 175 CC<sup>272</sup>). La explicación de este proceder del legislador se ha querido ver, por un lado, en el hecho de que era consciente de que la norma iba a ser polémica una vez que entrara en vigor, además de, como ha puesto de relieve PÉREZ ÁLVAREZ<sup>273</sup>, no querer incorporar al articulado del Có-

---

*de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, pp. 145-162 y pp. 163-208 respectivamente; Elisa PÉREZ VERA, «Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 131-138; José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica» en *AC*, n.º 2, 8 al 14 de enero, 2001, pp. 59-80; Eduardo DE PORRES ORTIZ DE URBINA, «Uniones de hecho» en *BIMJ*, n.º 1914, de 1 de abril, año LVI, 2002, pp. 5-34.

<sup>269</sup> A mi juicio, la procreación no es una nota que deba definir, ni la institución del matrimonio ni, por ende, a la pareja de hecho. V. Eduardo RODRÍGUEZ REMÍREZ, «Recensión al libro: *Diagnóstico sobre el Derecho de familia* de Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Pamplona, 1996» en *RJN*, n.º 22, 1996, p. 489.

<sup>270</sup> V. la sentencia en *RGD*, n.º 595, p. 4128 y ss.

<sup>271</sup> V. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, «El Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma de Canarias» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VII, Madrid, 2000, p. 3890.

<sup>272</sup> V. Etefvina VALLADARES RASCÓN, «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción» en *PJI*, n.º 9, Madrid, 1988, p. 45.

<sup>273</sup> Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, p. 171.

digo Civil la equiparación definitiva de la pareja estable al matrimonio. Por ello, esta DA sigue vigente más de quince años después de su promulgación, afectando a todos los preceptos anteriores que hagan alusión al matrimonio (ya que cada vez que las normas hablan de cónyuges<sup>274</sup> debe entenderse que también están haciendo alusión a las parejas de hecho, que serán las que la citada DA menciona y no otras).

En opinión de SANCHO REBULLIDA<sup>275</sup>, esta disposición es una norma defraudadora en potencia, pues será bastante sencillo, dada la amplia e inconcreta redacción de la DA 3.<sup>a</sup>, que goza de una pésima técnica legislativa, que «(...) un hombre y una mujer —incluso siendo menor de veinticinco años uno de ellos—, sin integración, unidad, permanencia, ni afectividad reales, adopten conjuntamente a una persona». El peligro de esta práctica en fraude de ley (siendo la ley defraudada, como sostiene SANCHO REBULLIDA, el art. 175.4 CC) se encuentra en el perjuicio del interés del menor, el cual será adoptado legalmente por unas personas que no reúnen los requisitos mínimos para hacerlo. El problema, desde mi punto de vista, está precisamente en la difícil concreción de estos requisitos, lo cual de *lege ferenda* debería ser reformado teniendo presentes los problemas prácticos que se generan. De todas maneras, dado que en materia de protección de menores debe regir el principio del interés superior del menor, en caso de que exista duda acerca de si una determinada pareja de hecho reúne los requisitos que la DA 3.<sup>a</sup> le exige para poder adoptar, la aplicación de dicho principio supondría la no constitución de la adopción, hasta que no quede constatado un cambio de las circunstancias que les haga ser considerados como una pareja verdaderamente estable y unida por lazos de afectividad de igual entidad que los que unen a los cónyuges. GONZÁLEZ MORENO<sup>276</sup> tratando de simplificar la cuestión, concluye que los dos grandes obstáculos que presentan este tipo de parejas no son otra cosa que las dos caras de la misma moneda: por un lado, la falta de seguridad jurídica que estas uniones llevan aparejada (lo cual repercute principalmente en problemas probatorios) y, por otro, la ausencia de una verdadera relación jurídica, en sentido técnico.

Haciéndose eco de estas críticas doctrinales, algunas leyes autonómicas han intentado paliar dicha inseguridad jurídica. En este sentido, ya la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Autónoma de Madrid estableció en su art. 58.1:

---

<sup>274</sup> «Cónyuge» es aquella persona que está unida a otra por un vínculo matrimonial. Que la adopción se realice por ambos cónyuges implica que son dos los adoptantes del mismo adoptado. Pero ¿hay que dar como válido cualquier matrimonio o únicamente aquellos que producen efectos civiles de acuerdo con nuestro Código Civil? En un primer momento puede parecer innecesario plantearse esta cuestión, puesto que si se permite adoptar a las parejas de hecho, es decir, a aquellas no casadas, ¿cómo no se va a poder permitir a adoptar a aquella pareja que se ha casado por un rito que no produce efectos civiles? Siguiendo la máxima de que lo más comprende lo menos no se llega a otra conclusión. Pero la solución a este problema no puede ser resuelta de una manera tan simple. Ello se pone de relieve una vez que se comienzan a estudiar las repercusiones prácticas que, a la hora de adoptar, tiene el ser considerado como matrimonio o como pareja de hecho. Si bien del tenor literal de la Ley se deduce que ambos tipos de parejas se van a regir por las mismas normas, en la práctica, la pareja de hecho que decide adoptar va a tener que demostrar de alguna manera (testigos, recibos) que conviven de forma estable, mientras que el matrimonio, al tenerse constancia registral de su celebración, se va a ver eximido de este tipo de comprobaciones, lo que no impide que a medida que se va avanzando en la tramitación de la solicitud se revelen datos que desmientan esta presunción *iuris tantum* (presunción que no rige sólo en esta materia, sino en otras muchas, como por ejemplo, en materia arrendaticia, tal y como ha puesto de manifiesto la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos). Además, en nuestro ordenamiento existen ciertas particularidades que diferencian la adopción matrimonial de la no matrimonial, como se tendrá ocasión de ir poniendo de manifiesto. Por todo ello, la conclusión a la que desde mi punto de vista ha de llegarse es la siguiente: únicamente el matrimonio que produce efectos civiles de acuerdo con nuestro Derecho puede considerarse como tal a efectos de constituir la adopción de un menor de manera conjunta.

<sup>275</sup> V. Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, «IV. Acogimiento y adopción» en *El nuevo régimen del Derecho de Familia*, VVAA, Madrid, 1989, p. 82.

<sup>276</sup> V. Beatriz GONZÁLEZ MORENO, «Uniones de hecho y derecho a la adopción» en *Uniones de hecho*, VVAA, Lleida, 1998, pp. 273-295.

«Para valorar las circunstancias que concurren en los ofrecimientos de acogida o adopción de un menor se deberán tomar en consideración, al menos, los siguientes criterios: (...) c) En el caso de parejas, convivencia mínima de tres años.»

Pero, ¿cómo se probará esa convivencia? ¿Deberá ser ininterrumpida? Si no es así, ¿habrá de computarse los periodos de no convivencia?<sup>277</sup> Está claro que uno de los medios más eficaces para probar su existencia es la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho<sup>278</sup>. TORTOSA MUÑOZ<sup>279</sup> sintetiza, con carácter general, los siguientes requisitos con los que ha de contar la pareja de hecho de cara a poder constituir una adopción: la pareja ha de ser actual (que perviva en el momento de la petición de adopción), antigua en el tiempo, probada (ya que no rige aquí la presunción del art. 69 CC que dispone: «Se presume que los cónyuges viven juntos»), permanente (de cara a un futuro) y posible. Será tarea de las entidades públicas, que utilizarán para ello todos los medios de prueba válidos en Derecho (testificales, periciales, registrales<sup>280</sup>), cerciorarse de la concurrencia de estos requisitos a la hora de elevar la propuesta de adopción, en especial, de los de estabilidad y permanencia<sup>281</sup> de la pareja en cuestión así como de que la relación de afectividad<sup>282</sup> es semejante a la conyugal (debido a que en la norma no se recoge criterio alguno que revele cuándo una pareja reúne las cualidades exigidas para ser considerada análoga a una pa-

<sup>277</sup> V. Encarna ROCA TRÍAS, «Propuestas de regulación en el derecho de familia: tendencias de los países europeos y opciones legislativas en nuestro ordenamiento» en VVAA, *El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho. La perspectiva sueca y las tendencias legislativas de nuestro entorno*, Seminario organizado por la Fundación Internacional Olof Palme, Coord. Carlos Villagrana Alcaide, Barcelona, 1996, pp. 85-101 (y en especial, V. el apdo. rubricado: «La prueba de la existencia de una pareja de hecho», pp. 93-95 de la *ob. cit.*).

<sup>278</sup> Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Problemática jurídica en torno a las uniones de hecho», separata publicada por la Asociación de Profesores Jubilados de Escuelas Universitarias, Madrid, 1995, p. 11; Diego Alonso Herreros, «Cavilaciones en torno a los Registros de uniones civiles de hecho» en *RJN*, n.º 42, 2002, pp. 9-32. V. una crítica al funcionamiento de estos registros en el artículo de José Luis MEZQUITA DEL CACHO, «El principio de igualdad jurídica en las diferentes opciones legislativas relativas a la situación de la pareja de hecho: aspectos probatorios. Registros y otras formas de salvaguarda», VVAA, *El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho. La perspectiva sueca y las tendencias legislativas de nuestro entorno*, Seminario organizado por la Fundación Internacional Olof Palme, Coord. Carlos Villagrana Alcaide, Barcelona, 1996, pp. 157-182 (en especial, pp. 167-173 de la *ob. cit.*). El primer Registro de nuestro país fue el de Vitoria-Gasteiz (Álava) creado por el Decreto de 28 de febrero de 1994 (BO País Vasco n.º 58, de 24 de marzo de 1994). Posteriormente han sido varias las Comunidades Autónomas que han ido legislando y creando este tipo de Registros (Decreto 250/1994, de 7 de diciembre de la Generalitat Valenciana; Decreto 36/1995, de 20 de abril de la Comunidad de Madrid; Decreto 3/1996, de 9 de enero de la Comunidad andaluza; Decreto 35/1997, de 18 de marzo, de la Comunidad de Extremadura; Decreto 117/2002, de 24 de octubre, de la Comunidad de Castilla y León, etc.).

<sup>279</sup> V. Andrés TORTOSA MUÑOZ, «Las uniones de hecho y la adopción. (Nota a la disposición adicional 3.ª de la Ley de 11-11-87)» en *BIAGN*, n.º 102, junio, 1989, pp. 1002-1005.

<sup>280</sup> V. Jaime MORENO VERDEJO, «Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles no matrimoniales» en *RGD*, n.º 603, diciembre 1994, pp. 12543-12549; Leticia GARCÍA VILLALUENGA, «Las nuevas familias: las uniones de hecho, régimen jurídico» en VVAA, *El derecho y los servicios sociales*, Granada, 1997, pp. 109-113; Francisco Javier GARCÍA MÁZ, «Las uniones de hecho: su problemática jurídica» en *RCDI*, año LXXIV, n.º 648, septiembre-octubre de 1998, p. 1519; Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, «Las uniones de hecho en el Derecho español» en VVAA, *Las uniones de hecho. Una aproximación plural*, Universidad Pontificia de Comillas (Instituto Universitario «Matrimonio y familia»), Nueva Serie, n.º 4, Madrid, 1999, pp. 75-95.

<sup>281</sup> Para VERDERA SERVER, «La existencia de unión de hecho no requiere el transcurso de plazo alguno, y cuestión distinta es que sea conveniente establecerlo para garantizar su acreditación. Por ello, prescindiendo de problemas probatorios, tal unión de hecho puede ser la que dura un mes como la que dura treinta años.» Rafael VERDERA SERVER, «Adopción y principio de igualdad. (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)» en *RDPC*, n.º 13, 1999, p. 377. Por su parte, CASTRO LUCINI critica la posibilidad de que la pareja de hecho adopte precisamente porque no se encuentra garantizado de modo alguno unos visos mínimos de permanencia y estabilidad futuras. V. Francisco CASTRO LUCINI, *Temas de Derecho de Familia* (Contestaciones a los programas de oposiciones a Notarías y Registros de la Propiedad), Madrid, 1989, p. 372.

<sup>282</sup> SANCHO REBULLIDA afirma que, pese a que se exige esa relación de afectividad entre pareja no casada, «(...) la afectividad, no es esencial a la validez y subsistencia del matrimonio (...).» V. Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, «IV. Acogimiento y adopción» en *El nuevo régimen del Derecho de Familia*, VVAA, Madrid, 1989, p. 81.

reja conyugal y cuándo no)<sup>283</sup>, a pesar de que a los cónyuges que quieran adoptar no se les exige *a priori* un mínimo periodo de convivencia previo a la adopción (aunque legislaciones de Derecho Comparado sí lo exigen), por lo que en principio una pareja de recién casados y que nunca ha convivido antes del matrimonio, puede interponer una solicitud de adopción que será admitida a trámite, aunque siempre queda el filtro administrativo: que la entidad pública no les reconozca la idoneidad<sup>284</sup>. Ha de plantearse si no sufren cierta discriminación estas parejas con respecto a los matrimonios, en tanto se entiende que éstos, a diferencia de aquéllos, desde el mismo momento en que se convirtieron en marido y mujer están capacitados para iniciar los trámites de una adopción<sup>285</sup> (siendo cosa distinta, eso sí, el que efectivamente vean certificada su idoneidad para adoptar). Además, pese a que la DA 3.<sup>a</sup> de la Ley 21/1987 generaliza la equiparación de la situación en la que se encuentran los matrimonios y las parejas de hecho con relación a la adopción, si se profundiza en el estudio del ordenamiento vigente en esta materia se encuentran al menos tres casos

---

<sup>283</sup> La STS de 18 de mayo de 1992, intentando arrojar luz sobre este asunto manifestó que «(...) la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar». Por otra parte, han sido varias las Proposiciones de Ley de diversos grupos parlamentarios que se han presentado y que recogían una definición de lo que ha de entenderse por pareja de hecho. Las más progresistas, pues engloban a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, son las de Coalición Canaria, el Grupo Socialista e Izquierda Unida. La Proposición de Ley n.º 122/000071 de Reconocimiento de efectos jurídicos a la parejas de hecho estables y de modificación de determinados aspectos del Código Civil, Estatuto de los Trabajadores, Ley General de la Seguridad Social, Medidas para la Reforma de la Función Pública, Clases Pasivas del Estado y de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones presentada por el Grupo Parlamentario de Colación Canaria el 14 de abril de 1997 en el Congreso de los Diputados, entendía por «parejas de hecho estables» a las uniones de los mayores de edad o menores emancipados, sin vínculo de parentesco en primer o segundo grados de consanguinidad, que convivan en pareja con independencia de su sexualidad, al menos durante un año, libre, pública y notoriamente (art. 1). A ello añadía que en el supuesto de que la pareja tuviera descendencia común, bastaría con la simple convivencia. V. con relación a esta Proposición de Ley en concreto, Pedro A. TALAVERA FERNÁNDEZ, «Les unions homosexuals en la Llei d'unions estables de parella. Aproximació crítica» en *RJC*, n.º 2, 2000, pp. 18-20. Por su parte, la Proposición de Ley n.º 122/000068 por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las parejas de hecho presentada por el Grupo Socialista del Congreso el 10 de abril de 1997 (la cual fue rechazada) sostenía en su ámbito de aplicación (art. 1) que será aplicable a quienes convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad similar a la conyugal, independientemente de su orientación sexual, mayores de edad o menores emancipados, sin vínculos de parentesco en primer o segundo grado de consanguinidad, ligado de forma estable al menos durante dos años, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia. La Proposición de Ley n.º 122/000069 de igualdad jurídica para las parejas de hecho presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya el 10 de abril de 1997 (la cual fue rechazada) sostenía en su art. 2 que se considera pareja de hecho a la unión libre, estable pública y notoria, en una relación de afectividad similar a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas, mayores de edad o menores emancipados, sin vínculos de parentesco en primer y segundo grado de consanguinidad, siempre que ninguno de ellos esté unido por un vínculo matrimonial en vigor, a otra persona, salvo en los supuestos en que la ruptura de dicho vínculo sea imposible por causas ajenas a su voluntad.

<sup>284</sup> A pesar de que administrativamente se les considere aptos para poder adoptar, podrá el Juez en el uso de las facultades que tiene otorgadas en virtud del ejercicio de sus funciones, practicar «(...) cuantas diligencias estime oportunas» (art. 1826 LEC, vigente tras la LEC 1/2000 hasta tanto no entre en vigor la Ley de Jurisdicción Voluntaria). Tendrá éste la última palabra sobre si la pareja de hecho que desea adoptar reúne o no los requisitos legales velando siempre por el interés del menor. Podrá, pues, darse el caso de que el Juez tome una decisión diferente a la que manifestaron en su día las entidades públicas.

<sup>285</sup> En Derecho Comparado existe la exigencia de un periodo de años de convivencia en el caso de los matrimonios, lo cual, a mi modo de ver, constituye un plus añadido a la protección del interés superior del menor por cuanto se garantiza aún más que la pareja que le va a adoptar goza de condiciones fiables de estabilidad. En Francia se precisa que la pareja casada lo haya estado durante más de dos años. Si este requisito no concurriera, es necesario para poder iniciar los trámites que al menos uno de los dos tenga más de 28 años. En este mismo sentido se pronuncia la normativa existente en Holanda, donde los matrimonios deben tener un periodo de convivencia mínimo de 5 años. En Italia son necesarios tres años. Sin embargo, otras legislaciones, como la sueca o la inglesa, al igual que la española, no requieren un periodo de convivencia mínimo.

en los que dicha equiparación se pone en tela de juicio. Realmente ya en la misma DA 3.<sup>a</sup> de la citada Ley pudiera encontrarse un vestigio de diferencia entre matrimonio y pareja de hecho por lo que a la adopción se refiere, en tanto en cuanto la misma hace expresa referencia a la posibilidad de que la pareja de hecho adopte a «un menor», lo cual parece estar excluyendo en principio la posibilidad de que pueda adoptar a un mayor de edad<sup>286</sup>.

En este sentido, existen detractores y defensores de mantener en un plano de igualdad a los matrimonios y las parejas de hecho en lo que a la adopción se refiere, pudiendo concretarse las cuestiones polémicas en tres.

a) Adopción del hijo biológico de la pareja de hecho: necesidad de la propuesta previa por parte de la entidad pública competente (art. 176.2.2.º CC).

En el supuesto de que uno de los miembros de la pareja de hecho tenga un hijo biológico<sup>287</sup> y que éste vaya a ser adoptado por el otro miembro de la pareja, tampoco parece que el legislador haya tenido en mente equiparar esta situación a la existente en las adopciones de hijos de cónyuges por parte del otro cónyuge. Lo previsto en el art. 176.2.2.<sup>a</sup> CC (o sea, que no se necesitará la presentación de la propuesta previa de la entidad pública para aquellos casos en que se vaya a adoptar a un hijo del cónyuge), no es aplicable al conviviente de hecho, que se verá obligado a tramitar la adopción como si de cualquier otra se tratase. Como afirma DEL MORAL GARCÍA<sup>288</sup>, «*el art. 176.2.2.<sup>a</sup> exige ser hijo del consorte del adoptante, y esa circunstancia no se da en este caso*». No obstante, esta interpretación no es una unánime en la doctrina<sup>289</sup> ni en la jurisprudencia<sup>290</sup>.

b) Adopción individual por uno de los miembros de la pareja de hecho: necesidad de que concurra el asentimiento a la adopción del conviviente no adoptante (art. 177.2.1.º CC).

Nada impide que pese a existir una pareja de hecho, sea uno sólo de sus miembros el que adopte. En estos casos, en mi opinión, y al igual que en el matrimonio (donde es incuestionable que un requisito indispensable para que la adopción pueda llevarse a cabo es el de que el cónyuge

<sup>286</sup> V. Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ, «Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables» en *AC*, n.º 17, 2001, p. 630.

<sup>287</sup> El supuesto de que el hijo de la pareja no sea biológico sino adoptado, se estudiará posteriormente.

<sup>288</sup> ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, «Algunas cuestiones procesales y orgánicas en materia de protección de menores» en *MFG*, Madrid, 1993, p. 878. Este autor, continúa explicando su posicionamiento de la siguiente manera: «(...) *se entiende que existe un fundamento para ese trato diferente, por cuanto la simple convivencia de hecho, en abstracto, tiene menos visos de estabilidad, lo que exige, en beneficio del menor, la adopción de mayores cautelas que en este caso estarán representadas por la intervención preceptiva y previa de la Entidad Pública*».

<sup>289</sup> V. Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, «Las uniones de hecho en el Derecho español» *VVAA, Las uniones de hecho. Una aproximación plural*, Universidad Pontificia de Comillas (Instituto Universitario «Matrimonio y familia»), Nueva Serie, n.º 4, Madrid, 1999, pp. 75-95 (en especial, p. 81).

<sup>290</sup> A modo de ejemplo de la solución planteada puede citarse el Auto de la AP de Cantabria de 29 de julio de 1996 que, tras una argumentación que a continuación se expone extractada, legitima al conviviente *more uxorio* para promover la adopción sin necesidad de que exista una previa propuesta en dicho sentido de la entidad pública competente. Dicho Auto en sus FJ 2.º y 3.º, sostiene que: «(...) *El principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, en relación a la tutela y protección a la familia dispensada por el art. 39 de idéntico Texto Legal, impide otorgar un trato desigual o discriminatorio a las unidades familiares según éstas se asientan en la previa existencia o no de un vínculo jurídico matrimonial. (...) Sin que en el caso de la legitimación para promover la adopción, la no expresa equiparación por el legislador entre el cónyuge y el conviviente *more uxorio*, autorice a pensar, dado el fundamento señalado en la causa segunda del art. 176.2, que exista diferencia apreciable entre uno y otro supuesto que permite su distinción en el régimen jurídico aplicable. Conclusión que obliga, en virtud de las exigencias derivadas del principio de igualdad, a otorgar idéntico régimen jurídico, a propósito de la legitimación para promover la adopción, al conviviente *more uxorio**». Argumentos parecidos esgrimen, entre otros, los Autos de la AP de Sevilla de 30 de junio de 1992 y el de la AP de Castellón de 29 de julio de 1997. En sentido negativo se manifiesta, por ejemplo, la SAP de Alicante de 2 de noviembre de 1995 que afirma que es necesario que la adoptante se encuentre casada con el padre del adoptando para que no exista obligación de presentar la propuesta puesto que esta exigencia «(...) *debe entenderse establecida a favor del menor, por la estabilidad para su situación que se supone debe dar el matrimonio, y cuyos efectos (...) no pueden extenderse a los que voluntariamente lo han excluido*».

ge que no va a adoptar manifieste su asentimiento a la adopción), se necesitará el asentimiento del otro miembro de la pareja en tanto en cuanto el art. 177.2 1.º CC debe ser interpretado a la luz de lo establecido en la DA 3.ª de la Ley 21/1987 (siempre y cuando concurren todos los requisitos que la misma prevé)<sup>291</sup>. En la legislación autonómica catalana es necesario también el asentimiento de la persona de distinto sexo con quien el adoptante convive maritalmente con carácter estable (art. 122.1 a. CF)<sup>292</sup>.

De *lege ferenda* debería reconocerse expresamente este derecho que tiene el conviviente de la pareja de hecho no adoptante para que no haya ninguna duda ni quepa otra interpretación que no sea la aquí defendida<sup>293</sup>. De lo contrario, pudiera parecer que el legislador intenta de esta manera garantizar la estabilidad de las familias compuestas por matrimonios, pero no la de las constituidas por parejas de hecho, lo cual conllevaría un detrimento de los derechos del menor.

La cuestión expuesta se complica cuando, una vez constituida la adopción de un menor a favor de uno sólo de los miembros de la pareja de hecho, el otro miembro manifiesta su deseo de adoptarlo. Esta hipótesis es perfectamente factible en la práctica por cuanto existirán muchos casos en los que el miembro de la pareja de hecho que no adoptó, tras un periodo de convivencia con el menor, recapacite y decida adoptarlo. Esta situación, que es también perfectamente extensible a los supuestos en que exista un matrimonio será estudiada con más profundidad posteriormente.

c) Persistencia de vínculos con la familia biológica del progenitor conviviente de hecho (art. 178.2 1.º y 2.º CC).

El art. 178.2.1.º CC establece que excepcionalmente persistirán los vínculos con la familia paterna o materna, según sea el caso, en los supuestos en que se adopte al hijo del cónyuge (incluso cuando éste haya fallecido). Este precepto, ¿se aplica analógicamente a las parejas de hecho? La cuestión es trascendental puesto que dado que la adopción produce como regla general la extinción de vínculos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178.1 CC), ¿se puede llegar a pensar que el adoptado deja, a raíz de la adopción por el conviviente de hecho de su padre o madre, de pertenecer a su familia biológica con la que, por otra parte, va a seguir conviviendo normalmente? En mi opinión una interpretación en este sentido atendería directamente contra el interés superior del menor, por lo que hay que decantarse por considerar aplicable analógicamente este precepto (previsto expresamente para los matrimonios) a las parejas de hecho<sup>294</sup>.

<sup>291</sup> En contra de esta interpretación, Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, «Las uniones de hecho en el Derecho español» en VVAA, *Las uniones de hecho. Una aproximación plural*, Universidad Pontificia de Comillas (Instituto Universitario «Matrimonio y familia»), Nueva Serie, n.º 4, Madrid, 1999, pp. 75-95 (en particular, p. 81). A favor, Juan Miguel OSSORIO SERRANO «Comentario a la DA 3.ª de la Ley 21/1987» en *Comentarios a la reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Madrid, 1993, p. 382. Además, algunas normas autonómicas le dan la razón, como lo hace el art. 24.1 a. de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, que expresamente reconoce la necesidad de que el miembro de la pareja de hecho no adoptante preste su asentimiento a la adopción que va a llevar a cabo su conviviente.

<sup>292</sup> El ordenamiento catalán ha de ser interpretado como sostiene MÉNDEZ PÉREZ en el sentido de que «*el asentimiento a la adopción, del compañero o compañera de hecho no adoptante, contribuirá a la creación de un mejor ambiente y mayor cohesión en el núcleo cuasifamiliar constituido por la pareja no unida por vínculo matrimonial*», puesto que no existen derechos de sucesión intestada entre los miembros de la pareja de distinto sexo en convivencia marital estable. V. José MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Barcelona, 2000, p. 55.

<sup>293</sup> A favor, V. Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, p. 130.

<sup>294</sup> En contra, Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, «Las uniones de hecho en el Derecho español» en VVAA, *Las uniones de hecho. Una aproximación plural*, Universidad Pontificia de Comillas (Instituto Universitario «Matrimonio y familia»), Nueva Serie, n.º 4, Madrid, 1999, pp. 75-95 (en especial, p. 81). GAVIDA SÁNCHEZ sostiene que esta restricción no es «(...) discriminatoria por razón de sexo, sino por razón del vínculo (...)». V. Julio V. GAVIDA SÁNCHEZ, «Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables» en *AC*, n.º 17, 2001, p. 629. DEL MORAL GARCÍA, por su parte, deja entreabierto la posibilidad cuando afirma: «(...) el tenor del art. 178 del Código

De todo lo expuesto se concluye que necesariamente el legislador debería modificar la redacción de estos preceptos para que la interpretación de los mismos no sea tan forzada como el principio de protección del interés superior del menor obliga a realizar. Dicha modificación se produciría en el sentido de equiparar en los tres aspectos mencionados y en todos cuantos puedan surgir en un futuro a las parejas de hecho con los matrimonios a la hora de llevar a cabo una adopción. En mi opinión, defender lo contrario sería negar una realidad creciente en los últimos tiempos<sup>295</sup>: la legítima decisión de formar una familia al margen del matrimonio. Ello no significa que se defiendan desde estas líneas que la igualdad entre ambas formas de convivencia debe ser total en la multitud de aspectos que les conciernen<sup>296</sup>, pero sí ha de sostenerse esa igualdad cuando en medio del debate se encuentran menores que pueden ver perjudicados sus intereses precisamente por esa ausencia de equiparación normativa.

### **b) Debate abierto a la adopción por parte de (parejas) homosexuales y/o transexuales**

Es muy común confundir ambos términos (homosexuales y transexuales), pero los mismos hacen referencias a situaciones diferentes. Mientras que los homosexuales muestran atracción física y emocional con respecto a personas de sus mismos sexos, los transexuales son las personas que se han sometido a una intervención quirúrgica para pasar a ser físicamente, y en la medida de lo posible (pues cromosómicamente siempre seguirán perteneciendo al sexo con el que nacieron), personas pertenecientes al sexo opuesto al que tenían antes de dicha operación<sup>297</sup> y como tales son reconocidos por el Derecho<sup>298</sup>. Ambas situaciones deben ser tratadas de forma diferente pues lo

---

*Civil parece exponer la extinción de vínculos con el progenitor que convive maritalmente con el adoptante, lo que, sin duda, es contrario a la voluntad de las partes y a lo que se pretende con tal adopción. A estos efectos, aunque la cuestión es más que discutible, sí podría argumentarse con una aplicación analógica de lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la ley para fundamentar la no extinción de esos vínculos (...)*. Antonio DEL MORAL GARCÍA, «Algunas cuestiones procesales y orgánicas en materia de protección de menores» en *MFG*, Madrid, 1993, pp. 878-879.

<sup>295</sup> V. Gerardo HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Análisis y Perspectivas sociodemográficas de las uniones de hecho» e Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, «Las uniones de hecho en el mundo: pluralidad de la respuesta jurídica. Aproximación a un estudio de Derecho Comparado y de Derecho Internacional» ambos en *VVAA*, *Las uniones de hecho. Una aproximación plural*, Universidad Pontificia de Comillas (Instituto Universitario «Matrimonio y familia»), Nueva Serie, n.º 4, Madrid, 1999, pp. 1-45 y 47-74, respectivamente.

<sup>296</sup> En palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «(...) el derecho de los convivientes a no casarse incluye el derecho a no ser tratados como si se hubieran casado». Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Las uniones de hecho. Derecho aplicable» en *AC*, n.º 36, tomo 4, vol. 2, 1999, p. 1102.

<sup>297</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, siguiendo a FINOCCHIARO, sostiene que «la expresión «transexual» designa a aquellas personas que, mediante el recurso a tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, obtienen la modificación de caracteres genitales externos, de masculinos a femeninos, o de femeninos en masculinos, llegando, en alguna medida, a la identificación sexual con las personas del sexo opuesto». José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *RGD*, n.º 660, año LV, 1999, p. 10689. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ sostiene con acierto, en mi opinión, que «La cirugía no crea la transexualidad, que debe ser preexistente y la actividad terapéutica de la intervención quirúrgica pretende conformar lo más posible, el sexo externo al psicológico». José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «El transexualismo en el Derecho español (3): otras sentencias del Tribunal Supremo sobre el cambio de sexo» en *AC*, n.º 46, tomo III, 1990, pp. 719-741 (en particular, p. 739). Con carácter general, V. Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, «Transexualismo. Cambio de sexo en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y del Tribunal Supremo» en *ArC*, vol. I, tomo I, 1997, pp. 97-113.

<sup>298</sup> La Recomendación 1117 de 29 de septiembre de 1989 del Consejo de Europa sostenía que la transexualidad «(...) is a syndrome characterised by a dual personality, one physical the other psychological, together with such a profound conviction of belonging to the other sex that the transsexual personal is prompted to ask for the corresponding bodily correction to be made».

único que tienen en común es la identidad de sexo<sup>299</sup>. Pese a ello, hay que reconocer con VAN DIJK<sup>300</sup> que la homosexualidad (y la transexualidad) es una manifestación del derecho a la propia autodeterminación, que aún no estando reconocido en los textos internacionales, es considerado como una condición de los derechos humanos. Si bien en un principio pudiera pensarse que ambas categorías tienen trato diferente por el Derecho, en lo que respecta a esta materia (la posibilidad de que a estas personas les sea reconocido el derecho a presentar una solicitud de adopción), no existen diferencias en la práctica que las separen, puesto que a ambos se les viene negando reiteradamente el derecho a solicitar conjuntamente una adopción.

Ciertamente, tal y como ha puesto de manifiesto DE VERDA Y BEAMONTE<sup>301</sup>, que sigue en este punto a LEVENEUR), no hay que olvidar nunca que «*La adopción conjunta no debe ser vista como un «derecho» de las parejas, sino como un cauce jurídico al servicio del mejor desarrollo posible de la personalidad de los menores, a cuyo interés debe atenderse prioritariamente (...)»*. El problema está entonces, en concretar cuál es exactamente el interés del menor en cada caso concreto y si el mismo puede pasar hipotéticamente, en una situación dada, por ser adoptado por una pareja del mismo sexo. A este interrogante responde el citado autor al afirmar que dicho interés del menor «*(...) exige que su educación se encomiende a un padre y a una madre*». En mi opinión, el interés del menor, si bien disfruta de características generales, ha de particularizarse siempre en cada caso concreto. Por ello, difícilmente *a priori* se pueden realizar juicios de valor que pretendan tener validez para todos los supuestos que se den en la práctica. Habrá que analizar, por tanto, por donde pasa el interés del menor en cada supuesto, si bien es cierto que es posible afirmar con carácter general una serie de parámetros que lo rijan. De esta manera, pudiera llegarse a la conclusión de que, con carácter general, no salvaguarda el mencionado interés la realización de una adopción por una pareja no heterosexual o bien que ello sí sucede.

El Parlamento Europeo con los votos de los grupos de izquierda y liberales, aprobó en enero de 2003 un informe que reclama a los estados miembros que reconozcan las relaciones no matrimoniales, entre personas del mismo o distinto sexo y que les concedan los mismos derechos que a los matrimonios. Sin embargo, el Pleno del Parlamento rechazó la propuesta para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. Con anterioridad, mediante la Resolución 28/1994, de ocho de febrero, sobre igualdad de los derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea<sup>302</sup> consideró, como principio general (n.º 1) que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a un trato idéntico, con independencia de su orientación sexual. Concretamente en su n.º 14 insta a que se ponga fin «*(...) a la prohibición de contraer matrimonio*<sup>303</sup> o de acceder a regímenes

<sup>299</sup> A favor, Encarna ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999, p. 105.

<sup>300</sup> P. Van DIJK, «The treatment of homosexuals under the European Convention on Human Rights» en VVAA, *Homosexuality: A european issue*, Martinus Nijhoff, p. 181 y ss. (Cita sacada de Paloma DURÁN Y LALAGUNA, «La homosexualidad» en *Los límites del Derecho*, Granada, 1996, pp. 99-100).

<sup>301</sup> José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica» en *AC*, n.º 2, 8 al 14 de enero, 2001, p. 67.

<sup>302</sup> DOCE C/61, de 28 de febrero de 1994.

<sup>303</sup> Pese a ello, salvo en Holanda (donde la situación cambió a finales de 2000 con la aprobación de una ley que les reconoce este derecho) y Dinamarca, en todos los ordenamientos de los Estados de la Unión Europea se les niega el derecho a contraer matrimonio entre sí (estando éste únicamente reservado para el hombre y la mujer). Sin embargo, ninguna de las Cartas Magnas de estos países se manifiesta como la nuestra, que hace alusión expresa a la necesidad de que para contraer matrimonio la pareja esté compuesta por personas de distinto sexo (art. 32 CE). V. Luis Fernando SAURA, «Pronunciamiento constitucional» en *Uniones libres y la configuración del nuevo Derecho de Familia*, Valencia, 1995, pp. 57-77; Aurelia María ROMERO COLOMA, «Las uniones homosexuales en España: evolución histórica y situación jurídica actual» en *La Ley*, n.º 2, 1997, pp. 1862-1866; Daniel BORRILLO, «Uniones del mismo sexo y libertad matrimonial» en *JD*, n.º 35, julio, 1999, pp. 15-19. Concretamente, BORRILLO, afirma, con razón en mi opinión,

*jurídicos equivalentes a parejas de lesbianas o de homosexuales*». Esta Resolución puede verse como el inicio de la toma en consideración de manera seria de esta cuestión<sup>304</sup>. Hay que apuntar que ésta no fue la primera disposición europea que trata este asunto puesto que mucho antes, la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo había dictado a los Consejos de Ministros de los Estados miembros una Recomendación sobre no discriminación de los homosexuales, la cual fue ratificada por nuestro Congreso de los Diputados el 11 de junio de 1985. E incluso con anterioridad (si bien no se refiere de forma explícita la homosexualidad), pueden entrecerse algunos derechos para este colectivo en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales,<sup>305</sup> hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. No obstante, el Parlamento Europeo parece abandonar el camino empezado cuando, en la Resolución de 14 de diciembre de 1994, sobre protección de las familias y uniones familiares, no incluyó dentro del ámbito de la familia a las parejas del mismo sexo.

En el Derecho Comparado<sup>306</sup>, la legislación más vanguardista en esta materia se encuentra en Holanda donde por medio de una Ley de finales de 2000 (y que entró en vigor en abril de 2001) no sólo se permite a las parejas de homosexuales casarse<sup>307</sup> (siempre y cuando al menos uno de los miembros de la pareja sea holandés), sino que también se les permite adoptar conjuntamente

---

que «El rechazo del derecho al matrimonio para las parejas gays se basa en una idea monolítica y esencialista de la unión, más cercana al sacramento que al contrato civil. No existen razones jurídicas para abandonar el principio de igualdad y privar de ese modo a los homosexuales del derecho matrimonial. (...) Del mismo modo que el color de la piel, la confesión religiosa o la nacionalidad no constituyen obstáculos a la celebración del acto jurídico matrimonial, el sexo de los miembros de la pareja debiera igualmente considerarse como un dato irrelevante a la hora de establecer las condiciones de acceso al derecho a casarse y a fundar una familia». *Ob. cit.*, p. 19. Incluso, algunas Constituciones emplean expresiones tan amplias que pudiera pensarse que sí amparan el matrimonio homosexual. La Constitución de la República Portuguesa de 1976 en su actual redacción dispone en su art. 36.1: «*Todos tienen derecho a constituir una familia y a contraer matrimonio en condiciones de igualdad plena*». (Traducción extraída de *Constituciones de los Estados de la Unión Europea* de Francisco Rubio Llorente y Mariano Daranas Peléz, Barcelona, 1996, p. 405). V. la interesante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 1990 (*Cossey v. United Kingdom*).

<sup>304</sup> Realmente, el *iter* parlamentario de esta Resolución es fiel reflejo de la diversidad de opiniones que existe en la sociedad con relación a esta materia. Por ello, lo que en un principio iba a ser una Directiva (con la fuerza obligatoria que éstas conllevan para todos los Estados de la Unión) se quedó en una mera recomendación, que ni siquiera fue aprobada unánimemente por los diputados que participaron en la votación (que por otra parte, fueron tan sólo un 30,7 % del total).

<sup>305</sup> V. un estudio sobre este Convenio en relación con la homosexualidad en la obra de Paloma DURÁN Y LALAGUNA, «La homosexualidad» en *Los límites del Derecho*, Granada, 1996, pp. 91-138 (en particular, pp. 99-118).

<sup>306</sup> V. la interesante síntesis del Derecho comparado y de algunos casos jurisprudenciales importantes que realiza Pedro A. TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Madrid, 1999, pp. 69-77. V. también, «Legislación internacional sobre matrimonio homosexual, parejas de hecho y adopción por parejas un mismo sexo» en VVAA, «Familias de Hecho. La realidad social de las familias formadas por lesbianas, gays y sus hijos/as» en *Cuadernos de las Familias Democráticas*, n.º 30 (n.º monográfico), julio, 2000, pp. 27-37. Sobre el Derecho Comparado en general, V. Gabriel GARCÍA CANTERO, «Nacimiento, desarrollo e importancia actual del Derecho Comparado» en *AC*, n.º 2, vol. 1.º, 2000, pp. 69-80. Hay que tener en cuenta que en Estados Unidos, el Estado de Nueva Jersey fue el primero de todo el país, mediante una ley de finales de 1997, que permitió a las parejas de homosexuales (así como a las parejas de hecho) adoptar menores bajo las mismas condiciones que los matrimonios convencionales. Por contra, los Estados de Florida y New Hampshire prohíben expresamente la adopción por parte de parejas homosexuales.

<sup>307</sup> Con la aprobación el 30 de enero de 2003 por la Cámara baja del Parlamento de Bélgica del proyecto de ley sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, este país se ha convertido en el segundo, tras Holanda, que regula dicha institución. La ley introduce las modificaciones pertinentes en el Código Civil (Art. 143: «*Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage*»), suprimiéndose todas las referencias a marido y mujer a lo largo de su articulado por la neutral de «los esposos». El nuevo régimen del matrimonio ha obligado a extender los impedimentos matrimoniales por parentesco a cualquiera de los sexos así como a eliminar las referencias a la mujer casada en diversas normas. Sin embargo, al no modificarse los requisitos en materia de adopción, las parejas homosexuales no van a poder adoptar.

niños holandeses<sup>308</sup> si la pareja ha convivido al menos durante tres años<sup>309</sup>. Previamente, una Comisión del Ministerio de Justicia holandés ya se había manifestado a favor<sup>310</sup>, lo cual desembocó en el Proyecto de Ley de 11 de diciembre de 1998 del gobierno neerlandés que ha permitido también el matrimonio homosexual (si bien en aquel entonces, con relación a la institución de la adopción se retractaron por lo que la Ley de 1998 no reconoció a los homosexuales la posibilidad de solicitar una adopción conjunta debido básicamente a la entrada en vigor del CHAI en los Países Bajos (el 1 de octubre de 1998), en tanto en cuanto el citado Convenio no permite a estas personas adoptar como pareja a menores extranjeros.

Desde el punto de vista jurisprudencial la primera sentencia que admite la adopción por parte de un homosexual se dicta en 1992 en Nueva York (caso «*In Re the Adoption of Evan*»), argumentándose en la protección del interés superior del menor, dado que dicho homosexual convive maritalmente con uno de los progenitores biológicos del menor. Desde entonces, se ha venido admitiendo por Tribunales de distintos Estados<sup>311</sup> la adopción por aquellos homosexuales que conviven con el padre o madre biológico del menor. Por su parte, la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de abril de 1997 (caso «*X, Y and Z*») fue la primera sentencia en Europa que rompe con la hasta entonces unanimidad en esta materia al estimar que se había violado el artículo 8 del Convenio cuando se le denegó a un transexual la condición de padre del hijo de la mujer con la que convivía de manera estable y que fue concebido mediante una inseminación artificial. En su sentencia de 26 de febrero de 2002, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección 3.<sup>a</sup> (asunto *Affaire Fretté c. Francia*), a raíz de la presentación de una demanda (n.º 36515/1997) de un ciudadano francés contra la República de Francia alegando haber sufrido discriminación en razón de sus preferencias sexuales al ser rechazada su solicitud de adopción por este motivo sin que se le hubiera aplicado el principio de contradicción e igualdad en armas en el proceso ante el Consejo de Estado, declaró que no existe vulneración de los derechos fundamentales en aquellas legislaciones que prohíben la adopción a parejas homosexuales puesto que la adopción es una institución concebida en interés del menor, interés que sirve de fundamento para

---

<sup>308</sup> Deliberadamente se incluyó el requisito de que los menores que podía adoptar las parejas homosexuales debían ser holandeses para de esta manera evitar que Holanda sirviera de trampolín para los homosexuales nacionales de otros países que quisieran adoptar. Esta Ley de Uniones Civiles no se halla exclusivamente dedicada a los homosexuales puesto que también se regulan otros tipos de relaciones humanas (tales como padre-hijo, abuelo-nieto, hermanos), pero lo cierto es que son ellos los más beneficiados puesto que a partir de ese momento han pasado a tener los mismos derechos y obligaciones que las parejas de diferente sexo, mediante la celebración de lo que la norma denomina «contrato de convivencia registrada». (Terminología que recuerda a la usada en la Proposición de Ley Orgánica de Contrato de Unión Civil presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados el 29 de septiembre de 1997, donde se hace referencia al «contrato de unión civil» que es definido en el art. 1 de dicha Proposición como aquel por el que dos personas físicas mayores de edad acuerdan convivir y prestarse ayuda, con excepción de quienes ya formasen parte de uno o ya estuvieran casado. Dicho contrato debería ser otorgado ante Notario y ser inscrito en el Registro Civil de cada uno de los contratantes). Lo que más destaca de esta ley es el reconocimiento que la misma hace a que una pareja homosexual pueda compartir la patria potestad sobre el hijo de uno de ellos, siempre y cuando se cuente con el visto bueno del Juez y el consentimiento del progenitor biológico. Pese a ello, entre las comisiones parlamentarias que se desarrollaron en el *iter* parlamentario de la Ley destaca la denominada *Kortmann* (nombre del parlamentario que la defendió) que proponía extender el matrimonio a los homosexuales y la posibilidad de que uno de los miembros de la pareja pudiera adoptar al hijo del otro. Estas propuestas (que fueron aprobadas por cinco votos a favor y tres en contra) no se vieron finalmente incluidas en el texto legal, debido a que el informe se retrasó y se aprobó cuando ya había entrado en vigor la Ley de Uniones Civiles.

<sup>309</sup> V. VVAA, «El matrimonio y la adopción gay a partir de abril en Holanda» en *El Mundo*, miércoles, 20 de diciembre de 2000.

<sup>310</sup> Sonia ROBLA, «Un matrimonio en toda regla» en *El País*, domingo, 8 de febrero de 1998, p. 14.

<sup>311</sup> Como ha pasado en Alaska, California, Massachusetts, Nueva York, Oregón, Vermont y el distrito de Columbia. V. Encarna ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999, p. 120 (nota al pie n.º 56).

establecer la prohibición de la adopción a las parejas de homosexuales. He de hacer constar que el fallo de la sentencia no fue alcanzado por decisión unánime, por cuanto varios fueron los jueces que emitieron votos particulares, algunos de los cuales estiman expresamente que sí existe trato discriminatorio injustificado.

Por lo que concierne a la adopción conjunta por homosexuales o transexuales<sup>312</sup> en nuestro país<sup>313</sup> cabe afirmar que, tras la reforma operada por la Ley 21/1987, es una posibilidad que queda pendiente de lo que decida el Poder Judicial, puesto que la actual legislación del Código Civil ni lo prohíbe ni lo contempla<sup>314</sup>. En principio, cabe afirmar que nada impediría que un homosexual por sí solo pudiera adoptar, puesto que en nuestro país se permite la adopción no sólo a una pareja (adopción conjunta) sino a la persona soltera<sup>315</sup> (adopción individual). De esta manera, si esta persona deviene idónea una vez que se somete al proceso administrativo para ser considerada como tal, nada impediría, repito, que pudiera llevarse a cabo legalmente la adopción. Como sostiene GAVIDIA SÁNCHEZ<sup>316</sup>, «(...) en adopciones individuales la ley no excluye a nadie por razón de su orientación sexual, ni siquiera cuando forma una pareja con alguien de su mismo sexo; en las conjuntas tampoco, puesto que los homosexuales casados o que viven en pareja con persona de sexo diferente no están excluidos de la adopción».

Con relación a la posibilidad de que el que adopte no sea una persona sola sino una pareja (que no matrimonio, dado que este derecho no se les reconoce a estas personas en nuestra actual legislación<sup>317</sup>), la conclusión a la que debe llegarse es completamente la opuesta. Dada la vigen-

<sup>312</sup> Por efectos meramente expositivos, haré sólo referencia a los homosexuales, entendiendo incluidos dentro de este término y a los efectos señalados, a los transexuales. Únicamente me referiré a estos últimos específicamente cuando lo considere relevante.

<sup>313</sup> V. Aurelia María ROMERO COLOMA, «Las uniones homosexuales en España: evolución histórica y situación jurídica actual» en *La Ley*, n.º 2, 1997, pp. 1862-1866.

<sup>314</sup> En este sentido se manifestó Xavier O'CALLAGHAN en la entrevista concedida al diario *La voz de Almería*, del jueves cuatro de julio de 1996. En el mismo sentido, V. Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes» en VVAA, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, pp. 187-188.

<sup>315</sup> Con relación a la adopción individual, V. VVAA, *Single parent adoption*, U.S. Department of Health and Human Services, Washington, D.C., 1981. Por lo que respecta a la adopción individual por parte de personas homosexuales, V. Pilar CERNUDA y Margarita SáENZ-DIEZ, «Polémica sobre la adopción homosexual» en *Los hijos más deseados*, Madrid, 1999, pp. 141-147.

<sup>316</sup> Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ, «Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables» en *AC*, n.º 17, 2001, p. 628.

<sup>317</sup> Lo cual queda excluido al hacer expresa referencia nuestro legislador constituyente a la necesidad de que las personas que pueden contraer matrimonio sean de distinto sexo. El art. 32.1 CE dispone que: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» (V. un interesante estudio sobre este precepto en el comentario de Diego ESPÍN CANOVAS, «Artículo 32: Derecho al matrimonio» en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III, Madrid, 1996, pp. 447-489). También el art. 44 de nuestro Código Civil establece que: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio de acuerdo a las disposiciones de este Código». De la misma manera se expresan los artículos 66 («El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes») y 67 CC («El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia»). Ciertamente, como dispone Yolanda GÓMEZ, «La heterosexualidad como requisito del matrimonio, encierra el fundamento de uno de los principios que dieron origen históricamente a esta figura: la necesidad de una reproducción ordenada de la especie y consiguiente colocación social del nacido con la correspondiente asignación de derechos y obligaciones respecto a él». V. Yolanda GÓMEZ, *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Serie IV: Monografía n.º 18, Madrid, 1990, p. 190, y en general V. «La heterosexualidad», pp. 187-194 de la *ob. cit.* Ello no obsta, sin embargo, a que, tal y como pone de manifiesto IBARRA ROBLES, «(...) el reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico del matrimonio entre homosexuales al mismo nivel que el matrimonio entre hombre y mujer se presenta como una respuesta que otorga plena satisfacción a la demanda social existente sobre la cuestión, siendo además una respuesta que, desde el punto de vista normativo, ofrece la mayor seguridad jurídica y la más plena cobertura de los conflictos, lagunas y contradicciones que cualquier otra solución podría generar. Por otro lado, esta solución resulta absolutamente viable tanto desde el punto de vista constitucional como desde el punto de vista de la técnica normativa». Juan Luis IBARRA ROBLES, «El reconocimiento de los efectos jurídicos a las unio-

te regulación del Código Civil en este sentido, sólo es posible adoptar conjuntamente al hombre y la mujer, ya sean matrimonio (art. 175.1 CC) o bien una pareja (heterosexual) unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal (como dispone la ya estudiada DA 3.<sup>a</sup> Ley 21/1987, que expresamente hace referencia a «hombre y mujer», sin usar otros términos

---

nes de hecho en el ordenamiento español» en VVAA, *El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho. La perspectiva sueca y las tendencias legislativas de nuestro entorno*, Seminario organizado por la Fundación Internacional Olof Palme, Coord. Carlos Villagrana Alcaide, Barcelona, 1996, pp. 31-40 (en especial p. 35). V. la R.D.G.R.N. de 21 de enero de 1988 (donde la D.G.R.N., tras rechazar la posibilidad de contraer matrimonio entre dos homosexuales masculinos, argumentó su decisión, entre otras razones, en el hecho de que si tal matrimonio llegara a celebrarse, el mismo sería nulo por falta de consentimiento matrimonial, sosteniendo que a los homosexuales no se les niega el derecho al matrimonio: lo que sucede es que este derecho únicamente van a poder ejercerlo para con las personas que reúnan los requisitos legalmente establecidos para ello, y desde luego, una persona de su mismo sexo no lo es). V. Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, «Transexualismo. Cambio de sexo en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y del Tribunal Supremo» en *ArC*, vol. I, tomo I, 1997, p. 108 y ss.

Pero pese a ser ello así, cabe preguntarse qué sucede en el caso de los transexuales, puesto que estas personas legalmente han cambiado de sexo, por lo que se trataría de matrimonios celebrados entre personas de distinto sexo, e incluso, de solicitudes de adopción de pareja de hecho siendo uno de sus miembros (e incluso los dos) transexual. Nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse únicamente con relación a la posibilidad de celebración de un matrimonio cuando uno de los miembros de la pareja es transexual y la respuesta ha sido la negativa reiterada del derecho al matrimonio de los transexuales. V. STS de 2 de julio de 1987; STS de 15 de julio de 1998; STS de 3 de marzo de 1989 (y concretamente sobre estas dos Sentencias, V. José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «El transexualismo en el Derecho español (3): otras sentencias del Tribunal Supremo sobre el cambio de sexo» en *AC*, n.º 46, tomo III, 1990, pp. 719-741) y STS de 19 de abril de 1991. Todas estas sentencias, a pesar de que reconocen que el cambio de sexo efectivamente se ha producido, sostienen que estas personas no se pueden casar. V. también la R.D.G.R.N. de 2 de octubre de 1991 (que negó la posibilidad de casarse civilmente a un varón y un transexual, revocando el Auto del Juez de 1.ª Instancia que permitía tal enlace). V. Federico R. AZNAR GIL, «Las uniones homosexuales ante la legislación eclesiástica» en *REDE*, n.º 52, 1995, pp. 157-190; José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (a propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994) en *RDP*, octubre, 1998, pp. 683-736; M.ª Dolores DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y Francisco HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, 1999, pp. 109-112; Encarna ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, pp. 110-115; José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *RGD*, n.º 660, año LV, 1999, pp. 10689-10695. No obstante, la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 7 de Lérida, de 21 de septiembre de 1999, además de reconocer sin tapujos el derecho al cambio de sexo de los transexuales, concluye en afirmar que los mismos tienen derecho al matrimonio, sin que ello atente, como se ha querido ver hasta ahora, con el orden público español. V. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Transexualidad» en *ArC*, vol. II, tomo VIII, 1999, pp. 1764-1766. Ello no ha ocurrido solamente en esta ocasión, sino en otras muchas. V. M.ª Dolores MORENO-TORRES SÁNCHEZ, «Derecho al matrimonio del transexual operado» en *RDF*, n.º 8, julio, 2000, pp. 301-308 (en especial, pp. 305-306). En realidad, parece que recientemente se está produciendo una evolución de la que da fe la «Nota doctrinal de al D.G.R.N. sobre el posible matrimonio de un transexual» de fecha de 21 de marzo de 2001. En esta nota, la D.G.R.N. argumenta su postura en base a la cual ha permitido la celebración de matrimonios de homosexuales (V. en este sentido las dos R.D.G.R.N. de 8 de enero y la de 31 de enero de 2001 y un comentario a las mismas en el artículo de Javier LÓPEZ-GALIACHO PERONA, «Reflexiones en torno a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 y 31 de enero de 2001 sobre el derecho al matrimonio del transexual» en *PJ*, n.º 63, 2001, pp. 211-238). Con relación a la posibilidad de adopción por pareja de hecho transexual, como sostiene GUTIÉRREZ SANTIAGO, si hubiera decisiones judiciales «Seguramente (...) extrapolarían la negativa a la adopción conjunta por parejas homosexuales al ámbito de la transexualidad, siguiendo así la tendencia general que, hasta el momento, no admite la plena equiparación jurídica del transexual con las personas del nuevo sexo asumido por el mismo, negándole capacidad para aquellos actos relacionados directamente con la naturaleza sexual de las personas (...). Quizás, sin embargo, optando por un reconocimiento sin límites del cambio de sexo, de plantearse el asunto los tribunales lleguen en algún caso a admitir dicha posibilidad de adopción, dando así un paso más en el camino hacia la normalización jurídica y social de la transexualidad que, aunque en materia distinta de la adopción, ha dejado abierto la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de Lérida de 21 de septiembre de 1999 (...).» Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, pp. 57-58. Es interesante analizar los argumentos del Auto de la AP de Sevilla de 14 de junio de 1999 mediante el cual se concede la tutela de una menor a un transexual. V., sobre este Auto, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Transexualidad y tutela» en *ArC*, vol. II, tomo VIII, 1999, pp. 1751-1752.

en los que hubieran podido entenderse incluidas las parejas no heterosexuales, tales como miembros, componentes, integrantes de la pareja). El primer paso que ha de darse es dilucidar si una pareja de homosexuales puede tener la consideración de pareja de hecho en nuestro país, al ser ésta la única opción que existiría para que ambos realizaran una adopción conjunta (en tanto en cuanto, como se ha visto, en nuestro país los homosexuales no tienen derecho a contraer matrimonio entre sí)<sup>318</sup>. De lo expuesto ha de concluirse que sí pueden constituir pareja de hecho<sup>319</sup>, pero que les está vetada la adopción dual al estar dicha pareja compuesta por personas del mismo sexo. En este sentido se manifiestan algunas normas autonómicas<sup>320</sup>. Por tanto, una pareja de homosexuales que pretendiera adoptar conjuntamente vería inmediatamente rechazada su solicitud (tanto de adopción nacional como de internacional) al carecer de un requisito de fondo: no constituir una pareja heterosexual<sup>321</sup>. En este sentido se ha manifestado el Auto del Tribunal Constitucional 222/1994, de 11 de julio, que denegando la admisión a trámite de un recurso de amparo interpuesto contra la decisión de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (que negaba la pensión de viudedad a un conviviente homosexual) sostenía: «(...) *La unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento (...). En suma, se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a la unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se*

<sup>318</sup> V. en relación a la posibilidad que tienen estas parejas de acceder al matrimonio a Pedro A. TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Madrid, 1999, p. 57 y ss.

<sup>319</sup> V. en contra de la posibilidad de que se les tenga por familia, a Yolanda GÓMEZ, «La familia con adultos sustentadores del mismo sexo» en *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Serie IV: Monografía n.º 18, Madrid, 1990, pp. 283-284. Esta es la postura que sostiene la mayoría de la doctrina española, tal y como afirma Aurelia María ROMERO COLOMA, «Las uniones homosexuales en España: evolución histórica y situación jurídica actual» en *La Ley*, n.º 2, 1997, pp. 1862-1866 (V. p. 1865). Sin embargo, para esta autora, «(...) *lo decisivo para que la protección prevista por el citado art. 39 CE sea exigible será que exista una relación entre los convivientes con carácter de permanencia, de estabilidad, no entendida la misma en un sentido absoluto, y de perdurabilidad. (...) La orientación sexual que tengan los convivientes ha de ser, en principio, indiferente, y ello a pesar de que la legislación infraconstitucional, siguiendo las pautas tradicionales, tampoco acepta para las parejas de homosexuales el tratamiento jurídico de parejas de hecho o uniones extramatrimoniales (...). El concepto constitucional de familia presupone que el Estado se constituye en un sistema de tolerancia ideológica fundado en la dignidad humana, anterior a la formulación dogmática de un sistema de creencias.*» A favor de que se les tenga por familia, V. José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica» en *AC*, n.º 2, 8 al 14 de enero, 2001, pp. 59-80 (es especial, V. pp. 61-67).

<sup>320</sup> La Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón no impide que puedan tener la consideración de «pareja estable no casada» una pareja de homosexuales si cumplen los requisitos que con carácter general la norma impone a todas las parejas, pero expresamente les veta el derecho a solicitar una adopción conjunta cuando en su artículo 10.º dispone: «*Las parejas estables no casadas heterosexuales podrán adoptar conjuntamente*».

<sup>321</sup> Pese a ello, vuelvo a traer a colación y a transcribir la definición que la STS de 18 de mayo de 1992 ha ofrecido sobre lo que debe entenderse por pareja de hecho. Dice así la citada STS «(...) *la convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar*». No se refiere expresamente, como sí hace nuestra legislación, a la necesidad de que dicha pareja esté compuesta necesariamente por personas de diferentes sexos. V. la interesante reflexión de Pedro A. TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Madrid, 1999, p. 32 y ss. V., también, Luis María BAUTISTA GONZÁLEZ, «La problemática de las uniones extramatrimoniales en el proceso de familia» en *Usus Iuris*, n.º 7, 1996, p. 10.

*pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo».*

Siendo ésta la situación, he de analizar qué argumentos jurídicos, si los hay, frenan esta vía de adopción. Lo que aquí se razona no es más que una propuesta de *lege ferenda* que pretende hacerse eco de la realidad social.

Ciertamente, es una realidad que en nuestro país al igual que en muchos otros, los colectivos de homosexuales vienen ya desde hace tiempo reivindicando el derecho a poder ser valorados para solicitar la adopción de un menor. Sin embargo, todas y cada una de las diversas Proposiciones de Ley que han venido tramitándose en el Congreso de los Diputados, con excepción de las de Izquierda Unida<sup>322</sup>, niegan a las parejas de homosexuales la posibilidad de que les sea valorada su idoneidad para adoptar conjuntamente<sup>323</sup>. Por lo que respecta a la legislación de las Comunidades Autónomas, debe afirmarse que la mayoría de ellas se ajustan en este aspecto a la legislación civil vigente (a la normativa del Código Civil), por lo que no se permite adoptar conjuntamente a parejas del mismo sexo<sup>324</sup>. No obstante, del tenor literal de algunas leyes autonómicas tal vez podría deducirse lo contrario, tal y como sucede con el art. 32.1.a. de la Ley 3/1997 de Galicia cuando habla de: «(...) *solicitudes conjuntas por cónyuges o parejas con relación estable análoga a la conyugal (...)*», sin que expresamente mencione la necesidad de la heterosexualidad en la pareja. Es llamativo el caso de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre de la Comunidad Autónoma Valenciana, que en su art. 28 pfo. 1.º *in fine*<sup>325</sup> establece que:

*«La adopción se regirá, en cuanto a su constitución y efectos, por lo que dispone la legislación civil del Estado. (...) No será en ningún caso considerada una medida discriminatoria para conceder una adopción, el tipo de núcleo de convivencia familiar por el que hayan optado libremente aquellos o aquellas que soliciten la adopción.»*

De acuerdo con el último inciso del precepto, parece que una pareja homosexual valenciana podría perfectamente reunir todos los requisitos que se exigen para iniciar los trámites de una adopción<sup>326</sup>. Son, sin embargo, muchos los autores que han criticado duramente esta interpretación<sup>327</sup>, por cuanto choca directamente con la normativa civil estatal actualmente vigente (a la que, por otra parte, la misma Ley se somete). A ello hay que añadir el hecho de que ya desde el

<sup>322</sup> Pueden citarse dos, si bien ninguna de ellas fue aprobada: la Proposición de Ley 122/000049, de Medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho, de 4 de noviembre de 1996 (BOCG de 15-11-96) y la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya el 10 de abril de 1997 (n.º 122/000069) de Igualdad jurídica para las parejas de hecho (BOCG de 10-4-97). En las dos se preveía la siguiente modificación de la DA 3.ª de la Ley 21/1987: «*Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor, serán también aplicables a los integrantes de una pareja unidad de forma estable, por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual.*».

<sup>323</sup> V. con carácter general, Victoria CAMARERO SUÁREZ, «Estudio sobre las iniciativas parlamentarias sobre uniones no matrimoniales» en *RGD*, año LV, n.º 655, abril de 1999, pp. 3553-3578.

<sup>324</sup> A modo de ejemplo puede citarse el art. 73 (Procedimiento de declaración de idoneidad) de la LAIM de la Comunidad Autónoma Canaria que establece en su apdo. 1 que: «*Podrán solicitar ser adoptantes las personas y parejas, matrimoniales o de hecho que, reuniendo los requisitos previstos en el Código Civil (...)*».

<sup>325</sup> Este párrafo fue introducido por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Izquierda Unida y apoyada por el Partido Socialista en el Proyecto de Ley que se presentó ante las Cortes Valencianas, que en un principio no lo recogía.

<sup>326</sup> V. Nicolás PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho Español*, Granada, 1996, p. 260 y ss.

<sup>327</sup> V., entre otros, Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1998, p. 46-48, y, de la misma autora, «Algunas consideraciones de las leyes de la infancia y de la adolescencia de las Comunidades Autónomas» en *VVAA, I Jornadas de Protección al Menor en España y su*

año 1707 los Decretos de Nueva Planta de Felipe V eliminaron la capacidad de la Comunidad Valenciana para legislar en materia civil, por cuanto cualquier innovación en este campo puede perfectamente ser considerada como una extralimitación de sus competencias<sup>328</sup>.

Por su parte, el Parlamento de la CA de Cataluña aprobó el 30 de junio de 1998 la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja<sup>329</sup> (que entró en vigor el 23 de octubre de 1998, tres meses después de la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña), pionera en esta materia a nivel europeo, se encuentra dividida en dos capítulos: el primero dedicado a la unión estable heterosexual (arts. 1-18), y el segundo dedicado a la unión estable homosexual (arts. 19-35), definiendo el art. 19 a las parejas homosexuales como «(...) *aquellas parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a esta regulación en la forma prevista*». Esta Ley afirma en el pfo. 2.º *in fine* de su Preámbulo que las parejas homosexuales: «(...) *tienen vedado el paso a aquella institución* (refiriéndose al matrimonio)», y en el pfo. 9.º se vuelve a recalcar esta idea: «*La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee*». Sin embargo, en el articulado de esta norma no existe precepto alguno que les niegue expresamente este derecho, si bien hay que llegar a tal conclusión de una interpretación *a sensu contrario* del art. 6, que reserva el matrimonio únicamente para la pareja heterosexual<sup>330</sup>.

El 22 de junio de 2000, las Cortes de la Comunidad Foral de Navarra aprobaron la Ley autonómica más innovadora, por lo que a esta materia se refiere, existente en nuestro país. Es la Ley

*protección hacia Iberoamérica*, Madrid, 1999, pp. 157-167 (en especial, p. 164); Francisco Javier GARCÍA MÁZ, «Las uniones de hecho: su problemática jurídica» en *RCDI*, año LXXIV, n.º 648, septiembre-octubre de 1998, p. 1515; Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Peculiaridades del Derecho Civil valenciano en el ámbito de la protección al menor» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. V, Madrid, 2000, pp. 2887-2888. Concretamente esta autora critica duramente la Ley valenciana con acierto al afirmar que no existe razón alguna para que «(...) *una norma que contiene un principio de no discriminación tenga que introducirse en materia de adopción. Esto desvirtúa la esencia misma de la adopción, porque parece reconducirla a una cuestión de derechos. (...) lo que ha querido señalar el art. 28 (...) es que no debe discriminarse, a la hora de valorar la idoneidad del adoptante, por el tipo de convivencia familiar por el que hayan optado libremente aquellos o aquellas que soliciten la adopción, pronunciamiento que no puede interpretarse como una declaración de los derechos de los adoptantes, ya que en esta materia lo que se debe tener en cuenta es el principio del interés superior del menor*». V. también José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica» en *AC*, n.º 2, 8 al 14 de enero, 2001, pp. 59-80 (es especial, p. 67 nota al pie n.º 17).

<sup>328</sup> No obstante, la cuestión no está tan clara; al menos ha dejado de estarlo tras la aprobación por la CA valenciana de su Estatuto de Autonomía, ya que éste, en su art. 3.2 atribuye a la CA la competencia exclusiva sobre «(...) *conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil valenciano*». Por todo ello, la STC 121/1992, de 28 de septiembre, dictada a raíz de un recurso de inconstitucionalidad, en vez de declarar inconstitucional el precepto, opta por admitir dicha competencia, si bien la reduce al máximo, concretándola en un tema menor (los arrendamientos históricos). V. Vicente GARRIDO MAYOL, «Leyes estatales, leyes autonómicas, derecho supletorio (A propósito de la primera Sentencia de casación en materia de Derecho Civil valenciano)» en *RGD*, n.º 606, año LI, 1995, pp. 1565-1576; Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.8 de la Constitución» en *Derechos Civiles de España*, vol. I, Madrid, 2000, pp. 95-125 (y en particular, pp. 98-100).

<sup>329</sup> Si bien ésta fue la denominación que finalmente se aprobó, en el Proyecto de Ley se hacía referencia a «Relaciones de convivencia diferentes al matrimonio», expresión que fue, en mi opinión, acertadamente sustituida por la existente en el texto final, publicado en el BOE n.º 198, de 19 de agosto de 1998. V. los interesantes artículos sobre esta Ley de Miquel MARTÍN CASALS, «Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja» en *DPC*, n.º 12, año 6, enero-diciembre de 1998, pp. 143-187; Juan José LÓPEZ BURNIOL, «La Ley catalana de uniones estables de pareja» en *RJC*, año XCVIII, n.º 3, 1999, pp. 641-675; M.ª Dolores MONTALVO MARTÍNEZ, «La Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja» en *Derechos Civiles de España*, vol. III, Madrid, 2000, pp. 1391-1442; Pedro A. TALAVERA FERNÁNDEZ, «Les unions homosexuals en la Llei d'unions estables de parella. Aproximació crítica» en *RJC*, n.º 2, 2000, pp. 9-32 (especialmente, pp. 21-32); Elisa PÉREZ VERA, «Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 131-138.

<sup>330</sup> A favor, V. José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica» en *AC*, n.º 2, 8 al 14 de enero, 2001, p. 79.

Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables<sup>331</sup>, que goza del apoyo casi mayoritario de todos los grupos parlamentarios, si bien la misma ha sido recurrida por inconstitucionalidad<sup>332</sup> por el Partido Popular (en Navarra, la Unión del Pueblo Navarro, que fue el único partido que no prestó su conformidad). La generalidad con la que se expresa la norma da cobertura legal a una posible adopción por parte de una pareja de hecho homosexual que resida en la CA, si bien hasta la fecha (abril de 2003) ninguna pareja de homosexuales ha solicitado la adopción conjunta. La Ley establece en su art. 8.1 que «*Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio*»<sup>333</sup>. La cuestión se centra no en una permisividad expresa frente a la adopción por parejas homosexuales (cosa que sí habría ocurrido de haber establecido la norma un precepto redactado de la siguiente manera: «Se reconoce el derecho a que sea valorada la idoneidad para adoptar por parte tanto de las parejas de hecho heterosexuales como de las homosexuales»), sino, en la generalidad con la que se manifiesta el legislador navarro, de tal manera que parece estar dando cobertura para adoptar a todas las parejas estables, con independencia de su orientación sexual. Ha sido precisamente esta interpretación la que saltó a los medios de comunicación en la época de promulgación de la norma<sup>334</sup>. GAVIDIA SÁNCHEZ<sup>335</sup> llega a la conclusión de que «*lo que la ley navarra está posibilitando es que, cuando el Juez considere idóneos a los solicitantes de una adopción y que ésta es conveniente para el interés del adoptando, no deje de aprobar esa adopción, por el hecho de que aquéllos sean del mismo sexo. Lejos, por lo tanto, de perjudicarse al menor; lo que se está haciendo es aumentar las posibilidades de favorecerle, encontrándole una pareja idónea para educarle y cuidarle, con independencia del sexo de los que la integran*».

Lo cierto es que la argumentación esgrimida por los detractores de que la adopción pueda ser llevada a cabo por parejas de hecho heterosexuales<sup>336</sup>, no son aplicables a las parejas homosexuales ya que, hoy por hoy, aunque quisieran no podrían casarse al impedirlo la normativa matrimonial cuando establece que sólo es posible contraer matrimonio entre el hombre y la mujer (art. 32 CE y art. 44 CC). Con relación a este aspecto coincido plenamente con los argumentos expuestos por MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>337</sup> (si bien este autor procede seguidamente a rechazarlos) cuando explica que «*(...) en primer lugar son los individuos quienes deben decidir, según sus propias preferencias, intereses o sentimientos, el contenido que dan a su afectividad y a sus relaciones sexuales (...); a continuación que al Estado, en virtud de los principios de pluralismo, tolerancia y neutralidad, del derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, no le quedaría otro papel (ni otro remedio) que reconocer y tutelar esa elección personal de cada uno de sus*

<sup>331</sup> BON n.º 82, de 7 de julio de 2000. V. sobre esta Ley, Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ, «Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables» en *AC*, n.º 17, 2001, pp. 605-643; Javier NANCLARES VALLE, «La adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio» en *ArC*, II, 2001, pp. 2185-2227.

<sup>332</sup> V. los argumentos esgrimidos por GAVIDIA SÁNCHEZ para sostener que dicha ley es constitucional. V. Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ, «Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables» en *AC*, n.º 17, 2001, p. 639 y ss.

<sup>333</sup> V., concretamente sobre este precepto, el epígrafe cuarto del artículo de Javier NANCLARES VALLE, «La adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio» en *ArC*, II, 2001, pp. 2193-2212.

<sup>334</sup> V., en contra de la Ley navarra, José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica» en *AC*, n.º 2, 8 al 14 de enero, 2001, p. 67.

<sup>335</sup> V. Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ, «Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables» en *AC*, n.º 17, 2001, pp. 637-638.

<sup>336</sup> V. a modo de ejemplo, Ana Isabel GIMENO FERRER y María Teresa MARTÍNEZ FANDÓS, «¿Tan difícil resulta adoptar en nuestro país? La adopción más allá de nuestras fronteras» en *La Ley*, n.º 4219 y 4220, tomo I, 1997, p. 1924.

<sup>337</sup> Carlos Martínez DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, 1996, pp. 159-160.

ciudadanos, al modo como reconoce y tutela dicha elección cuando recae sobre la opción matrimonial; y, por último, que dicho reconocimiento y tutela deberían formalizarse bien a través de la calificación como matrimonio de cualquiera de dichas opciones personales, bien mediante la predisposición de un régimen jurídico especial, equiparable (en cuanto a derechos, facultades, beneficios, etc. de los implicados) al matrimonial. En su manifestación más extrema, este planteamiento desembocaría (...) en la admisión del matrimonio entre homosexuales: es decir (...) en rellenar la «cáscara matrimonial» (las formalidades del matrimonio) con el contenido de una relación homosexual, que es el querido por los «cónyuges».

Se trata de un grupo social diferente que requiere su estudio para llegar a conclusiones coherentes con la realidad de la que emana. Según TALAVERA FERNÁNDEZ<sup>338</sup>: «Fuera de este estatuto básico, sería el consenso social el que debería decidir sobre determinados efectos. No cabría, en ningún caso, establecer discriminaciones normativas en los aspectos de tipo económico, patrimonial, indemnizatorio por disolución de la convivencia, administrativo, laboral, asistencia, fiscal o sucesorio, derivados de la existencia de una unión de hecho. Existen, sin embargo, algunos aspectos donde la falta de consenso (...) podría aconsejar de manera provisional (...) una normativa diferente (...) como la adopción conjunta, la patria potestad compartida sobre los hijos de una de las partes, la custodia de los hijos del otro conviviente, o la inseminación artificial en caso de lesbianas».

Hay que partir de la base de cuál es el límite que tiene el Derecho en esta materia, esto es: ¿tiene o no el Derecho competencias en la regulación de la orientación homosexual? La respuesta no puede ser otra que la afirmativa, por lo que hay que analizar el porqué se intenta evitar por parte del legislador afrontar la regulación de una realidad social incuestionable como la expuesta. En mi opinión, el reparo que se tiene a dar cobertura legal al derecho de adopción a estas parejas se centra fundamentalmente en las repercusiones que ello pueda ocasionar en un futuro, basadas principalmente en el peculiar «ejemplo» que las personas que van a educar al menor le pueden proporcionar. Estas posturas vienen avaladas por numerosos psicólogos, terapeutas, y demás técnicos y especialistas en la materia. La misma Asociación Española de Pediatría se ha pronunciado en tal sentido<sup>339</sup>. Sin embargo, en mi opinión, no se trata de hacer «pruebas» de adopciones de este tipo para ver qué tal resultan y de esta manera optar finalmente por una u otra solución. La realidad ofrece multitud de casos (la mayoría de los conocidos están en los Estados Unidos) en los que menores que han sido educados por homosexuales (siendo por regla general uno de los miembros de la pareja homosexual progenitor biológico del menor) se han desarrollado normalmente, sin que la particular situación de sus «padres» o «madres» les haya condicionado su desarrollo social, sexual, emocional, cultural u otro de cualquier otra índole. Estos menores se han convertido en adultos totalmente normales sin que hayan sufrido mayor rechazo social que el que pueden sufrir otros colectivos en las sociedades actuales (raza, religión,...)<sup>340</sup>. Además, se da la circunstancia de que muchas de estas parejas están dispuestas a adoptar a menores que se consideran «de difícil adopción». Tal vez al percatarse del rechazo que sufren ellos mismos por parte de diversos sectores de la sociedad, les haga ser más conscientes de muchos problemas que otras personas no se plantean o no están dispuestas a asumir.

Por otra parte, dada la regulación jurídica existente en nuestro país ya apuntada, nada impide que un homosexual por sí solo adopte y que una vez formalizada la adopción inicie una relación

---

<sup>338</sup> Pedro A. TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Madrid, 1999, p. 66.

<sup>339</sup> Un Informe de la Sociedad de Psiquiatría de Valencia considera que la adopción por homosexuales debe ser considerada como un «(...) ensayo biomédico que conllevará consecuencias biológicas, psicológicas, antropológicas y sociológicas» en los hijos adoptivos.

<sup>340</sup> Ejemplo de ello es el que citan Pilar CERNUDA y Margarita SÁENZ-DIEZ, «Polémica sobre la adopción homosexual» en *Los hijos más deseados*, Madrid, 1999, pp. 144-145.

de pareja estable homosexual. En este caso, dado que la adopción es irrevocable ¿qué sucedería? Ciertamente es que únicamente sería padre o madre, según sea el caso (y por tanto titular de la patria potestad), el que realizó la adopción, pero a todos los efectos, el otro miembro de la pareja estaría llevando a cabo en la práctica las funciones inherentes a su rol de padre o madre. Entonces ¿cada vez que una persona soltera solicite adoptar deben investigarse sus inclinaciones sexuales (cosa que sería cuando menos inconstitucional)? ¿No es posible que una pareja heterosexual adopte y que luego falleciendo uno de ellos (o incluso mediando un divorcio en el que se le concede la guarda y custodia al otro miembro de la pareja) el superviviente inicie una convivencia estable con una persona de su mismo sexo? De esta manera pueden plantearse muchos supuestos que ponen en duda la razón de ser de esta exclusión legal de posibles adoptantes. Únicamente puede afirmarse que el origen de esta prohibición se encuentra en la defensa del legislador de valores tradicionales, que como la realidad social demuestra día a día, se hallan totalmente anquilosados en el pasado. A mi modo de ver, es un perfecto ejemplo de un supuesto en los que el Derecho no actúa de acuerdo con la realidad social, sino que se encuentra varios pasos por detrás de la misma, cosa para todos reprochable.

Pero ¿qué sucede con el principio de imitación a la filiación por naturaleza que rige en toda adopción? Pese a lo hasta ahora expuesto, no cabe otra posibilidad que afirmar que choca directamente con la posibilidad de que una adopción pueda ser realizada por una pareja homosexual, puesto que éstos no pueden por sí mismos procrear. Sin embargo, ¿no es igualmente cierto que una persona sola no puede por sí misma procrear? Es tan cierto que una pareja de homosexuales no van a poder concebir un hijo por sí mismos como que una persona por sí sola, independientemente de sus orientaciones sexuales, no va a poder tampoco hacerlo. Entonces, si se interpreta el principio de que toda adopción debe imitar a la naturaleza para defender la imposibilidad de que las parejas homosexuales puedan tener adoptar, ¿qué argumentos pueden usarse para entender vigente el mismo principio en el caso de adopciones por personas solas? Más coherente sería sin duda el sistema, si nuestro país, al igual que lo hacen otros, no permitiera la adopción a personas solas (cosa que no comparto), pues de esta manera sí se estaría salvaguardando la regla romana de *adoptio imitatur naturam*. Pero, ¿no se vulneraría también, bajo esta óptica, el principio de que la adopción imita a la naturaleza cuando se plantea la adopción por parte de una pareja heterosexual estéril? La conclusión a la que ha de llegarse, desde mi punto de vista, es que el verdadero sentido de este principio no es otro que el identificar, en la medida de lo posible, todos y cada uno de los efectos que se derivan de una adopción a los que produce la filiación biológica, pasando el adoptado a ser considerado hijo de los adoptantes con todas las repercusiones que ello implica. No pueden ser asimilables otras relaciones humanas (tales como una pareja de hermanos, de amigos) a la relación que debe necesariamente unir a los adoptantes: ésta ha de ser la de una pareja estable equiparable a la que puede engendrar hijos, por lo que ha de estar unida por relaciones de afectividad, vocación de permanencia y relaciones sexuales.

Ciertamente, también pueden existir parejas homosexuales que no estén capacitadas para hacerse cargo de un menor. No se está afirmando desde estas líneas que puedan adoptar todas las parejas homosexuales que lo desean. Tan sólo se está defendiendo que exista esa posibilidad. Serán las oportunas pruebas (psicológicas, sociales) a las que se les someta las que determinarán, y en última instancia el Juez o autoridad que constituya la adopción, los que valorarán la conveniencia para ese menor de constituirse o no la adopción para preservar de esta manera el interés superior del menor, que es en todo momento la base del entramado argumental expuesto, y que paradójicamente, es el principal argumento que usan los detractores de la tesis aquí sostenida para defender su postura. Así, mientras ellos consideran que negándoles a las parejas de homosexuales la posibilidad de que adopten conjuntamente se está protegiendo y salvaguardando el interés superior del menor, desde mi punto de vista, únicamente se estará salvaguardando el mismo si en cada caso concreto se estudia a cada una de estas parejas con el fin de poder considerarlas

idóneas para la adopción o no<sup>341</sup>. Lo que no puede hacerse es excluirlos *a priori* del proceso únicamente por su condición de homosexuales<sup>342</sup>. En este sentido, soy consciente de que hay un largo camino que recorrer, pero no me cabe la menor duda de que aún cuando hoy estas palabras puedan parecer innovadoras, las futuras generaciones se plantearán cada vez con más frecuencia estos interrogantes, como tantos otros, y que finalmente, tal y como ya han hecho otros países el ordenamiento jurídico español se abrirá a ésta y muchas otras cuestiones que dejarán poco a poco de ser polémicas.

Por lo que respecta a las adopciones internacionales, lo realmente relevante para nuestro Derecho es que una pareja de homosexuales españoles realice conjuntamente una adopción en un país que lo permita (como sería el caso de Holanda, si bien para ello al menos uno de los dos miembros de la pareja debiera ser holandés) y posteriormente dicha pareja se traslade a nuestro país y pretenda obtener el reconocimiento de la adopción. Con toda probabilidad, esta adopción se encontraría con múltiples trabas para obtener el reconocimiento en nuestro país, como se pondrá de manifiesto en el apartado dedicado al reconocimiento de las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera.

### 2.3. Las prohibiciones legalmente previstas para adoptar

Pese a que se cumplan todos y cada uno de los requisitos exigidos por nuestro Derecho, es posible que se incurra en alguno de los supuestos que nuestro ordenamiento excluye tajantemente de la adopción<sup>343</sup>. El motivo por el que el legislador español ha estimado a bien introducir estas prohibiciones no es otro que el considerar que *a priori* ya se revela claramente la inidoneidad de la persona que tiene prohibido adoptar (considerándosele, por tanto, incapaz para ello)<sup>344</sup> así como la no protección del interés superior del menor con la constitución del vínculo adoptivo en cuestión. Realmente estas prohibiciones no van a tener, por regla general, repercusión práctica alguna en lo que a la constitución de las adopciones internacionales se refiere (sobre todo si se parte del supuesto más frecuente en el que las mismas se llevan a cabo: adopción de menor extranjero por adoptantes españoles constituida ante la competente autoridad extranjera). Sin embargo, si pudieran darse supuestos en los que estas prohibiciones sean aplicables, lo cuál sucederá básicamente cuando un adoptante español al que nuestro Derecho tiene prohibido adoptar (bien a un menor en particular, por los especiales lazos que le unen a él, o bien con carácter general) constituye esa adop-

<sup>341</sup> V. Encarna ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999, pp. 256-257.

<sup>342</sup> V. Mark STRASSER, «The custody and adoption of children» en *Legally Wed (Same-Sex Marriage and the Constitution)*, Londres, 1998, pp. 75-99.

<sup>343</sup> Nuestra legislación recogía antiguamente otras muchas prohibiciones para poder adoptar, que poco a poco han ido desapareciendo de nuestro ordenamiento. Cabe destacar, entre otras, la prohibición que recogía en su antigua redacción el art. 174.1 CC, relativa a la imposibilidad de adoptar de los eclesiásticos, si bien tal inclusión fue criticada por la doctrina en el sentido de que debía ampliarse haciendo alusión únicamente a la prohibición de adoptar de las personas que tienen prohibido el matrimonio. V. Miguel CASALS COLLDECARRERA, Voz «Adopción» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, Barcelona, 1950, p. 400. Esta prohibición fue suprimida por la Ley 21/1987, si bien tal y como sostenía ya por entonces parte de la doctrina civilista (entre quienes se puede citar a BERCOVITZ), dicha prohibición carecía de razón de ser aún antes de su derogación expresa por parte de la citada Ley en tanto en cuanto la entrada en vigor de nuestra Constitución de 1978 así lo indicaba. V. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios a los artículos 172 a 180 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Manuel Albaladejo, tomo III, vol. 2.º, Madrid, 1982, p. 306. V. también, aunque con relación a la posibilidad de que puedan adoptar los albaceas, Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA, «¿Pueden adoptar los albaceas? (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1982)» en *La Ley*, tomo II, 1982, pp. 903-908.

<sup>344</sup> V. Martín GARRIDO MELERO, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1999, p. 433.

ción «prohibida» ante la competente autoridad extranjera y pretende obtener el reconocimiento e inscripción de la misma ante nuestras autoridades (piénsese, por ejemplo en el caso de un matrimonio formado por un español y un extranjero adopta conjuntamente a un menor en el extranjero y, tras solicitar el reconocimiento y la inscripción de dicha adopción en nuestro país se constata que el adoptado extranjero es realmente hijo biológico del adoptante español).

El art. 175.3 apdos. 1.º y 2.º CC disponen que no puede adoptarse:

«1.º A un descendiente.

2.º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.»

La prohibición de adopción entre parientes en línea recta por consanguinidad, esto es, la adopción de un descendiente (como por ejemplo que unos abuelos pretendieran adoptar a su nieto), independientemente de que la filiación sea o no matrimonial (puesto que es indiferente en virtud del art. 108 CC), ha de considerarse como positiva, puesto que existe un innegable parentesco biológico entre ambas partes que se enmascararía con la constitución del vínculo adoptivo. Hay que tener en cuenta que se está así respetando el interés del menor, que no perderá su identidad ni verá enmascarada su filiación biológica dentro de su propia familia de origen, además de que no se le crearán conflictos afectivos. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un menor de cierta edad, que se queda de pronto huérfano y que a raíz de la constitución de la adopción, la persona que él había visto siempre como su abuelo materno, pasa a ser su padre, adquiriendo incluso, hasta los apellidos de éste. Legalmente se convertiría en hermano de su madre fallecida lo cual es un absurdo pues se estarían alterando gravemente las relaciones de parentesco por naturaleza que ya existían. Con todo, el legislador intenta también evitar que tras la adopción se esconda el deseo de ocultar relaciones ilegítimas o deshonorosas (piénsese en aquellos supuestos, bastante frecuentes hasta no hace mucho tiempo, en los que se pretende adoptar al propio hijo concebido fuera del matrimonio para no tener que desprenderse de él y sin tener que hacer uso de la acción de reconocimiento de la filiación). En definitiva, esta prohibición es una clara consecuencia de la asimilación de la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza que rige en nuestra normativa.

Sin embargo, he de señalar que ésta no es una opinión unánime en la doctrina ya que hay autores que defienden la conveniencia de crear un vínculo adoptivo en estos supuestos, opinión que no comparto<sup>345</sup>. Considero que lo realmente importante es que esta prohibición no impide que se pueda constituir otra institución de protección (como por ejemplo la tutela) en favor de ese ascendiente, que conlleve que el menor quede bajo su custodia, consiguiéndose de esta otra manera los mismos resultados que con la adopción sin alterar la realidad paterno-filial del menor (que en el ejemplo expuesto, seguirá siendo huérfano).

Queda excluido del ámbito de esta prohibición (pues no se incluye expresamente) el parentesco en línea recta por afinidad (como por ejemplo sería la posible adopción de los suegros de su nueva o yerno)<sup>346</sup>. Huelga decir que, si bien es cierto que ni este precepto ni ningún otro hace alusión expresa a la prohibición de adoptar ascendientes, procede de esta manera porque se considera totalmente inviable dicha posibilidad por cuanto los descendientes que quisieran adoptar a su ascendiente nunca iban a cumplir los requisitos exigibles para poder hacerlo (la diferencia de edad

<sup>345</sup> A favor de la adopción de nietos por parte de sus abuelos, V. Eduardo MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, «Comentarios al Proyecto de Ley sobre adopción» en *BLAGN*, n.º 80, agosto, 1987, pp. 1319-1320; José Antonio ÁLVAREZ CAPE-ROCHIPI, *Curso de Derecho de Familia*, tomo II, Madrid, 1988, p. 175; Ramón DURÁN RIVACOBIA, «Adopción por los abuelos maternos contra la voluntad del progenitor (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1989)» en *La Ley*, n.º 3, 1989, pp. 838-844.

<sup>346</sup> V. José Manuel LETE DEL RÍO, «Personas que pueden adoptar y ser adoptadas» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, p. 488.

y la necesidad de que exista una edad mínima entre adoptante y adoptando, entre otros muchos). Por tanto, está implícitamente prohibida la adopción de ascendientes.

La misma valoración positiva dada a la prohibición de adopción de un descendiente, una vez analizada la verdadera naturaleza de la adopción, hay que realizar a la prohibición de adopción de un pariente de segundo grado de la línea colateral por consanguinidad. En este supuesto también da igual que sea pariente por una unión matrimonial como por una que no lo es, puesto que en ambos casos operará la prohibición. Se está impidiendo, por ejemplo, que un hermano pueda adoptar a otro hermano.

No obstante, la doctrina<sup>347</sup> ha criticado, con razón, el hacer extensiva la prohibición a la línea colateral por afinidad, puesto que no se entiende muy bien que ello redunde en todos los casos en un beneficio para el menor (tal y como sucede, por ejemplo, en una hipotética adopción entre cuñados<sup>348</sup>). Tampoco parece coherente con esta prohibición que no se encuentre incluida la prohibición de adoptar por parentesco en línea recta por afinidad, como ya apunté con anterioridad. De *lege ferenda* sería necesario dar uniformidad a esta materia optando por uno u otro criterio.

Por su parte, el art. 175.3 apdo. 3.º CC recoge otra prohibición a adoptar. De acuerdo con este precepto, no puede adoptarse:

«3.º A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.»

La obligación del tutor de rendir cuenta general de la tutela justificativa de su administración ante la Autoridad judicial, en un plazo máximo de tres meses (prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa) una vez que cesa en el ejercicio de sus funciones, viene impuesta por el art. 279 pfo.1.º CC. Esta prohibición (de adopción por parte del tutor que no ha llevado a cabo la cuenta general de la tutela de acuerdo con los requisitos legalmente establecidos para ello), tradicional en nuestro Derecho<sup>349</sup>, también es aplaudida por la doctrina civilista. Se considera que gracias a ella se está salvaguardando, básicamente, el patrimonio del pupilo, que pudiera verse seriamente perjudicado si el tutor eludiera la responsabilidad que tendría por una incorrecta administración de los bienes. Es una prohibición basada en una precaución del legislador, que desaparecerá definitivamente una vez que sea aprobada la cuenta general justificada de la tutela (de ahí su calificación de «prohibición relativa» para adoptar).

PUIG BRUTAU<sup>350</sup> sostiene, sin embargo, una excepción a lo que parece, dado el tenor literal del art. 175.3 3.º CC, una regla general imperativa. Él considera que si el tutor ha sido nombrado con la asignación de frutos por alimentos, supuesto que ampara el art. 275 CC (redactado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre), la limitación de la posibilidad de realizar una adopción hasta que se apruebe la cuenta general de la tutela carece de sentido, puesto que dicha prohibición tiene su razón de ser en el mantenimiento del patrimonio del menor en el estado que más favorezca a sus intereses. Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ<sup>351</sup> estima que la prohibición que recoge el art. 175.3 3.º CC tampoco puede ser sostenida para aquel tutor «(...) cuya función se extiende exclusivamente a la persona

<sup>347</sup> V. Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, p. 167.

<sup>348</sup> Para algunos autores tiene menos fundamento que la relación entre cuñados impida la adopción. V. por todos, José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral*, tomo 5.º, vol. 2.º, Madrid, 1995, p. 423.

<sup>349</sup> Como sostiene Miguel CASALS COLDECARRERA, Voz «Adopción» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, Barcelona, 1950, p. 400, «Ya en el Derecho Romano no se atendía especialmente al requisito de que la adopción no pudiera resultar perjudicial para el adoptado, y, en su mérito, un pobre no podía adoptar a un rico, sino prestando fianza».

<sup>350</sup> V. José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, Barcelona, 1985, p. 223.

<sup>351</sup> Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, p. 165.

*del pupilo*» sin que tenga facultad alguna de administración sobre el patrimonio del tutelado, opinión que comparto.

Algunos autores<sup>352</sup> defienden que, por analogía (art. 4.1 CC), y siempre para dar cumplimiento al principio de prevalencia del interés del menor sobre cualquier otro concurrente, puede entenderse que esta prohibición también opera en los casos de curatela instituida mediante una sentencia de incapacitación (art. 287 CC) que estableciese que el curador sea el administrador de los bienes del incapacitado (o de algunos de ellos) y que tenga la obligación de rendir cuentas de esta administración. Lo mismo sucedería en aquellos supuestos en los que el guardador de hecho se encuentre ante la obligación de rendir cuentas, de acuerdo con lo establecido en el art. 303 CC (si bien en este precepto en realidad se habla de «medidas de control y vigilancia»).

Por otra parte, la doctrina se ha planteado si es necesario que la tutela se extinga para que el tutor pueda adoptar a su pupilo o si basta con que se apruebe la cuenta general de la misma<sup>353</sup>. Coincido con los autores que defienden que basta con la preceptiva obligación de que se haya aprobado la cuenta general, por lo que la tutela se extinguiría una vez que se constituye la adopción. De esta manera, el adoptando se encuentra protegido por la tutela durante todo el procedimiento constitutivo de la institución adoptiva. El procedimiento, según LETE DEL RÍO<sup>354</sup> que sigue en este punto a GARCÍA CANTERO (si bien matiza la solución ofrecida por este autor), se llevaría a cabo de la siguiente manera: «(...) el tutor habrá de manifestar su intención de adoptar y, por dicha razón solicitar de la Autoridad judicial que se proceda a suspenderlo de sus funciones de administración, nombrándose a tal efecto un defensor judicial, el cuál habrá de representar al tutelado y, por consiguiente, ser oído acerca de la aprobación de la cuenta general de la tutela, además de ser oído respecto de la adopción».

#### IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD NECESARIAS PARA CONSTITUIR UNA ADOPCIÓN DE ACUERDO CON LO PREVISTO EN EL DERECHO ESPAÑOL

De la rúbrica de este epígrafe se deduce claramente el hecho de que existen diferentes tipos de intervenciones (concretamente tres: consentimientos, asentimientos y audiencias) para constituir una adopción<sup>355</sup>. El problema más importante que se plantea con relación a ellas (y que se tratará de resolver en los siguientes apartados), ya lo puso de manifiesto el Auto de la AP de Barcelona de 9 de febrero de 1998: «(...) la eficacia de unas y otras; es decir, si constituyen o no *condicio iuris* para la validez de la decisión judicial». Pero la cuestión, desde el punto de vista de la adopción internacional, adquiere una visión distinta: por un lado se plantea la posibilidad de que se aplique el Derecho español en los supuestos de adopciones de menores extranjeros que ya se encuentran en nuestro país, y por otro, es interesante analizar lo establecido a este respecto por nuestro ordenamiento para estudiar si cabe o no reconocer e inscribir una adopción constituida en el extranjero. En este sentido, ¿podría considerarse oponible la excepción de or-

<sup>352</sup> V. en este mismo sentido, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, «IV. Acogimiento y adopción» en *El nuevo régimen del Derecho de Familia*, VVAA, Madrid, 1989, p. 86.

<sup>353</sup> V. José Manuel LETE DEL RÍO, «Personas que pueden adoptar y ser adoptadas» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, p. 489.

<sup>354</sup> José Manuel LETE DEL RÍO, «Personas que pueden adoptar y ser adoptadas» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, p. 489.

<sup>355</sup> V. Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ, «Las manifestaciones de voluntad en la constitución de la adopción» en *RGD*, año XLIX, n.º 583, 1993, pp. 2745-2756; Antonio Javier PÉREZ MARTÍN, *Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1995, pp. 515-527.

den público si el adoptado extranjero mayor de doce años no emitió su consentimiento favorable a la adopción (porque la legislación nacional de su país de origen no recoge tal requisito) y por tanto denegarse el reconocimiento de la misma? Para poder dilucidar posteriormente (en el apartado dedicado al reconocimiento de la adopción constituida por autoridad extranjera) todas estas cuestiones es por lo que considero preceptivo, llegados a este punto, entrar a estudiar el régimen jurídico de las declaraciones de voluntad emitidas en un procedimiento constitutivo de la institución adoptiva.

Centrando ya el análisis en dichas intervenciones, lo primero que llama la atención es la complejidad existente a la hora de distinguir «consentimiento» de «asentimiento». Aunque a primera vista pudiera parecer que los mismos hacen referencia a una misma realidad, esto no es así<sup>356</sup>. Díez de Lezcano Sevillano<sup>357</sup>, partiendo de las claras diferencias que estos términos tienen en la Lengua española, distingue ambos modos de prestar la conformidad, entendiéndolo que tanto el consentimiento propiamente dicho como el asentimiento son susceptibles de ser englobados bajo el término «consentimiento en sentido amplio».

#### 4.1. Consentimientos que deben concurrir en la constitución de la adopción

Como pone de manifiesto Pérez Oreiro<sup>358</sup>, siguiendo a Vargas Cabrera, «*el consentimiento no es una declaración de voluntad en abstracto (...), sino que está dirigida a una adopción respecto de una persona concreta, y por ello quienes deben consentir han de tener con carácter previo a la prestación del consentimiento un conocimiento singular de la persona o personas que intervienen en la relación adoptiva*». Para Garriga Gorina<sup>359</sup>, «*El consentimiento es una declaración de voluntad que deben prestar las personas que van a ser parte en la relación que se constituye y supone la aceptación de la relación jurídica que se crea, con el contenido determinado legalmente*».

---

<sup>356</sup> Ni en nuestro Derecho ni en el Comparado (salvo en algunas obras italianas) se encuentran referencias claras sobre la distinción entre consentimiento y asentimiento. Cabe citar, sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley 4 de julio de 1970, donde el legislador diferencia claramente el «(...) consentimiento básico sin el cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción, y de la aparición de ciertas modalidades de consentimiento, que técnicamente tendrían mejor encaje en la figura del asentimiento; si bien la falta en el Código Civil de una acepción clara de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo (...)». Nuestros tribunales, lejos de arrojar luz sobre la cuestión, usan en muchas ocasiones erróneamente ambos términos, hablando, por ejemplo, del «consentimiento» (en vez de asentimiento) que deben prestar los padres biológicos del adoptando (V. STS de 18 de junio de 1998, SAP de Madrid de 23 de septiembre de 1999) o bien del «asentimiento» (en vez de consentimiento) que ha de prestar el menor adoptando (V. por ejemplo, la SAP de Logroño de 21 de febrero de 1997). Para Méndez Pérez «*consentir significa condescender a que se haga una cosa o permitir su realización, representa una actitud activa siquiera sea intelectual a que el negocio se realice, asumiendo sus consecuencias, comprometiéndose con él; el consentimiento integra al sujeto que lo presta libremente en el negocio de que se trate, y sus efectos sean éstos positivos o negativos le afectarán de lleno. Mientras que el asentimiento requiere únicamente una actitud pasiva, casi de observador distante, sólo implica admitir la conveniencia de lo que otros hagan antes, y aceptarlo; el asentimiento contempla el negocio jurídico de que se trate, a distancia, como algo cuasi ajeno, del que no derivarán consecuencias directas para el que asiente. De este modo, si existiese discordancia (...) entre lo consentido y lo no asentido, no ha de haber duda de que siempre habrá de prevalecer lo consentido por el mayor compromiso asumido por quien consiente frente al negocio jurídico de que se trate*». José Méndez Pérez, *La adopción*, Barcelona, 2000, pp. 132-133.

<sup>357</sup> V. Ignacio Díez de Lezcano Sevillano, «Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción» en *RCDI*, año LXV, n.º 590, 1989, pp. 9-37 (en especial pp. 18-22).

<sup>358</sup> V. José Ramón Pérez Oreiro, «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» en *VVAA, Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Burgos, 1999, p. 203.

<sup>359</sup> V. Margarita Garriga Gorina, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 30.

El art. 177.1 CC establece que:

«Habrán de consentir la adopción en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años.»

El empleo por parte del legislador del verbo «habrán» indica la necesidad de la concurrencia de ambos consentimientos<sup>360</sup>; *conditio sine qua non* para que el Juez posteriormente, si lo estima conveniente, constituya la adopción (pues ésta no se constituye por la mera prestación de consentimientos al no tratarse de un negocio jurídico sino de un acto jurídico de naturaleza procesal). Tanto el adoptante como el adoptado podrán revocar el consentimiento prestado a la adopción antes de que el Juez la constituya, pero nunca después.

#### 4.1.1. *El consentimiento del adoptante*

El adoptante ha de prestar su consentimiento ante el Juez<sup>361</sup> personalmente (sin que quepa la mediación de un representante<sup>362</sup> ni aún con poder expreso, pues se trata de un acto *intuitu personae*). Pese a ello, y como ha puesto de manifiesto algún autor<sup>363</sup>, en los casos excepcionales en que no se requiere la propuesta previa<sup>364</sup> de la entidad competente ya está incluido implícitamente el consentimiento<sup>365</sup> (dado que la adopción se inició a petición suya), por lo que no habría necesidad de prestarlo nuevamente.

En la mayoría de los casos, el consentimiento del adoptante reflejará su aquiescencia a la constitución de la adopción a su favor sobre el adoptado en concreto. En este supuesto, el procedimiento continuará su curso, teniéndose ya por recabada una de las más importantes declaraciones de vo-

<sup>360</sup> Nótese que hablo, con carácter general, de la concurrencia de los consentimientos. No se ha profundizado aún en cuál debe ser el sentido de los mismos, es decir, si mediante la prestación del consentimiento la persona que lo emite (adoptante o adoptado) ha de manifestar necesariamente su aquiescencia a la constitución de la adopción o bien basta con que únicamente se pronuncie sobre ello. Ésta es una cuestión que ha de ser analizada independientemente, puesto que la solución será diferente según cuál sea la persona emisora del consentimiento.

<sup>361</sup> Con relación a la necesidad de concurrencia del consentimiento así como al modo de prestar el mismo, V. el interesante artículo de Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, «Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero» en VVAA, *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor*, La Coruña, 1999, pp. 63-85.

<sup>362</sup> En contra, Ignacio SERRANO GARCÍA, «La adopción según las leyes 21/1987 de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero» en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, p. 78; Bartolomé VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 1994, p. 224.

<sup>363</sup> Lluís PUIG I FERRIOL y Encarna ROCA TRÍAS, *Instituciones del dret civil de Catalunya (Dret de la persona i de la família)*, vol. II, Valencia, 1998, p. 101.

<sup>364</sup> Con relación a cuándo concurre la necesidad de que medie la propuesta previa del organismo competente y cuando no, puede verse a Ignacio SERRANO GARCÍA, «La adopción según las Leyes 21/1987 de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero» en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, pp. 67-74; Antoni VAQUER ALOY, «La constitución de la adopción» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 168 y ss. No obstante, puede afirmarse que la propuesta previa es la regla general, es decir, en la mayoría de los casos su existencia es preceptiva. Con relación al contenido de dicha propuesta V. José Ramón PÉREZ OREIRO, «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» en VVAA, *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Burgos, 1999, pp. 185-191. La propuesta previa de la entidad pública deberá formularse al Juez, a favor del adoptante (o adoptantes) que dicha Entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad.

<sup>365</sup> V. un clarificador esquema de los consentimientos, asentimientos y audiencias en la adopción nacional en el artículo de Carmen Victoria RODRÍGUEZ-BARRANTES Y GUARNIZO, «La adopción» en *Usus Iuris*, n.º 9, 1996, p. 62.

luntad que han de concurrir para poder constituir la adopción. Ello no obsta, sin embargo, a que puedan darse casos en los que el adoptante manifieste su negativa (por las razones que fuere) a la constitución de la adopción (imáginese por ejemplo, que no desea adoptar a ese menor en concreto, o bien, sencillamente, que ha decidido desistir de su intención de adoptar). Si ello sucediera, su declaración de voluntad negativa deviene vinculante para el Juez en el sentido de que le impide constituir la adopción independientemente de que concurran los demás requisitos preceptivos. Lógicamente, aunque esto no fuera así, tampoco el Juez constituiría la adopción porque de hacerlo no estaría salvaguardando el interés superior del menor que difícilmente se vería garantizado al constituirse una adopción a favor de un adoptante que expresa y voluntariamente ha manifestado en presencia judicial su deseo de no adoptar.

Especiales características tiene el consentimiento del adoptante en la denominada «adopción *post mortem*» o «adopción póstuma», expresión que hace referencia a aquella adopción que se constituye con posterioridad al fallecimiento del adoptante, siempre y cuando (y esto es requisito *sine qua non*) éste ya hubiera prestado su consentimiento a la constitución de la misma. Lo realmente trascendente para que ello pueda suceder es precisamente que el adoptante haya prestado su consentimiento favorable a la adopción ante el Juez y que éste, pese a conocer el fallecimiento del mismo, considera relevante la constitución de la adopción como medio garantizador del interés superior del menor. Legitimada activamente para instar la constitución *post mortem* de la adopción estaría cualquier persona que tenga un interés legítimo (incluido el Ministerio Fiscal)<sup>366</sup>. Es evidente que si el que fallece durante los trámites es el adoptando, la adopción no va a llegar a constituirse nunca<sup>367</sup>. El que se reconozca la posibilidad de constituir una adopción en dichas circunstancias surge directamente para salvaguardar el interés superior del menor, siempre que el mismo pase porque se le tenga como hijo del adoptante fallecido.

---

<sup>366</sup> V. Etelvina VALLADARES RASCÓN, «Comentario al artículo 176 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1993, pp. 170-177.

<sup>367</sup> En este sentido se expresa el BGB cuando dispone en su parágr. 1753.1 que «*La declaración de la adopción no podrá realizarse tras la muerte del niño*». Curioso es, cuando menos, el caso que estudia GUTIÉRREZ SANTIAGO que se encuentra resuelto en la SAP de Teruel de 28 de junio de 1995 (V. Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, pp. 109-112) pues no sólo habían fallecido los adoptantes, sino también el propio adoptando, y fueron los hijos biológicos del matrimonio los que interpusieron recurso contra la sentencia de primera instancia que había desestimado la declaración de filiación adoptiva de quienes ellos consideraban su hermano. La Audiencia resolvió el caso argumentando que no constaba el consentimiento de los adoptantes favorable a la adopción (tal y como exige el CC que debe concurrir) y zanjó la cuestión no constituyendo la adopción. Sin embargo, no entró a valorar qué relevancia tenía el hecho de que el adoptando también hubiera fallecido (aunque sí menciona expresamente que en el caso concreto no consta el consentimiento de éste, que hubiera sido preceptivo). A mi juicio, en estos supuestos no puede constituirse la adopción porque difícilmente podrá argumentarse que con ello se va a proteger el interés superior del menor (que ya no tiene la condición de tal al haber fallecido). V. Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, pp. 110-111. No obstante, esta afirmación que es válida con carácter general, debiera ser matizada de *lege ferenda* para dar cabida a soluciones óptimas en algunos supuestos de hecho muy concretos. Puede plantearse qué sucedería en un caso en el que tanto adoptante como adoptando fallecen antes de constituirse la adopción y ambos (puesto que el adoptando, sin estar emancipado, era mayor de doce años y tenía juicio suficiente) manifestaron correctamente su consentimiento a la adopción antes de fallecer. En el supuesto de que el adoptando, soltero, tuviera un hijo que se viera beneficiado si se constituye la adopción ¿qué sucedería? Entra aquí en juego el deber de protección del interés superior del menor que es heredero de cuantos derechos disfrutara su progenitor en el momento de su fallecimiento. Parece, al menos *a priori*, que en un supuesto como el planteado debiera dejarse abierta la puerta a la constitución de esa adopción, por cuanto los elementos que constituyen *conditio iuris* para que una adopción se constituya (esto es: los consentimientos que han de concurrir) sí se prestaron y en la forma debida. Será pues el Juez el que debiera tener la última palabra, y no la ley, en mi opinión, la que le impida de entrada valorar cuál es la mejor solución.

No obstante, tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado no asumieron totalmente la posibilidad de la adopción póstuma hasta la entrada en vigor de la Ley 21/1987<sup>368</sup>, puesto que el art. 176.1.º y 3.º CC estableció que:

«1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando. (...)

3. En los tres primeros supuestos del apartado anterior podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento. Los efectos de la resolución judicial se retrotraerán a la fecha de prestación del consentimiento.»

Del tenor literal del CC se deduce que en el supuesto de que el adoptante fallezca en el transcurso del procedimiento de la adopción, no se podrá constituir la adopción si el expediente fue iniciado por la entidad pública. Sin embargo, parte de la doctrina civilista rechaza interpretar restrictivamente nuestro CC en este punto puesto que ello podría chocar con la aplicación efectiva del principio del interés superior del menor. Consecuentemente este sector doctrinal, entre el que cabe citar a SERRANO GARCÍA<sup>369</sup>, sostiene como viable la constitución de una adopción cuyo expediente fue iniciado por la entidad pública una vez que el adoptante haya fallecido. Nada impediría que ello fuera así, según esta interpretación, si se da la circunstancia, eso sí, de que el adoptante ya prestó su consentimiento favorable a la adopción ante el Juez. En mi opinión, ésta es la interpretación correcta que ha de hacerse de la remisión que lleva a cabo el art. 176.3 CC a su apdo. 2.º, porque es la única que deja abierta la puerta a que mediante la constitución de esa adopción se salvaguarde el interés superior del menor. Lo realmente relevante es que el adoptante haya prestado su consentimiento. Por el contrario, la doctrina es unánime a la hora de admitir la constitución de dicha adopción si la solicitud fue formulada por el adoptante y éste presta su consentimiento favorable a la misma ante el Juez antes de fallecer.

En ambos casos (o sea, cuando pese a haber sido iniciado el expediente por la propuesta previa de la Administración, el adoptante ya hubiera manifestado ante el Juez su consentimiento favorable a la constitución de esa adopción en concreto; o bien cuando el expediente fue iniciado *motu proprio* por el adoptante mediante la interposición de la oportuna solicitud y ya prestó su consentimiento ante el Juez), la adopción podrá ser constituida, produciéndose los mismos efectos jurídicos que si el adoptante viviera, siempre y cuando concurren todos los demás requisitos que con carácter general se exigen para todas las adopciones así como que el Juez estime oportuna la cons-

<sup>368</sup> Desde el punto de vista de nuestro derecho interno, puede afirmarse que la STS de 6 de febrero de 1982 marcó un antes y un después en esta materia, al aceptarse la constitución de la adopción una vez fallecido el adoptante por estimarse ello como más beneficioso para el adoptando. La Dirección General de los Registros y del Notariado vino manteniendo en sus Resoluciones hasta aproximadamente mediados de 1974, la imposibilidad de la adopción póstuma. Ello sucedía porque la adopción se constituía mediante la escritura pública, tal y como preveía el art. 175 CC antes de su modificación por la Ley 21/1987, y no mediante la resolución judicial. Prácticamente en el mismo sentido se pronunciaban los tribunales españoles, incluido el Tribunal Supremo, el cual también varió dicha tendencia con la Sentencia de la Sala 1.ª de 6 de febrero de 1982. V. sobre las innovaciones que la Ley 21/1987 introduce con relación a la adopción *post mortem*, Etefvina VALLADARES RASCÓN, «Comentario al artículo 176 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1993, pp. 169-181.

<sup>369</sup> V. Ignacio SERRANO GARCÍA, *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, tomo I, p. 589. También a favor se manifiesta Eduardo SERRANO ALONSO, «Comentarios a los arts. 175 al 180 CC» en *Comentarios al Código Civil*, tomo II, Coord. Ignacio Sierra Gil, Barcelona, 2000, p. 493. V. también en el mismo sentido, V. Rosa M.ª MORENO FLÓREZ, «Comentario al art. 178 CC» en *VVAA, Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 2.º, Coords.: Joaquín Rams Albesa y Rosa M.ª Moreno Flórez, Barcelona, 2000, p. 1612.

titución de la adopción, velando por el interés del menor<sup>370</sup>. Esta última apreciación, *a sensu contrario* significa que no siempre que medie el consentimiento favorable a la adopción del adoptante se va a constituir la adopción: lo que sucede es que existe la posibilidad de que ello ocurra, pero en ningún caso se produce automáticamente<sup>371</sup>.

En otro orden de cosas, GARRIGA GORINA<sup>372</sup> se cuestiona si en la legislación catalana es necesario que el procedimiento se hubiese iniciado en el momento de la muerte de uno de los adoptantes. La clave para esta autora se encuentra en «(...) *considerar digno de protección sólo el interés de aquel adoptante que no tuvo posibilidad en vida de iniciar el procedimiento y no de hacer, a su muerte, lo que él pudo hacer en vida*». Como se ha visto, el art. 117.3 CF permite al adoptante prestar su consentimiento a la adopción de manera diferente al previsto en el CC (esto es, exclusivamente ante el Juez).

Por otra parte, para que pueda constituirse una adopción póstuma<sup>373</sup> se necesita que se den los requisitos que recoge el art. 176.3 CC, precepto que, remitiendo a su apdo. 2.º, recoge un *numerus clausus* de supuestos: que el adoptando sea huérfano y pariente del futuro adoptante (fallecido) en tercer grado por consanguinidad o afinidad (tío y sobrino); que el adoptado sea hijo del consorte del adoptante; o que lleve más de un año acogido legalmente (ya sea bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o bajo su tutela por el mismo tiempo). Salta a la vista que se excluye de entrada la posibilidad de que el adoptando sea mayor de edad o menor emancipado (supuesto expresamente excluido y recogido en cuarto lugar del art. 176.2 CC). Ésta es la vigente regulación en nuestro ordenamiento, aunque cosa distinta es que deba ser compartida. Es más, de *lege ferenda*, propongo que debiera plantearse incluir como sujetos susceptibles de ser adoptados póstumamente a los hoy expresamente excluidos: los menores emancipados y los mayores de edad. Los argumentos defensores de esta tesis se centran básicamente en el hecho de que, por una parte, los menores emancipados han de ver garantizada (de la misma manera que los no emancipados) la protección de su interés superior; y por otra parte, en el caso de los mayores de edad, no se entiende, dados los requisitos necesarios para que una adopción de estas personas pueda ser llevada a cabo (necesidad de convivencia ininterrumpida entre adoptante y adoptando iniciada con anterioridad a que este hubiera cumplido los catorce años de edad) que

<sup>370</sup> V. Francisco BLASCO GASCÓ, «La adopción» en *Derecho de Familia*, Valencia, 1997, pp. 338-339. Ciertamente es que habría que ponderar cada caso concreto para valorar si la constitución de la adopción en estas circunstancias es beneficiosa para el menor en tanto en cuanto pasará a ser huérfano (salvo que se tratara de una adopción conjunta y uno de los dos adoptantes viviera). Pudiera también plantearse la hipótesis de que sea la familia extensa la que se haga cargo del menor, pues no hay que olvidar que con la adopción se pasa a ser miembro de la familia de los adoptantes cual hijo biológico. Pero a ello hay que objetar que en muy pocos casos se plantearán situaciones parecidas a la esbozada ya que difícilmente esa familia extensa deseará cuidar a un menor a quien no ha buscado y que no conoce.

<sup>371</sup> V. José Manuel LETE DEL RÍO, «Personas que pueden adoptar y ser adoptadas», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, p. 492. Ello es así porque, como se ha visto, es posible que a pesar de que el adoptante no fallezca y haya manifestado su consentimiento a la adopción, ésta no se constituya por considerar al Juez que no es beneficiosa para el interés del menor. No hay que olvidar que el consentimiento del adoptante a la adopción es únicamente vinculante para el Juez si lo manifiesta en sentido negativo a la constitución, pero nunca si lo manifiesta en sentido positivo: en este último caso, se estaría ante la concurrencia de un requisito imprescindible para poder constituir la adopción, pero no ante uno determinante de que ello vaya a suceder, pues eso depende de lo que estime el Juez en cada supuesto de hecho concreto.

<sup>372</sup> V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 53.

<sup>373</sup> Con anterioridad a la actual normativa, y pese a existir realmente una laguna legal en esta materia (tal y como pusieron de manifiesto numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo), se venía apoyando, tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia de nuestro país, la posibilidad de constituir una adopción de estas características. Prueba de ello es el artículo de Rosa M.ª MORENO FLÓREZ «La adopción póstuma» en *La Ley*, n.º 452, 1982, así como las numerosas sentencias y autos de los diferentes tribunales, como por ejemplo, el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Madrid, de 24 de octubre de 1969 (Considerando 4.º), el Auto de la AT de Madrid de 17 de julio de 1981 (Considerando 3.º) o la STS de 6 de febrero de 1982.

no pueda ser viable (es más, lo más sensato sería poder constituir la porque los lazos entre ambos ya estaban formados)<sup>374</sup>.

Otra cuestión diferente a la que hay que hacer referencia llegados a este punto, es la de la interpretación que del CC hace cierta parte de la doctrina para considerar que sólo es posible la adopción póstuma cuando se trata de una adopción conjunta (o sea, cuando quien adopta es un matrimonio o una pareja de hecho conjuntamente) y tan sólo uno de los adoptantes fallece. Si fallecieran los dos, se estaría ante la misma situación que se produciría cuando la adopción la va a realizar una persona sola: que no hay adoptante vivo y que pese a ello la adopción se constituye. Ciertamente es defendible esta postura desde un punto de vista lógico por cuanto, como ya dije anteriormente, no se sabe bien si se opera en interés del menor dejándole huérfano, lo cual *a priori* parece contradictorio con el fin que persigue la adopción. En mi opinión, tanto en los casos de adopción conjunta como individual, es posible constituir una adopción *post mortem* si con ella se protege en primera instancia el interés superior del menor<sup>375</sup>. Además, no hay que olvidar que el art. 176.3 CC usa el término adoptante en singular cuando dice literalmente: «(...) aunque el adoptante hubiere fallecido». Sin embargo, la cuestión no está tan clara en el derecho autonómico catalán, pues el CF en su art. 117.3 emplea la siguiente expresión «(...) aunque uno de los adoptantes haya muerto (...)», por lo que parece que está cerrando la puerta a la posibilidad de que se pueda constituir una adopción *post mortem* en el caso de que se trate de una adopción individual.

Los efectos que produce la adopción póstuma son exactamente los mismos que los que conlleva con carácter general la adopción. Según SERRANO GARCÍA<sup>376</sup>, la adopción *post mortem* producirá todos los efectos en orden a los apellidos y en la sucesión, pudiendo ser de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el art. 801 CC para los herederos instituidos bajo condición suspensiva (siendo la condición cumplida la resolución judicial constitutiva de la adopción). Debe delimitarse el momento exacto en el que comienza a desplegar dichos efectos, lo cual es muy importante pues dependiendo de cuál sea la conclusión a la que se llegue, las consecuencias jurídicas serán de muy diversa índole. La respuesta se encuentra expresamente prevista en el art. 176.3 *in fine* CC, de tal manera que la resolución judicial que constituya una adopción de estas características tendrá efectos retroactivos desde la fecha de prestación del consentimiento por parte del adoptante fallecido. Con ello se protegen los derechos sucesorios del adoptado, ya que de no ser así no tendría derecho alguno sobre la herencia del adoptante fallecido.

Dado que es requisito *sine qua non* para que nuestro Juez pueda constituir una adopción de este tipo que el adoptante haya manifestado previamente a su fallecimiento su consentimiento favorable a la constitución de la misma en la forma establecida en nuestro ordenamiento, es necesario que haya sido prestado de forma expresa ante el Juez. Es decir, no es posible deducirlo de actos que el adoptante haya realizado en vida por muy reveladores que éstos sean<sup>377</sup>. Sostener lo contrario sería realizar una interpretación *contra legem*, pues el texto del CC es claro y taxativo en este punto. La legislación catalana, sin embargo, difiere de la estatal en esta materia. Ello se debe a la especificidad que lleva a cabo al puntualizar que el adoptante fallecido debió haber prestado su con-

<sup>374</sup> V. a favor de esta postura, entre otros, José Ramón PÉREZ OREIRO, «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» en *Instituciones Protectoras del Menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999, p. 180; Antoni VAQUER ALOY, «La constitución de la adopción» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 186.

<sup>375</sup> A favor de esta solución, Antoni VAQUER ALOY, «La constitución de la adopción» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 185.

<sup>376</sup> Ignacio SERRANO GARCÍA, «La adopción según las leyes 21/1987 de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero» en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, p. 66.

<sup>377</sup> V. la SAP de Teruel de 28 de junio de 1995 en la que se planteó que el hecho de que los adoptantes hubiesen intentado cambiar de apellidos al adoptando, pudiera haber sido interpretado como una manifestación de su consentimiento favorable a la constitución de la adopción y que el mismo bastara para constituir la.

sentimiento a la adopción ante la autoridad judicial (en cuyo caso es idéntica regulación a la estatal) o bien, y he aquí la particularidad, en testamento, codicilo o escritura pública (art. 117.3 CF). Además, ésta sólo será posible cuando el adoptando sea hijo del cónyuge o de la pareja del adoptante, o huérfano o pariente suyo en el tercer grado por consanguinidad o afinidad, o bien que estuviera sometido a su tutela o en acogimiento preadoptivo.

Llegados a este punto, hay que hacer alusión a la relevancia que puede tener la prestación del consentimiento del adoptante a la constitución de la adopción en la vertiente internacional de la institución adoptiva.

En el supuesto de que la adopción internacional se esté tramitando por una autoridad española (ya sea el Cónsul o ya sea el Juez) y el adoptante falleciera tras haber prestado su consentimiento a la misma, no habría inconveniente (siempre que concurran los demás requisitos preceptivos de cada caso concreto) en que la misma se constituya si con ello se va a salvaguardar el interés superior del menor. En cambio, si la adopción va a ser constituida por la competente autoridad extranjera, ¿qué sucede si el adoptante fallece una vez prestado el consentimiento a la adopción? Por supuesto, y dado que quien constituye la adopción es la autoridad extranjera, dependerá de la normativa interna del país de que se trate el proceder de una u otra manera, por lo que ésta podrá en principio: constituir la adopción (la cual no tendría porqué presentar dificultades para poder ser reconocida por nuestro país, siempre y cuando se trate de uno de los supuestos en los que nuestro ordenamiento permite constituir este tipo de adopción), o no. Si opta por no constituir la adopción ¿podría una persona con un interés legítimo (como sería un hijo del adoptante fallecido) instar la constitución de esa adopción en España? Entre los numerosos interrogantes, destaca uno de orden jurídico práctico: el menor se encuentra en el extranjero y continúa siendo nacional del país que no constituyó la adopción, que probablemente no va a permitir el desplazamiento del mismo a España en virtud de una resolución extranjera de adopción que él no reconoce. La R.D.G.R.N. de 20 de mayo de 2000, sobre inscripción de adopción, estudia un supuesto como el planteado. Un matrimonio español tramita la adopción de una menor en China y, tras haber sido declarados idóneos y haber prestado ambos su consentimiento a la adopción de acuerdo con lo dispuesto en la legislación nacional china, el marido fallece en un accidente de aviación escasamente dos meses antes de que las autoridades chinas constituyan la adopción, si bien únicamente a favor de la mujer (puesto que el marido ya había fallecido). Ésta, una vez que llega a España intenta que la adopción de su hija se inscriba como conjunta, matrimonial, de su marido fallecido y suya, alegando a su favor la prestación por parte de su marido del consentimiento necesario para constituir la adopción así como la protección del interés de la menor adoptada que quedaría salvaguardado en mayor medida si se procediera de esta manera. La R.D.G.R.N. deniega su pretensión basándose para ello en el hecho de que si las autoridades chinas constituyeron una adopción individual, las autoridades españolas no pueden modificar tal proceder<sup>378</sup>. A mi modo de ver, la solución esgrimida por la D.G.R.N. es la correcta: no reconocer como conjunta una adopción individual, pese a que la misma en un inicio fue tramitada como conjunta. Cuestión diferente sería si se insta aquí en España la constitución *ex novo* de la adopción conjunta pidiéndose que se tenga como válido el consentimiento prestado ante la autoridad extranjera por la persona fallecida. Incluso en este caso, e independientemente de que dicho consentimiento pueda ser equiparado a estos efectos al recogido en nuestra legislación, no sería posible constituir la adopción: se trataría de un expediente de adopción conjunta *ab initio*.

---

<sup>378</sup> V. el FJ 4.º de la citada R.D.G.R.N. de 20 de mayo de 2000. La problemática de reconocer una adopción individual como conjunta será estudiada en el epígrafe relativo a los problemas de reconocimiento que pueden originar desde el punto de vista de nuestro ordenamiento las adopciones constituidas por autoridades extranjeras.

4.1.2. *El consentimiento del adoptando mayor de doce años*

El adoptando deberá, por sí mismo y libremente (por tanto, sin mediación de su representante legal)<sup>379</sup>, manifestar su consentimiento a la adopción siempre que sea mayor de doce años<sup>380</sup>. Pero ¿qué sucede en los supuestos en los que pese a ser el adoptado mayor de doce años no tenga juicio suficiente, es decir, carezca, por los motivos que sea, de la capacidad natural<sup>381</sup> necesaria para prestar su consentimiento? Puede ser, incluso, que sobre el menor pese una sentencia de incapacitación, en la que se hallará recogida el alcance de su incapacidad y cuáles son los actos que puede realizar por sí mismo, o bien cuáles no. Con relación a lo que deba entenderse por «juicio suficiente», VARELA GARCÍA<sup>382</sup> sostiene que: «*Siendo la expresión suficiente juicio un concepto indeterminado precisará de la apreciación judicial en cada caso concreto. Para su adecuada valoración puede ser necesario el dictamen de expertos. Es susceptible de graduación: el menor puede tener madurez suficiente para comprender el alcance de cierto tipo de actos y no poseerla para otros*». Según Díez-PICAZO<sup>383</sup> esta expresión hace referencia «(...) a lo que antiguamente se llamaba uso de la razón, capacidad de raciocinio o grado de inteligencia, que se resuelve en una casuística que ahora ha de ser objeto de calificación por el Juez». No será necesario, como sostiene RAMOS CHAPARRO<sup>384</sup>, por el contrario, que el menor posea la aptitud psíquica de autogobierno incipiente o capacidad natural (que sí precisa para

<sup>379</sup> V. Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999, p. 29 y ss. Concretamente, esta autora encuadra, con razón, el consentimiento del adoptando menor de edad a su adopción, dentro del punto primero del art. 162 CC, que dispone que quedan exceptuados de la representación legal de los padres los actos: «(...) que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». Para ARANDA RODRÍGUEZ «la razón de excluir estos casos del ámbito de la representación paterna se debe fundamentalmente a la consideración de que el menor no es una persona totalmente incapaz, sino que tiene una capacidad de obrar limitada. Esto, a su vez, viene a ser una justificación de la representación legal como un mecanismo de protección del menor destinado al desarrollo de la personalidad», V. p. 31 de la ob. cit.

<sup>380</sup> Se entiende, con carácter general, que es a partir de los doce años cuando el menor posee ya un grado mínimo de madurez que le permite llevar a cabo un acto como el analizado (o sea: prestar su consentimiento a su adopción por un determinado adoptante). Sin embargo, parte de la doctrina considera que debería aumentarse la edad en la que el menor debe prestar necesariamente su consentimiento a la adopción, por considerar insuficiente la de doce años. A favor del aumento de la edad del adoptando para consentir a los catorce años cumplidos, V. José MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Barcelona, 2000, pp. 49-51. A este respecto he de apuntar que en la legislación navarra sólo el adoptando púber debe consentir la adopción (entendiéndose por púber a las personas, hombres o mujeres, que hayan cumplido los catorce años). V. la Ley 13 del Fuero Nuevo con relación a la Ley 50.

<sup>381</sup> Con relación a la capacidad de los menores se ha escrito mucho por parte de la doctrina civilista en uno y otro sentido: unas veces para negarles dicha capacidad y otras para concedérsela. Hoy en día, la doctrina dominante considera que el menor puede ser capaz para realizar ciertos actos en el tráfico jurídico. Es interesante el artículo de Jerónimo LÓPEZ PÉREZ, «La capacidad del menor» en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, pp. 33-51, donde el autor procede a una enumeración de los actos que se considera que hoy en día pueden realizar válidamente los menores (actos relativos al Derecho de Familia y que afectan a su estado civil, actos patrimoniales, actos *mortis causa*, capacidad para ser testigo, la responsabilidad civil y penal del menor y su capacidad procesal) previa concurrencia, en algunos casos, de determinados requisitos. La conclusión a la que llega este autor es la siguiente: «La limitación que en principio y por naturaleza tiene el menor, en su capacidad de obrar, queda determinada o fijada por la Ley, y de acuerdo con sus condiciones de madurez (...) Teniéndose que destacar que en cuanto a la amplitud de la representación legal del menor, que la misma no delimita el ámbito de su capacidad, sino más bien a la inversa, que la capacidad del menor afecta a la representación (...)». V. pp. 50-51 de la ob. cit.

<sup>382</sup> Carlos VARELA GARCÍA, «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto» (transcripción de la conferencia impartida en las *Jornadas sobre la LO 1/1996, para la colaboración entre Fiscalías y las Direcciones Generales de las CCAA competentes en materia de menores*), Toledo, 1996, p. 13.

<sup>383</sup> Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, «La reforma del Código Civil en materia de patria potestad» en *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 185.

<sup>384</sup> V. Enrique RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, pp. 380-381.

ser emancipado). En todo caso, ha de considerarse como positivo el establecimiento de una edad concreta por el legislador (los doce años) como edad a partir de la cuál debe consentir, puesto que como sostiene GUZMÁN FLUJA <sup>385</sup>, «(...) un sistema en el que se deje al arbitrio del Juez y de los padres decidir sobre el grado de madurez del menor a fin de actuar o no por sí en un proceso, atentaría contra el principio de seguridad jurídica contemplado en el art. 9 CE».

La cuestión que debe dilucidarse es si puede el Juez constituir la adopción en caso de no mediar el consentimiento del menor porque no puede prestarlo por hallarse incapacitado o porque pese a prestarlo no tiene juicio suficiente. En mi opinión sí que podría hacerlo sobre la base del principio del interés superior del menor. De esta manera, si el Juez estima que en ese caso concreto el menor va a ser beneficiado con la constitución de la adopción, va a poder constituir la <sup>386</sup>, por lo que se está implícitamente afirmando la escasa relevancia que puede tener la voluntad del menor en ciertas situaciones, la cual puede llegar a ser incluso obviada. Por tanto, la imperatividad de la exigencia de este requisito (que el menor adoptado preste su consentimiento a la adopción si es mayor de doce años) se ve dulcificada por todas las matizaciones que he apuntado, pese a que hay que afirmar que, con carácter general, es preceptiva la concurrencia de su consentimiento.

Sin embargo, ¿podría el Juez constituir la adopción pese a que el menor (mayor de doce años) se haya opuesto a la misma? Es decir ¿puede constituirse la adopción si el menor presta su consentimiento en sentido negativo? Como expuse anteriormente, en el supuesto de que fuera el adoptante el que manifestara su consentimiento negativo, el Juez no podrá constituir la adopción. En el caso del menor, la cuestión no es tan sencilla. ¿Puede vincular al Juez su consentimiento negativo? ¿Qué sucederá si de acuerdo con el criterio judicial la adopción por constituir fuera el medio más eficaz para garantizar en última instancia la protección del interés superior del menor? De acuerdo con lo que dispone el CC, no parece existir diferencia alguna entre uno y otro consentimiento (esto es, el del adoptante y el del adoptando), pues a ambos les da la misma importancia. Pese a ello, considero que no cabe otra alternativa que concluir que se podría constituir la adopción pese a mediar un consentimiento negativo del menor (mayor de doce años) siempre que se diera la circunstancia de que el Juez estimara en ese caso concreto que lo mejor para salvaguardar el interés del menor sea la adopción. Si se afirmara lo contrario, se estaría equiparando el consentimiento del adoptante (necesariamente mayor de edad) al del menor mayor de doce años. En mi opinión, de *lege ferenda* habría que concretar más esta norma puesto que al amparo de una interpretación errónea de la misma se puede vulnerar el principio del interés superior del menor, que no siempre ha de coincidir con sus opiniones, sentimientos o deseos <sup>387</sup>.

<sup>385</sup> V. Vicente Carlos GUZMÁN FLUJA (Colabora: Raquel Castillejo Manzanares), *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Madrid, 1999, p. 99 y ss.

<sup>386</sup> Me adhiero de esta manera a lo que sostiene la doctrina mayoritaria representada, entre otros, por Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, p. 176, nota 215; Manuel-I. FELIÚ REY, *Comentarios a la Ley de adopción*, Madrid, 1989, p. 147; José Javier HUALDE SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 177» en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1993, p. 185; Antoni VAQUER ALOY, «La constitución de la adopción» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 177; Bartolomé VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994, p. 223. En contra, entre otros muchos, puede verse Rosa M.<sup>a</sup> MORENO FLÓREZ, «Comentario al art. 177 CC» en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 2.º, Coords.: Joaquín Rams Albesa y Rosa M.<sup>a</sup> Moreno Flórez, Barcelona, 2000, p. 1606.

<sup>387</sup> V. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Madrid, 2000, pp. 98-99.

#### 4.2. Los asentimientos: la no oposición a la adopción

Siguiendo a SANCHO REBULLIDA<sup>388</sup>, el asentimiento es una declaración de voluntad de naturaleza similar al consentimiento, pero emanado de quien no va a ser parte en la relación jurídica de filiación adoptiva, por lo que no entraña asunción de su contenido y efectos en el patrimonio jurídico de quien lo presta, sino autorización, licencia o permiso. GARRIGA GORINA<sup>389</sup> lo considera como «(...) una declaración de voluntad de aceptación de una relación jurídica, que han de realizar los padres del adoptando y el cónyuge del adoptante, a cuyos intereses afecta la adopción, si bien no formarán parte de la relación jurídica de filiación que se constituye (...)». Por todo ello, la concurrencia de los asentimientos necesarios en el expediente de adopción, no se configura como *conditio iuris* en la constitución de la institución adoptiva<sup>390</sup>. El asentimiento ha de prestarse ante la correspondiente entidad pública o mediante documento público presentado ante la misma con anterioridad a la propuesta. La legislación catalana exige mayor rigor en la prestación del asentimiento, pues deberá tener lugar siempre ante la autoridad judicial (art. 122.2 CF). En todo caso, tal y como prevé el art. 1830 LEC<sup>391</sup>, la eficacia del asentimiento prestado no es ilimitada en el tiempo, sino que únicamente tendrá validez si se presenta la propuesta previa por parte de la entidad pública o la solicitud de adopción por el adoptante, según sea el caso, en un periodo máximo de seis meses a partir de su emisión.

Interesante cuando menos resulta el análisis que lleva a cabo GUTIÉRREZ SANTIAGO<sup>392</sup> de la interpretación que realizan nuestras Audiencias Provinciales sobre lo que hay que entender por asentimiento. Algunas de ellas lo contrastan con el derecho de audiencia y otras con el consentimiento. Los resultados en uno y otro caso difieren en el sentido de que se le da uno u otro valor al asentimiento. Cuando se compara el asentimiento con el derecho a ser oído, aquel alcanza mayor protagonismo puesto que se configura como una declaración de voluntad unilateral emitida por quien no es parte, pero que le da fuerza operativa, estando encaminada a producir su validez, siendo consecuentemente *conditio iuris* de la adopción<sup>393</sup>. Sin embargo, cuando lo contrastan con el consentimiento, se llega a la conclusión de que el asentimiento únicamente supone admitir la conveniencia de lo que otro ha propuesto antes<sup>394</sup>.

Es posible, sin embargo, que las personas que deban prestar el asentimiento se hallen imposibilitadas para hacerlo, en cuyo caso el CC ha previsto en su art. 177.2 pfo. 2.º eximir de la necesidad de su concurrencia, debiendo apreciarse motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción la imposibilidad de prestarlo<sup>395</sup>. Ante el silencio de nuestro CC con relación a cuáles son exactamente las circunstancias que han de concurrir para que opere esta dispensa de asen-

<sup>388</sup> V. Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, «IV. Acogimiento y adopción» en *El nuevo régimen del Derecho de Familia*, VVAA, Madrid, 1989.

<sup>389</sup> V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 30.

<sup>390</sup> La STS de 20 de abril de 1987 estableció que «(...) el asentimiento (...) tiene la naturaleza de una «conditio iuris», cuya ausencia puede producir una «ineficacia incondicionada» del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del Juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia, imponiéndole como única limitación tener en cuenta «lo que considere más conveniente para el adoptado, si cualquiera de los llamados a prestar su consentimiento fuera de los casos del adoptante y el adoptado, no pudiera ser citado, o citado no concurriera», facultad judicial que, según la doctrina científica, hay que extender incluso al supuesto de que dichas personas se negaren a prestar tal asentimiento».

<sup>391</sup> Vigente hasta tanto no entre en vigor la Ley de Jurisdicción Voluntaria, tal y como dispone la Disposición derogatoria de la LEC 1/2000.

<sup>392</sup> Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, p. 112 y ss.

<sup>393</sup> V. la SAP de Navarra de 22 de junio de 1992.

<sup>394</sup> V. el Auto de la AP de Badajoz de 4 de julio de 1996.

<sup>395</sup> El art. 177.2 pfo. 2.º CC establece que «No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción».

tir, han surgido las críticas a la ambigüedad del término «imposibilidad», dada la gran trascendencia que implica el interpretar que hace o no referencia a tal o cual situación. Como afirma GARRIGA GORINA<sup>396</sup>, los supuestos más frecuentes en los que se dará esta situación serán aquellos en los que los obligados a asentir no se encuentren localizados, que se encuentren ausentes o en situación de incapacidad legal o de hecho causada por enfermedad persistente que les impida manifestar su voluntad.

Pero ¿qué sucede si la persona que debe asentir manifiesta su oposición a la constitución de la adopción?, es decir, ¿qué pasa si no se produce una falta de la declaración de la voluntad sino un asentimiento negativo? Estudiar los efectos que tiene este asentimiento negativo con relación a la futura constitución de la adopción es algo que ha preocupado a la doctrina civilista. PÉREZ ÁLVAREZ<sup>397</sup> considera que el Juez no va a poder constituir la adopción si media una voluntad disconforme de quienes han de asentir a la misma, porque «(...) si se retiene que el asentimiento no es un consentimiento rebajado sino un consentimiento-aprobación cualificado por proceder de quien no es parte en la relación a constituir». Sin embargo, el mismo autor afirma más adelante que «(...) el interés del menor prevalece sobre los intereses de sus padres, de los posibles adoptantes, y de los que tienen la guarda sobre él (...)». Por esto último precisamente, en mi opinión, la adopción puede constituirse si el Juez así lo estima conveniente, «teniendo siempre en cuenta el interés del adoptando» (art. 176.1 CC), y han concurrido todos los requisitos pertinentes para ello. Por tanto, y con carácter general, el asentimiento favorable a la constitución de la adopción no se erige como un requisito esencial: sí lo es en cambio, su concurrencia cuando es preceptiva (salvo cuando quien esté obligado a prestarlo se encuentre imposibilitado para ello, tal y como ya se ha visto).

Con relación a cuáles son las personas que deben asentir a la adopción, el art. 177.2 CC dispone:

*«Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil:*

*1.º El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.*

*2.º Los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el art. 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (...)*

*El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurridos treinta días desde el parto.»*

Es posible que uno de los cónyuges quiera adoptar y el otro no. En estos casos, nuestro ordenamiento permite que el cónyuge que lo desea lleve a cabo la adopción siempre y cuando medie el asentimiento del cónyuge no adoptante. Esta posibilidad se hallaba indirectamente prohibida con anterioridad a la reforma operada por la Ley 21/1987, puesto que entonces se exigía que los cónyuges vivieran juntos y que procedieran conjuntamente a adoptar. También deberá asentir el cón-

<sup>396</sup> V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 32. A favor, entre otros, Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, p. 117, que añade el supuesto que se originaría cuando conocido el paradero de quien debe asentir y estando debidamente citado, éste no compareciere (art. 1831.3 LEC), si bien el art. 1831.2 LEC 1881 (ambos preceptos continúan en vigor hasta tanto no entre en vigor la Ley de Jurisdicción Voluntaria, tal y como dispone la Disposición derogatoria única 1.ª de la LEC 1/2000) establece que si los padres del adoptando o el cónyuge del adoptante no comparecen a la primera citación, una vez transcurridos quince días desde que debieron hacerlo, volverán a ser citados antes de seguir con la tramitación del expediente.

<sup>397</sup> Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, «La adopción en el sistema vigente de protección de menores» en VVAA, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, p. 168.

yuge que ya es padre o madre (natural o adoptivo) del menor adoptando, aunque este supuesto de hecho se encuadra en el apdo. 2.º del art. 177.2 CC, y no en el apdo. 1.º. Por tanto, tal y como dispone el art. 177.2 1.º CC, el cónyuge del adoptante deberá asentir a la adopción, salvo que medie separación judicial por sentencia firme o de hecho, por mutuo acuerdo que conste fehacientemente<sup>398</sup>. No han faltado críticas por parte de la doctrina a esta vía abierta de adopción que ha permitido nuestro legislador<sup>399</sup>.

El motivo de la exigencia del asentimiento del cónyuge, en mi opinión, es lógica ya que la realización de la adopción por su consorte afectará en muchos sentidos (psicológica, patrimonial, afectivamente) no sólo al cónyuge no adoptante, sino también al menor adoptando. Además, dado que la adopción es una institución de integración familiar, es impensable que no se tenga para nada en cuenta la opinión de una persona que va a convivir diariamente con ese menor y que se encuentra ligada maritalmente al padre o madre de éste. En este sentido, cabe destacar entre otras muchas consecuencias de la constitución de la adopción, la modificación en el orden para suceder al cónyuge adoptante con respecto al cónyuge no adoptante, ya que será llamado en primer lugar el adoptado con relación a la herencia del cónyuge adoptante (arts. 931 y 944 CC). De todo lo expuesto, se infiere claramente la necesidad de contar con el asentimiento del cónyuge no adoptante, que, por su misma entidad, parece que debe encontrarse referido en todo caso a un adoptando en concreto, sin que sea válida el emitido con carácter general. En el supuesto de que el cónyuge del adoptante manifieste su disenso a la constitución de la adopción, la misma y previa valoración judicial de tal circunstancia, como ya afirmé anteriormente, podrá ser constituida. Pese a ello, qué duda cabe de que el hecho de que el cónyuge no adoptante no se muestre favorable a la adopción integrará un nuevo elemento de valoración del interés superior del menor en ese caso concreto: es decir, el menor no tendrá ningún interés en convivir con una persona que no desea estar con él. Insisto en que, no obstante, es posible que sea más importante en el caso concreto el que dicho menor sea adoptado que el que no lo sea. Además, como ya puse de manifiesto, dada la actual redacción de la DA 3.ª de la Ley 21/1987, ha de entenderse que también se necesitará el asentimiento del miembro de la pareja que no desea adoptar<sup>400</sup>. A ello hay que unir la circunstancia de que el fundamento de la necesidad de que concurra el consentimiento del cónyuge no adoptante se encuentra básicamente en el principio de integración familiar que subyace a toda adopción.

Por lo que respecta al asentimiento de los padres (biológicos o adoptivos)<sup>401</sup> del adoptando, hay que decir que es posible que los padres decidan voluntaria y libremente dar a su hijo en adopción, es decir, que lo desamparen, en cuyo caso deberán asentir a la misma; que se hallen privados definitivamente de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación (independientemente del motivo que haya originado esa situación), situaciones en las que el art. 177.2 2.º CC excluye expresamente la necesidad de que concurra en el procedimiento su asentimiento<sup>402</sup>; o bien, que se hayan visto suspendidos temporalmente su derecho al

<sup>398</sup> Para que conste fehacientemente será necesario la celebración de un acto de conciliación judicial o la intervención notarial.

<sup>399</sup> V., por todos, Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, p. 161 (y en especial, nota al pie n.º 194).

<sup>400</sup> A favor, Rafael FLUITERS CASADO, «Acogimiento y adopción» en *CDJ: Jurisdicción Voluntaria*, n.º 16, 1996, p. 319.

<sup>401</sup> V., sobre el asentimiento de los padres, Milagros GARCÍA PASTOR, «El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción» en *RDF*, n.º 8, julio, 2000, pp. 55-83; Margarita GARRIGA GORINA, «Participación de los progenitores por naturaleza en el procedimiento de constitución» en *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, pp. 112-113.

<sup>402</sup> V. Milagros GARCÍA PASTOR, «Comentario al art. 176 CC» en *Jurisprudencia Civil comentada*, tomo I, Dir. Miguel Pasquau Liaño, Granada, 2000, p. 800. En estos supuestos los padres, si lo estiman conveniente, pueden manifestar ante el Juez que consideran necesario su asentimiento a la adopción y no solamente que sean oídos (V. a tal efecto, desde el punto de vista procesal, el art. 781 LEC 1/2000).

ejercicio de la patria potestad (como sucede en los arts. 156.2.º y 5.º y 92.4.º CC), supuesto éste en el que sí se necesitaría su asentimiento. La conclusión a la que hay que llegar es que los padres del adoptando no emancipado deben asentir la adopción en dos casos: i) cuando no estén privados de la patria potestad ni incurso en causa legal de privación de la misma; y ii) cuando se les haya suspendido el ejercicio de la patria potestad. Con relación a este último supuesto, hay que reconocer que se pueden plantear dudas si la suspensión de la patria potestad se ha producido como consecuencia de una declaración de desamparo. Coincido con GARCÍA GARCÍA<sup>403</sup> en que la solución, «*dada la grave trascendencia que plantea la adopción tanto para el propio menor como para su familia biológica (...) no es otra que limitar expresamente las exclusiones previstas en el art. 177 a los padres privados judicialmente de patria potestad y no a los padres suspensos en el ejercicio de aquélla*»<sup>404</sup>. De lo expuesto, hay que concluir que la exigencia del asentimiento de los padres biológicos tiene su fundamento exclusivamente en la titularidad de la patria potestad<sup>405</sup>.

El asentimiento de los padres del menor deberá ser general y no concreto: no deberá importarle quiénes sean los que en un futuro adoptarán a su hijo, evitándose de esta manera el tráfico de niños<sup>406</sup> (art. 1830 *in fine* LEC)<sup>407</sup>. Esta regla general tiene su excepción en el supuesto de que el progenitor que asienta sea cónyuge (o pareja de hecho) del adoptante. Además, el asentimiento deberá ser pleno e irrevocable, y ser prestado por ambos progenitores<sup>408</sup> (salvo que no puedan o no deban hacerlo). La legislación autonómica catalana exime de la necesidad de que concurra el asentimiento de los padres del adoptando en los supuestos en que el menor haya estado en situación de acogida preadoptiva sin oposición, durante más de un año, o con oposición desestimada judicialmente (art. 122.1 b. 2.ª parte CF), lo cual ha de interpretarse como una sanción a los progenitores, que se ven privados de este derecho.

En las adopciones internacionales el recabar el asentimiento de los padres biológicos se convierte en la práctica en una tarea complicada, no sólo por la dificultad que existe en muchas ocasiones para localizarlos o para saber quiénes son, sino porque incluso se dan casos de que acuden a prestar el asentimiento a la adopción de un menor en calidad de padres biológicos quienes realmente no lo son. Se trata de personas a las que previo pago se les ha encargado tal menester con el fin de evitar que se conozca la verdadera identidad de un menor que puede haber sido sustraído

<sup>403</sup> Juan Antonio GARCÍA GARCÍA, «Aspectos civiles del ejercicio por la administración pública de la tutela sobre menores desamparados (art. 172 Código Civil)» en *AFD de la Universidad de La Laguna*, n.º 15, 1998, p. 104.

<sup>404</sup> Se han dado casos en los que, pese a encontrarse el menor en situación de abandono, el TS ha entendido que era preceptiva la concurrencia del asentimiento de los padres a la adopción. V. STS de 27 de febrero de 1985.

<sup>405</sup> Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ, «Las manifestaciones de voluntad en la constitución de la adopción» en *RGD*, año XLIX, n.º 583, 1993, p. 2748; Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, «La adopción en el sistema vigente de protección de menores» en *VVAA, Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, p. 167.

<sup>406</sup> Esta circunstancia configura la adopción en España como lo que se entiende en otros ordenamientos como «adopción cerrada» (aquella en la que los padres biológicos no participan en la selección de los adoptantes ni tienen por qué conocerlos). Este modelo es el opuesto al que se encuentra establecido en otros países (tales como Nueva Zelanda o algunos Estados de EEUU), donde impera el modelo de «adopción abierta» por medio del que los padres biológicos pueden elegir y conocer a los adoptantes, si bien es cierto que existen diferencias considerables de este procedimiento dependiendo de si los padres biológicos se involucran más o menos en la adopción de sus hijos. V. John TRISELIOTIS, «Adopción abierta» en *RTS*, n.º 130, junio, 1993, pp. 17-30; Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, pp. 176-177 (en especial, V. nota n.º 382).

<sup>407</sup> Este precepto continuará vigente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Derogatoria única de la LEC 1/2000, hasta tanto no se promulgue una Ley de Jurisdicción Voluntaria.

<sup>408</sup> En Alemania, tras la reforma operada en 1997, se precisa el asentimiento de ambos progenitores para la adopción del menor (párrafo 1747 BGB) incluso en el supuesto, siendo ésta la novedad, de que el titular de la patria potestad sea tan sólo uno de ellos. Esta modificación vino motivada por la Sentencia de 7 de marzo de 1995 (*NJW* 1995, 2155) que declaró inconstitucional, con razón, el precepto que establecía que bastaba con el asentimiento de la madre para que se procediera a la adopción del hijo no matrimonial.

do ilegalmente a su familia<sup>409</sup>. Por todo ello, la 1.ª Comisión Especial de seguimiento del CHAI que se celebró en octubre de 1994, además de varias recomendaciones a los Estados parte presentó un modelo de formulario para recoger el asentimiento a la adopción de los padres biológicos<sup>410</sup>.

Evidentemente, si los padres del adoptando se muestran conformes a la adopción de su hijo, ésta sigue su curso, contándose con que se producirá la prestación de uno de los asentimientos que nuestro Derecho considera preceptivos. Pero ¿qué sucede si los padres (bien ambos o bien uno de ellos) expresan su disenso a que su hijo sea adoptado?<sup>411</sup> Con relación a esta cuestión, existen opiniones contradictorias pues parte de la doctrina y de la jurisprudencia estiman que su negativa tiene carácter vinculante para el Juez<sup>412</sup>, mientras que los demás consideran más conveniente que el Juez disponga de libertad para poder valorar en cada caso concreto lo que estima más conveniente para el menor. Considero que el asentimiento (a diferencia de lo que sucede con el con-

<sup>409</sup> Por ello, en algunos países de origen se está llegando al extremo de realizar pruebas de ADN a las personas que se presentan en los juzgados alegando que son padres de un menor que va a ser adoptado para solventar las dudas sobre su auténtica paternidad o maternidad.

<sup>410</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS ya puso de manifiesto desde un principio la conveniencia de que «(...) las certificaciones emitidas no se alejen demasiado de ese modelo, puesto que la utilización de una documentación lo más uniforme posible favorece la buen marcha de la cooperación». Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de Mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional» en *RJC*, n.º 28, 1996, p. 36. En dicho modelo se exige que consten los siguientes datos de los padres biológicos: apellidos y nombre, fecha de nacimiento, residencia habitual, si actúa como padre, madre o representante legal del menor, nombre y apellidos del menor, su sexo, fecha y lugar de nacimiento así como la residencia habitual. El texto del citado modelo se expresa en los siguientes términos: «1. Presto libremente, sin presión ni coacción, mi consentimiento para la adopción de dicho niño. 2. Soy consciente que el niño podrá ser adoptado por un matrimonio o una persona que resida en el extranjero. 3. Soy consciente que la adopción de dicho niño tendrá como efecto el establecimiento de una filiación con los padres/con el padre/con la madre adoptivo(s). 4. Presto mi consentimiento a una adopción que tendrá con efecto romper el vínculo de filiación entre dicho niño y su madre y su padre. Nota: Los Estados cuya ley permita la conservación de este vínculo de filiación pueden adaptar a sus necesidades el tenor de esta cláusula, teniendo en cuenta las condiciones del Convenio, en particular de su art. 27. 5. He sido informado/a de que puedo retirar mi consentimiento hasta ..... y que, después de esa fecha, mi consentimiento será irrevocable. Declaro haber comprendido el sentido y alcance de lo que precede. Lugar y fecha. Firma.» También existe un segundo apartado en el se prevé que se recojan declaraciones testificales (para aquellos casos en los que la ley así lo requiere o las circunstancias: tales como el caso de personas analfabetas o discapacitadas), así como un tercero donde se va a recoger la Certificación de la Autoridad habilitada para recibir el consentimiento, detallándose el nombre de la Autoridad, el título o calidad en que actúa, así como una declaración en la que certifica que el declarante (y en su caso los testigos) comparece ante ella y firma el documento en su presencia, haciendo constar finalmente el lugar y la fecha así como su firma y sello.

<sup>411</sup> V., Milagros GARCÍA PASTOR, «El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción» en *RDF*, n.º 8, julio, 2000, pp. 55-83.

<sup>412</sup> A nivel jurisprudencial, lo cierto es que existen más resoluciones que sostienen el carácter vinculante para el Juez del asentimiento paterno que partidarias de que el mismo no lo es. Sirva a modo de ejemplo los argumentos que esgrime la SAP de Navarra de 22 de junio de 1992 para considerar vinculante el asentimiento de los padres cuando establece que: «(...) de la regulación establecida en el art. 177.2 en que se utiliza la expresión «deberán asentir», debe concluirse (...) que el asentimiento es una condicio iuris (...) ya que en definitiva supone una vía excepcional de renuncia voluntaria a la patria potestad, de ahí que no pueda producirse la adopción sin contar con los titulares de aquélla, pues la adquisición por parte del adoptante de la patria potestad sobre el adoptando debe ir precedida de la pérdida, en este caso por renuncia, de los padres por naturaleza». Por el contrario, la SAP de Barcelona de 9 de febrero de 1998 afirma el carácter no vinculante para la autoridad judicial que tiene el asentimiento cuando afirma que: «(...) el asentimiento no es más que una declaración de voluntad realizada por una persona en demostración de su conformidad o disconformidad con un acto o negocio jurídico ajeno en cuanto que no interviene en él, razón por la cual dicho asentimiento sólo tiene la eficacia que le atribuye la Ley en cada caso concreto. (...) se puede afirmar que el asentimiento (o disasentimiento) que determinadas personas manifiestan en el expediente de adopción no es una condicio iuris de la misma por las siguientes razones: a) porque se fundamenta en la patria potestad y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma, y ésta tiene actualmente un carácter de función, esto es, ha perdido todo carácter patrimonialista sobre el hijo biológico; b) porque la única eficacia que le reconoce la Ley es la posibilidad, temporal y limitada por el interés del menor, que tiene el progenitor biológico de solicitar la extinción de la adopción cuando sin culpa suya no hubiera intervenido en el expediente».

sentimiento) no debe ser necesariamente favorable a la adopción para que ésta pueda constituirse, aunque sí debe concurrir. Por tanto, el asentimiento de los padres<sup>413</sup> del adoptando no ha de ser siempre favorable a la adopción (puesto que puede ser que los padres manifiesten que no están de acuerdo con ella, es decir, que se opongan y que ésta se constituya). De esta manera, el interés superior del menor, una vez que ha sido puesto en relación con el de sus padres, ha de primar en todo caso (tanto si aquellos se manifiestan favorables a la adopción como si no). El considerar como vinculante para el Juez el asentimiento que emitan los padres biológicos puede llegar a vulnerar dicho principio.

Cuestión distinta es que el asentimiento paterno o materno (al igual que sucede con el asentimiento del cónyuge del adoptante) no concorra, en el sentido que sea, pues tal circunstancia impide la constitución de la adopción (art. 177.2 2.º pfo. 1.º CC). Como pone de manifiesto GARCÍA PASTOR<sup>414</sup> «(...) el interés del menor sólo puede quedar determinado a partir de las circunstancias fácticas existentes en cada caso, y tales circunstancias fácticas, a su vez, tienen que ser determinadas con participación de las dos partes (la entidad de protección del menor y la familia)». En el supuesto de que la adopción se constituyese sin que mediara el asentimiento de los padres, el art. 180 CC deja abierta la puerta a que la misma se extinga en aquellos casos en los que: «(...) el padre o la madre, sin culpa suya no hubiesen intervenido en el expediente en los términos expresados en el art. 177 CC». Esta posibilidad revela la gran importancia de que se lleve a cabo correctamente esta fase del procedimiento adoptivo.

Sin embargo habría que matizar esta solución atendiendo a dos supuestos diferentes que pueden producirse, ya que ¿se llega a la misma solución que la expuesta en el caso de que el adoptando sea mayor de doce años que en el que sea menor de dicha edad? La cuestión de la edad no es irrelevante porque la intervención del adoptando en el procedimiento no es la misma según tenga una u otra edad. Como ya se estudió, el adoptando mayor de doce años con juicio suficiente deberá consentir (esto es, prestar su consentimiento) a la constitución de la adopción. Si ello sucede, ¿puede el disentimiento de los padres a la adopción llegar a impedir su constitución? La respuesta a este interrogante es clara: rotundamente no, pues afirmar lo contrario, independientemente de la postura que se defienda con relación a cuál sea el valor exacto que deba dársele al asentimiento de los padres, supondría desvirtuar en su totalidad el carácter que la ley expresamente ha concedido a la declaración de voluntad del adoptando mayor de doce años y con juicio suficiente: el carácter de declaración imprescindible, *sine que non*, para poder constituir la adopción. Pero ¿sucede lo mismo en el caso de que los padres se opongan a la adopción de su hijo menor de doce años (tanto si tiene derecho a audiencia, por tener suficiente juicio, como si no lo tiene por no tenerlo)? La respuesta en este caso no es tan sencilla como en el anterior, pero pese a ello, y a sabiendas de que existen argumentos para sostener lo contrario, en mi opinión no puede dejar de afirmarse que incluso en tal situación, puede el Juez constituir la adopción en pro del interés superior del menor<sup>415</sup>.

La madre biológica<sup>416</sup> (que no el padre) del adoptando no puede prestar su asentimiento a la adopción de su hijo con anterioridad a los treinta días posteriores al parto<sup>417</sup>. En un sentido

<sup>413</sup> V. Joaquín FUERTES ZURITA y Pere AMORÓS MARTÍ, «Práctica de la adopción» en *Manual de protección infantil*, Coord. Joaquín DE PAUL OCHOTORENA y M.ª Ignacia ARRUABARRENA MADARIAGA, Barcelona, 1996, pp. 451-457.

<sup>414</sup> Milagros GARCÍA PASTOR, «Comentario al art. 176 CC» en *Jurisprudencia Civil comentada*, tomo I, Dir. Miguel Pasquau Liaño, Granada, 2000, pag. 794.

<sup>415</sup> En contra, Rosa M.ª MORENO FLÓREZ, «Comentario al art. 177 CC» en *VVAA, Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 2.º, Coords.: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa M.ª MORENO FLÓREZ, Barcelona, 2000, p. 1609.

<sup>416</sup> V. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español» en *ADC*, tomo L, fasc. I, enero-marzo, 1997, pp. 5-96.

<sup>417</sup> V. Eduardo CORRAL GARCÍA, «La nulidad de una adopción y el interés del menor: conveniencia de la reinserción en la familia de origen (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001)» en *Actualidad Civil*, n.º 7,

similar se expresan los ordenamientos jurídicos de nuestro Derecho Comparado, que intentan asegurar un periodo de reflexión mínimo en la madre, dado el carácter irrevocable de la adopción. En todos ellos se precisa el asentimiento de ambos progenitores, padre y madre, ya sea conjunta o separadamente. La exigencia de que hayan transcurrido como mínimo treinta días tras el parto para que la madre pueda prestar su asentimiento no puede ser interpretada, como ha ocurrido en ocasiones, de manera que sea válido el asentimiento prestado por la madre antes del nacimiento o antes de que transcurran los treinta días con la única salvedad de que el mismo no será eficaz hasta que transcurra dicho plazo legal<sup>418</sup>. Esta idea ha quedado perfectamente clara en la STS de 21 de septiembre de 1999 que, al estudiar un caso en el que la madre había prestado anticipadamente al nacimiento de su hija su asentimiento a la adopción de la misma, afirma en su FJ 4.º que: «*La renuncia anticipada (...) a unos derechos-deberes expectantes, pugna expresamente con lo dispuesto en el art. 177.2 CC (...). No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación al parto, y ni siquiera en el periodo de treinta días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día treinta y uno; (...). Las razones de esta cautela legal, se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño. (...) El efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que el de la nulidad de pleno derecho (art. 6.3 CC)*». También la STS de 9 de julio de 2001, ante un supuesto similar, se pronuncia en el mismo sentido.

En Cataluña el asentimiento materno no sólo debe prestarse una vez transcurridos treinta días tras el parto, sino que además, deberá emitirse en todo caso ante la autoridad judicial, tal y como establece el art. 122.2 CF (sin que valga por tanto que el mismo se preste ante la entidad pública competente o mediante documento público).

### 4.3. El derecho de audiencia: derecho a ser oído

Mediante el trámite de audiencia, el Juez únicamente se limitará a oír lo que tengan que decir los llamados a la misma. Como sostienen MIRAMBELL I ABANCÓ y ARROYO AMAYUELAS<sup>419</sup>, «*La audiencia implica considerar el simple punto de vista de las personas que no han de consentir y de algunas que tampoco han de asentir*». No se está por tanto, ante un requisito que debe concurrir necesariamente para que la adopción se pueda constituir, ya que no es una *conditio iuris* que vincule con su presencia la constitución de la adopción. Díez de LEZCANO SEVILLANO<sup>420</sup> afirma que el ser oído «*(...) consistirá en una opinión acerca de la adopción, sin más trascendencia que la de contribuir a formar la opinión del Juez sobre la misma*».

Con relación a quiénes son las personas que tienen derecho a ser oídas en el expediente de constitución de la adopción, el art. 177.3 CC establece:

2002; Francisco Lledó Yañe, «Sobre nulidad de adopción plena (Sentencia de 18 de marzo de 1987)» en *ADC*, tomo XLI, fasc. I, enero-marzo de 1988, pp. 351-359.

<sup>418</sup> V. Luis PORTERO GARCÍA, «Algunos aspectos relativos a la adopción y acogimiento» en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 6, 1999, pp. 135-140.

<sup>419</sup> Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ y Esther ARROYO I AMAYUELAS, «El Dret de Família a Catalunya» en *Derechos Civiles de España*, vol. III, Madrid, 2000, p. 1238.

<sup>420</sup> V. Ignacio Díez de LEZCANO SEVILLANO, «Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción» en *RCDI*, año LXV, n.º 590, 1989, pp. 30-31.

«Deberán ser simplemente oídos por el Juez<sup>421</sup>:

- 1.º Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción.
- 2.º El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores.
- 3.º El adoptando menor de doce años, si tuviere juicio suficiente.
- 4.º La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquel.»

Al igual que el consentimiento y a diferencia del asentimiento, la audiencia está caracterizada por el principio de inmediación: necesariamente ha de realizarse ante el Juez, lo cual ha venido a ser corroborado por la LEC 1/2000 cuando establece en su art. 137.2 que «Las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto», castigando el incumplimiento de esta norma con la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones (apdo. 3 del citado artículo).

Los padres del adoptando deberán ser simplemente oídos cuando el adoptando sea mayor de edad o menor emancipado<sup>422</sup>, ya que en definitiva, el fundamento de exigir el asentimiento se encuentra en la patria potestad que en estos supuestos ya no existe (art. 169.2.º CC)<sup>423</sup>, y cuando pese a ser el adoptando menor de edad, los padres se hallen incurso en causa legal de privación de la patria potestad<sup>424</sup> (art. 177.2 2.º CC), puesto que si los padres se hallan privados de la patria potestad no será necesario que presten declaración de voluntad alguna (ni asentimiento ni audiencia). En ambos casos deberá explicárseles a los padres porque simplemente se les oye así como las (escasas) consecuencias que tendrá su negativa a la constitución de la adopción.

<sup>421</sup> El Derecho catalán (art. 123 d. CF) amplía la lista de sujetos que deben ser oídos a los hijos, si los hay, del adoptante o adoptantes y a los de la persona adoptada siempre que tengan suficiente conocimiento y sea posible. No obstante, nada impediría, según mi opinión, que atendiendo a las circunstancias del caso concreto un Juez no catalán citara en audiencia a estas personas e incluso a cuantas considerara necesario oír para fundamentar correctamente su decisión. Por ello, interpreto que el art. 177.3 CC recoge un mínimo de sujetos que deben ser oídos por el Juez, pero no es una lista cerrada que impide la inclusión de otras personas atendiendo al caso concreto. Hay autores que sostienen como interesante y posible que el Juez cite en audiencia al cónyuge del adoptando, al cónyuge del adoptante cuando estén separados de hecho y conste fehacientemente, a los padres privados de la patria potestad, a los hijos del adoptante, a los abuelos maternos o paternos en supuestos de adopción del hijo huérfano de padre o madre que va a ser adoptado por el nuevo cónyuge del progenitor superviviente. V. Pilar Gutiérrez Santiago, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, p.181, nota al pie n.º 299.

<sup>422</sup> A favor, Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, pp. 168-169. Como sostiene esta autora, a pesar de que la LO 1/1996 haya cambiado el orden dentro del texto del art. 177.2.2.º CC: «(...) pese a ello, del tenor literal de la norma se sigue desprendiendo, «sensu contrario», que cuando el adoptado se halla emancipado (por mayoría de edad o por cualquier otra forma de emancipación) estamos ante uno de los casos en que sus padres no deben asentir y al que, por tanto, atañe la condición de que su «asentimiento no sea necesario» a la que el artículo 177.3.1.º supedita su derecho a ser oídos».

<sup>423</sup> En la legislación catalana se prevé, sin embargo, que el padre y la madre del adoptando mayor de edad también habrán de asentir a la adopción (art. 123 a. CF).

<sup>424</sup> V. la SAP de Madrid de 16 de septiembre de 1993 (FJ 1.º y 2.º). En mi opinión, ¿no hubiera podido defenderse con anterioridad a la LO 1/1996 la inconstitucionalidad del art. 177.2 CC (y por ende, arts. 1827 y 1831 LEC) por chocar con el art. 24.2 CE? No media sentencia firme que acredite que se encuentran efectivamente privados de la patria potestad. Nada indica, en principio, que necesariamente se vayan a ver privados de la misma, pudiendo perfectamente darse el caso de que no lo sean. Piénsese en las repercusiones prácticas que puede acarrear si efectivamente se hubiera estimado inconstitucional esta norma, en tanto en cuanto, el padre al que finalmente no se le privó de la patria potestad, va a recurrir amparado en tal declaración de inconstitucionalidad de la norma que le impidió prestar el asentimiento a la adopción de su hijo. ¿Sería necesario por lo tanto, no constituir ninguna adopción hasta que no se haya dictado sentencia firme que prive al progenitor de la patria potestad si únicamente se le va a citar para ser oído? No obstante, como pone de relieve PÉREZ OREIRO, el panorama ha cambiado tras la LO 1/1996. Con anterioridad a esta norma la apreciación de si los padres se hallaban incurso en causa de privación

Por su parte, el menor de doce años no va a poder prestar su consentimiento a la adopción, puesto que este derecho se reserva únicamente al mayor de dicha edad, tal y como se analizó en su momento. Pese a ello, nuestra legislación le reconoce la posibilidad de ser escuchado, lo que conllevará necesariamente también, la valoración por el Juez de su negativa o aquiescencia a la constitución de la adopción cuando tenga *juicio suficiente*<sup>425</sup>. Refuerza esta idea el principio de colaboración establecido en el art. 15 LO 1/1996 que dispone que: «*En toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor (...)*».

En el ámbito internacional, de manera más general, el art. 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 establece que:

*«(...) se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional»<sup>426</sup>.*

Obviamente, el que el menor se pronuncie en uno u otro sentido (o sea, se muestre partidario o en contra de la constitución de la adopción) no vinculará en modo alguno al Juez<sup>427</sup>, de igual manera que sucede con todas las declaraciones que son escuchadas en audiencia. El empleo por parte del legislador de un concepto jurídico indeterminado, «*suficiente juicio*» (o como lo denomina el legislador catalán en su art. 123 c. CF, «*suficiente conocimiento*»), implica que deberá ser el Juez en cada caso concreto el que deba, apoyado en los informes periciales que considere pertinentes, apreciar exactamente el *juicio* de cada menor, y si éste es lo *suficiente* como para comprender el alcance de lo que allí se está planteando. Por ello en la práctica, como pone de manifiesto GUTIÉRREZ SANTIAGO<sup>428</sup>, lo habitual por parte de nuestros Jueces es: «*(...) oír siempre al menor antes de decidir; y es que en muchos casos (...) será conveniente que el Juez, aparte del posible dictamen de expertos, llegue personalmente a conocerle y a escucharle, para saber si tiene o no dicho juicio*».

Existen, también, otros sujetos que recoge el art. 177.3 CC y que tienen derecho de audiencia: el tutor y, en su caso, el guardador o guardadores así como la Entidad pública a fin de apreciar la idoneidad del adoptante (cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquel)<sup>429</sup>.

de la patria potestad la realizaba el Juez basándose en unos simples informes sociales aportados por la entidad pública, en los cuales se evidenciaba el incumplimiento por parte de éstos de sus obligaciones inherentes a la patria potestad. De esta manera se llegaba en la práctica al absurdo de tratar en el expediente de adopción a padres no privados legalmente de la patria potestad como si lo hubieran sido. Tras la LO 1/1996, el art. 177.2 CC establece: «*(...) sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el art. 1827 de la LEC*». Ahora será necesario, e independientemente de que haya o no oposición de los padres, el acudir a un procedimiento judicial contradictorio en el que intervendrán todas las partes. V. José Ramón PÉREZ OREIRO, «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» en VVAA, *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Burgos, 1999, pp. 206-208.

<sup>425</sup> V. la primera parte del pfo. 7.º del Preámbulo de la Ley 21/1987, el pfo. 1.º del art. 173.2 y el art. 177.1 CC, y el pfo. 2.º del art. 1828 LEC 1881 (que continúa en vigor hasta tanto no se apruebe la Ley de Jurisdicción Voluntaria tal y como dispone la Disposición Derogatoria única de la LEC 1/2000).

<sup>426</sup> En consonancia con este mandato internacional, el art. 9.1 pfo. 1.º LO 1/1996 establece que: «*El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*». V. a este respecto, Francisco MATA RIVAS, «El derecho del menor a ser oído, y la incidencia de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en el Derecho Aragonés» en *RDP*, octubre de 1996, pp. 737-741; M.ª Eugenia SERRANO CHAMORRO, «El derecho a ser oído del menor tras la nueva LO de 15 de enero de 1996» en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, pp. 167-172.

<sup>427</sup> V. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Audiencia del menor» y «Relevancia de la voluntad del menor, revelada al ser oído» en *El interés del menor*, Madrid, 2000, pp. 130-141.

<sup>428</sup> Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, p. 177.

<sup>429</sup> Con esta exigencia se pretende, como afirma PÉREZ OREIRO, «*(...) que la entidad pública se responsabilice en todos los casos de la idoneidad del adoptante*». José Ramón PÉREZ OREIRO, «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996,

## SECCIÓN SEGUNDA: LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y LAS ENTIDADES ACREDITADAS

Tras la entrada en vigor de la Ley 21/1987, las entidades públicas españolas adquieren protagonismo en materia de protección de menores al serles concedidas diversas competencias<sup>430</sup>. Como sostiene SEVILLA BUJALANCE<sup>431</sup>, «*su actividad se circunscribe fundamentalmente a los mecanismos de guarda que se insertaron en el Ordenamiento a través de la citada Ley, esto es, la tutela ex lege, el acogimiento y la guarda (...) Como excepción, las entidades públicas de protección de menores extienden sus funciones a una de aquellas instituciones que existían en el Código Civil antes de la Ley 21/1987: la adopción*». Por su parte, la LO 1/1996 modifica la situación competencial de las entidades públicas en el régimen jurídico de protección de menores, en el sentido de otorgarles mayores competencias (tal y como sucede por ejemplo en materia de tutela en los arts. 16 y 18). Por lo que respecta a la institución de la adopción, hay que destacar básicamente la introducción de un precepto, el art. 25, que especifica cuáles son las competencias de las entidades públicas en materia de adopción internacional, puntualizando cuáles pueden éstas delegar en entidades debidamente acreditadas para tal fin. Este precepto, que solamente ha recogido el supuesto en el que la adopción se lleva a cabo cuando adoptantes y adoptandos residen en países diferentes, dispone:

*«1. En materia de adopción internacional, corresponde a las entidades públicas:*

*a) La recepción y tramitación de las solicitudes, ya sea directamente o a través de entidades debidamente acreditadas.*

*b) La expedición, en todo caso, de los certificados de idoneidad y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, la expedición del compromiso de seguimiento.*

*c) La acreditación, control, inspección y la elaboración de directrices de actuación de las entidades que realicen funciones de mediación en su ámbito territorial.*

*Las funciones de mediación a realizar por las entidades acreditadas serán las siguientes:*

*— Información y asesoramiento a los interesados en materia de adopción internacional.*

*— Intervención en la tramitación de expedientes de adopción ante las autoridades competentes, tanto españolas como extranjeras.*

*— Asesoramiento y apoyo a los solicitantes de adopción en los trámites y gestiones que deben realizar en España y en el extranjero.*

*Sólo podrán ser acreditadas las entidades sin ánimo de lucro inscritas en el registro correspondiente, que tengan como finalidad en sus estatutos la protección de menores, dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas y estén dirigidas y administradas por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación en el ámbito de la adopción internacional.*

*Las entidades públicas podrán retirar la acreditación concedida, mediante expediente contradictorio a aquellas entidades de mediación que dejen de cumplir las condiciones que motivaran su concesión o que infrinjan en su actuación el ordenamiento jurídico.*

*2. La comunicación entre las autoridades centrales españolas competentes y las autoridades competentes de otros Estados se coordinará de acuerdo con lo previsto en el 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 y ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995.*

de protección jurídica del menor» en *Instituciones Protectoras del Menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999, p. 213.

<sup>430</sup> V. Javier RAMOS SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad» en *La Ley*, vol. 2, 1989, pp. 996-1012 (en especial, pp. 1000-1005).

<sup>431</sup> Juan Luis SEVILLA BUJALANCE, «El papel de las entidades públicas de protección de menores tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero» en *BIMJ*, año LI, n.º 1794, 1997, p. 824.

3. *En las adopciones internacionales nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquéllos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios.*

4. *Las entidades públicas competentes crearán un registro de reclamaciones formuladas por las personas que acudan a las entidades acreditadas de este artículo».*

La novedad de la norma es más que cuestionable por cuanto en el fondo no viene a ser otra cosa que una reproducción del CHAI; en definitiva, se aumentan las competencias de las Autoridades Públicas al establecer la necesidad de que exista un certificado de idoneidad expedido por éstas. Ello ha sido criticado duramente pues, como expuse en su momento, ya con anterioridad a la promulgación de la Ley existían propuestas para recortar las competencias administrativas en esta materia.

Entidades públicas, a los efectos de la LO 1/1996, serán las que como tal designen las CCAA, de acuerdo con sus respectivas normas de organización (DF 22.ª LO 1/1996). Son, en definitiva, los servicios u organismos de asistencia social de las CCAA<sup>432</sup>. De esta manera se despejaron las dudas que generaba la interpretación de la DA 1.ª de la Ley 21/1987 cuando establecía que las entidades públicas eran los organismos del Estado, de las CCAA o de las Entidades Locales a las que, con arreglo a las leyes, correspondía en el territorio respectivo la protección de menores. Como ha puesto de manifiesto DE PABLO CONTRERAS<sup>433</sup>, unánimemente se entendió que «(...) *la atribución se refería esencialmente a las CCAA (a todas ellas), al incardinarse la protección de menores en la materia "asistencia social", haberse asumido la competencia sobre ésta por todos los Estatutos de Autonomía e incluirse el traspaso de los medios materiales y personales de la antigua "Obra de Protección de Menores" estatal en todos los Reales Decretos de transferencia de servicios en materia asistencial social. Así las cosas, la alusión al Estado en la citada disposición adicional carecía prácticamente fuera de sentido (sólo era referible entonces al ámbito territorial de Ceuta y Melilla); y la inclusión de las entidades locales tenía un alcance muy limitado, puesto que (...) la determinación de las competencias de aquellas corresponde a las leyes autonómicas, no siendo previsible (como así ha sucedido) que éstas (...) trasladaran ninguna de sus competencias a dichos entes locales».* Por tanto, las funciones de las entidades públicas pueden concretarse en las que se recogen en el apdo. b) del artículo (esto es: la emisión del informe psicosocial y en su caso del certificado de idoneidad, así como el llevar a cabo el compromiso de seguimiento cuando éste sea pertinente<sup>434</sup>), y en el apdo. c) del mismo (supervisar la actuación de las entidades colabora-

<sup>432</sup> V. Esperanza GARCÍA GARCÍA, «La adopción internacional en las Comunidades Autónomas» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.

<sup>433</sup> Pedro DE PABLO CONTRERAS, «Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor» en VVAA, *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor*, La Coruña, 1999, p. 50.

<sup>434</sup> El compromiso de seguimiento es un compromiso formal que asumen las autoridades competentes del país de recepción del menor para con el país de origen del mismo. Según el art. 20 del CHAI, «*Las autoridades centrales se mantendrán informadas sobre el procedimiento de adopción y las medidas adoptadas para finalizarlo, así como el periodo probatorio, si fuera requerido*». En la práctica los países de origen exigen diferentes periodos de seguimiento: los hay que exigen que tal seguimiento se lleve a cabo trimestralmente durante los cinco primeros años posteriores a la adopción, lo cual, como fácilmente puede imaginarse será extremadamente engorroso de cumplir por parte de la familia adoptiva, que cada tres meses verá con recelo todas las preguntas a las que se verán sometidos del que ellos ya consideran como su hijo en toda la extensión de la palabra. Esta situación se ve aún más forzada cuando se ha llevado a cabo la inscripción de la adopción en el Registro Civil español (previo reconocimiento de la misma), puesto que en este momento ya ante nuestra legislación el menor es hijo del adoptante. Por todo ello, en algunas CCAA se ha llegado a soluciones más factibles en la práctica, como es el caso de Cataluña, donde este compromiso de seguimiento se ha traducido en los últimos años y con ciertos países

doras a lo largo de todo el proceso). En la práctica, la recepción y tramitación de las solicitudes de adopción internacional del apdo. a), es una labor que va a ser llevada a cabo por las entidades acreditadas. En otros países, sin embargo, el sistema es diferente al haberse creado a nivel estatal un organismo especializado en las adopciones internacionales. En Francia, por ejemplo, junto a las denominadas «obras de adopción» (asociaciones privadas bajo control y tutela de los poderes públicos) se encuentra la *Mission de l'adoption internationale* (integrada por un equipo multidisciplinar con funcionarios del Ministerio de Justicia y de Asuntos Sociales) creada en 1988, es una estructura administrativa especializada en adopción internacional<sup>435</sup>.

Las quejas de los ciudadanos sobre el incorrecto funcionamiento de las entidades públicas en esta materia no se hicieron esperar. Prueba de ello son las que se enumeran en el Informe realizado por el Justicia de Aragón a principios de 1997 con relación a dicha Comunidad<sup>436</sup>: falta de información suficiente a los interesados y de asesoramiento previo en los distintos aspectos y trámites de la adopción internacional; la información que se proporciona desde el Servicio Provincial de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de Zaragoza no es facilitada por especialistas en la materia sino por los mismos técnicos que se encargan de la tramitación de adopciones internas. Es una información muy genérica y en ocasiones, induce a confusión; no se proporciona a los solicitantes información periódica (trimestral o semestralmente) sobre la marcha de los expedientes de adopción ante las competentes autoridades españolas y extranjeras; tardanza en la emisión de los correspondientes informes psicosociales por los técnicos del Servicio Provincial (el tiempo medio para la conclusión de estos informes es de nueve a diez meses); falta de notificación por escrito a los solicitantes de las resoluciones por las que se acuerda la idoneidad.

Por lo que respecta a la labor que lleva a cabo en esta materia el Ministerio de Asuntos Sociales pueden realizarse las siguientes apreciaciones: tras la creación por la LO 1/1996 de las ECAIS y la concreción de que por entidades públicas ha de entenderse necesariamente las competentes en esta materia de cada CA, la función del Ministerio en materia de tramitación de adopción internacional ha quedado relegada a labores de relaciones internas con las CCAA y básicamente a las actuaciones de promoción de la coordinación de las CCAA entre sí, con el objetivo de que los criterios que éstas empleen en el desarrollo de sus funciones sean lo más homogéneos posibles en todo el territorio nacional<sup>437</sup>. De la misma manera, también el Ministerio de Asuntos Sociales coordina las actuaciones que otros Ministerios (como el de Asuntos

---

(con los que se ha pactado previamente en este sentido), en un envío a la autoridad competente del país de origen del menor de fotografías, certificados médicos, de calificaciones escolares, que son reflejo del buen estado en el que se encuentra el menor y que cumplen fehacientemente con la función del seguimiento, sin perturbar en demasía la vida cotidiana de la familia adoptiva.

<sup>435</sup> La *MAI* es una autoridad pública creada dentro del Ministerio de Asuntos Exteriores, si bien está compuesta por personal de dicho Ministerio, del de Justicia y del de Asuntos Sociales. V., sobre la adopción en Francia, Frédérique GUILMELCHAIN, *L'adoption en 10 leçons. Toutes les démarches pas à pas*, Genève, 1999, p. 115 y ss.; Gérard CASTEX, «La intervención de las Administraciones Públicas de países europeos en las adopciones internacionales» (conferencia pronunciada en una de las mesas redondas de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.

<sup>436</sup> Justicia de Aragón, «Adopción internacional: dificultades en el proceso», *Informe realizado por el Justicia de Aragón* a principios de 1997, p. 19.

<sup>437</sup> El ejercicio de esta labor se ve claramente reflejado en la normativa autonómica por cuanto los Decretos habilitadores de las ECAIS en las CCAA, como ya apunté, son todos muy similares entre sí, teniendo muchos artículos redactados exactamente de la misma manera. Concretamente esta realidad es fruto de la propuesta, por parte del Ministerio a las CCAA de un modelo de decreto en el que las mismas se basaron para redactar cada una el suyo. Recalco, no obstante, que no se trata de una imposición coercitiva por parte del Ministerio a las CCAA de la obligación de redactar su normativa de acuerdo con los parámetros por ella ofrecidos sino de una especie de «invitación», si se quiere (puesto que el Ministerio no puede obligar a ninguna CA a proceder en el sentido que a él le parece el más adecuado). Sin embargo, exis-

Exteriores, el de Interior o el de Justicia) llevan a cabo en materia de adopción internacional. El Estado no tiene competencias directas en materia de adopción internacional salvo en los siguientes supuestos: que no hayan ECAIS acreditadas para un país en concreto, que el solicitante no quiera tramitar la adopción mediante una agencia (siempre que el país de origen permita tal proceder), y que el país extranjero exija necesariamente que en la tramitación intervenga una autoridad pública (tal y como sucede por ejemplo en Venezuela, Ucrania y Panamá). En estos casos, el Ministerio se convierte en el «mensajero» de la CA en cuestión puesto que ésta le envía toda la documentación para que la reenvíe por valija diplomática a la autoridad competente del país extranjero. Sin embargo, lo más habitual en la práctica es que el solicitante acuda a una agencia y que el expediente lo tramite la CA. Por otra parte, el Ministerio lleva a cabo funciones de colaboración con instituciones públicas de los países de origen de los menores, las cuales se traducen en la práctica en protocolos, que se erigen como instrumentos ágiles que tratan de facilitar la tramitación de las adopciones internacionales, si bien no son vinculantes para los Estados que los firman al tratarse de meras declaraciones de intenciones y no de tratados internacionales propiamente dichos. En definitiva, la intervención del Estado en materia de adopción ha sido vista con recelo por parte de la doctrina que considera que puede llegar a entorpecer y dilatar las tramitaciones debido básicamente a que se confunde a las Autoridades extranjeras que no saben con quien deben tratar<sup>438</sup>.

## I. LAS ENTIDADES COLABORADORAS DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (ECAIS)<sup>439</sup> DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO ESPAÑOL

Es evidente que los trámites que deben cumplimentar los adoptantes pueden verse obstaculizados por el desconocimiento del régimen jurídico que tiene la tramitación de la adopción en el país de origen del menor. No se sabe cómo contactar con las autoridades competentes, con juristas especializados; cómo tramitar correctamente todos los documentos necesarios. Esta realidad ha motivado que, en la práctica, hayan surgido intermediarios entre los adoptantes y el adoptado que se encargan de realizar y agilizar esos trámites<sup>440</sup>. Ello ha hecho que los legisladores de los diferentes países se hayan visto obligados a dar cobertura legal a estos mediadores (que por regla

---

ten muchos puntos trascendentales que difieren de unos decretos autonómicos a otros, lo que ha levantado las protestas de las familias adoptantes por cuanto, dependiendo de la CA en la que se tramite la adopción, los requisitos y procedimientos pueden variar trascendentalmente en el sentido de llegar incluso a ofrecer una visión de que es más fácil adoptar en un determinado lugar que en otro.

<sup>438</sup> V. Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Madrid, 2000, p. 18, que sigue en este punto a Cristina Rodríguez Beilfuss.

<sup>439</sup> Usaré este término y esta abreviatura por considerarla la más apropiada, ya que también ha sido la empleada por los legisladores autonómicos. A modo de ejemplo, puede citarse el Decreto de Extremadura 5/2003, de 14 de enero, sobre el procedimiento valoración solicitudes adopción y acogimiento familiar y selección adoptantes y acogedores (arts. 40, 42,...). Pese a ello, algunas CCAA las denominan «Entidades de Mediación para la Adopción Internacional» (cuyas siglas serían en este caso las de EMAIS), tal y como sucede, por ejemplo, en la Comunidad Valenciana (V. el Decreto 100/2002, de 4 de junio, de la Comunidad Autónoma de Valencia, por el que se regula la acreditación, funcionamiento y control de las Entidades de Mediación en Adopción Internacional y el Registro de Reclamaciones formuladas contra las entidades de mediación acreditadas).

<sup>440</sup> V. Miek DE LANGEN, «La adopción internacional» en *XIII Congreso Mundial: Las nuevas familias*, Turín, 16 al 21 de septiembre de 1990, p. 71; Peter SELMAN y Jill WHITE, «Mediation and the role of accredited bodies in intercountry adoption» en *Adoption & Fostering*, vol. 18, n.º 2, 1994, pp. 7-13; Annika GRÜNEWALD, «La adopción internacional en Suecia y el papel del Centro de Adopción» en *Boletín de Estudios y Documentación del Comité español para el bienestar social (Nuevas Políticas para la infancia y adolescencia)*, n.º 5, 1995, pp. 79-85; Zef HENDRIKS, «The role of adoption agencies in the field of adoption», conferencia impartida en el Seminario Europeo: *La familia y la protección a la infancia en la Unión Europea. Problemas legales y soluciones*, celebrado el 20 y 21 de noviembre, Madrid, 1995.

general no suelen ser personas físicas sino jurídicas, asociaciones o fundaciones)<sup>441</sup> para así garantizar el estricto cumplimiento de la legalidad existente y, sobre todo, para evitar que puedan lucrarse indebidamente a costa de los adoptantes por la realización de su labor. Incluso, en algunos países (tales como Bolivia, Perú, Rumania, Hungría o Rusia) sólo se admite la tramitación de las adopciones internacionales si intervienen en el proceso estas entidades, si bien lo más frecuente es que los países permitan la tramitación tanto por vía de ECAI como por medio de las autoridades públicas. Pero la existencia de estas entidades, como pone de manifiesto HERRÁN ORTIZ<sup>442</sup>, «supone, en realidad, admitir la incapacidad de las Administraciones Públicas para dar cumplida respuesta a una demanda de la sociedad, cual es la agilización y corrección en la constitución de adopciones internacionales».

Dado que España ha ratificado el CHAI (siendo por lo tanto parte del mismo), la LO 1/1996 prevé la creación de entidades colaboradoras para la adopción internacional, las ECAIS<sup>443</sup>, si bien la misma norma también las denomina en su Exposición de Motivos «agencias privadas». Realmente la creación de estas entidades no supone una innovación, sino la cobertura legal de una realidad fáctica que cada día iba en aumento. Fue a finales de 1995 cuando la primera Comunidad Autónoma española procedió a la regulación de las ECAIS en su territorio<sup>444</sup>. Actualmente las CCAA han llevado a cabo el desarrollo de esta materia mediante sus correspondientes Decretos. Por tanto, en nuestro país se puede realizar una adopción internacional con o sin mediación de las ECAIS, dependiendo claro está, de lo que disponga al respecto la normativa interna del Estado extranjero en el que se va a adoptar. En otros países de recepción (como por ejemplo en Finlandia, Francia, Noruega,...), sin embargo, sólo se puede adoptar con mediación de las ECAIS.

Sin embargo, incluso reconociendo que al menos teóricamente es incuestionable que facilitan los trámites de la adopción a las familias, la existencia de las ECAIS también puede generar problemas (como de hecho ya ha sucedido en la práctica, tal y como se tendrá ocasión de poner de manifiesto).

### 1.1. Breve referencia a las personas jurídicas que pueden constituirse en ECAI

*El art. 35 CC dispone:*

*«Son personas jurídicas:*

*1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.*

<sup>441</sup> La posibilidad de la existencia de estos mediadores se encuentra en múltiples textos legales. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 reconoce el derecho de reunión y de asociación (art. 20); el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de febrero de 1966; el CHAI; la misma CE, que reconoce el derecho de asociación (art. 22) y el de fundación (art. 34); el art. 35 y ss. del CC; la Ley de Asociaciones de 1964; la Ley 30/94 sobre Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General; etc.

<sup>442</sup> Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Madrid, 2000, p. 48.

<sup>443</sup> Las ECAIS tienen su antecedente más inmediato en las instituciones colaboradoras de acogimiento familiar previstas por la Ley 21/1987. Dicha Ley en su DA 1.ª pfo. 2.º, concedía a las CCAA la facultad de «(...) habilitar (...) como instituciones colaboradoras de integración familiar, a aquellas asociaciones o fundaciones no lucrativas». V. Pilar RODRÍGUEZ JORDA, «Las entidades competentes públicas y privadas. Alcance de sus competencias. La tutela automática» en *El régimen jurídico de la adopción. La Ley de adopción de 11 de noviembre de 1987*, n.º 16 de la Colección Aragón de Bienestar Social, Zaragoza, 1989, pp. 11-21 (en particular, por lo que a las entidades privadas se refiere, V. pp. 19-21).

<sup>444</sup> Esto lo hizo Cataluña mediante su Decreto 337/1995, de 28 de diciembre de acreditación y funcionamiento de las instituciones colaboradoras de adopción internacional de la Comunidad Autónoma de Cataluña (DOGC 12-1-1996), Decreto que ha sido derogado por el Decreto 97/2001, de 3 de abril, sobre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional (DOGC n.º 3369, 17-4-2001).

2.º *Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.»*

Podrán, por tanto, ser ECAIS aquellas asociaciones o fundaciones que estén legalmente constituidas e inscritas en el Registro correspondiente, siempre y cuando tengan por finalidad la protección de menores, con ausencia de ánimo de lucro<sup>445</sup>. Esta última característica impide que puedan constituirse en ECAIS las sociedades, que si bien son también personas jurídicas de tipo asociativo, se distinguen de las asociaciones en sentido estricto precisamente por contar con el lucro como su fin primordial (lo cual se pone de relieve tanto en la legislación civil como en la mercantil<sup>446</sup>), entendiendo por tal, como sostiene DE PABLO CONTRERAS<sup>447</sup>, la «(...) intención de obtener un beneficio económico, tanto si se trata de un lucro directo que ingrese en el patrimonio social y que posteriormente se reparta entre los socios, como si lo que se pretende es conseguir un lucro indirecto, esto es, un ahorro para los socios debido a la prestación por la sociedad a éstos de determinados servicios». Por ello, continúa este autor, las cooperativas deben entenderse incluidas en las sociedades, por lo que no van a poder tampoco constituirse en ECAIS.

La asociación<sup>448</sup> es la persona jurídica sin ánimo de lucro formada por un conjunto de personas (*universitas personarum*)<sup>449</sup> con un funcionamiento democrático que dispone de un patrimonio organizado para la consecución de fines determinados. Poseen unos estatutos por los que se rigen que son las reglas fundamentales de su funcionamiento puesto que vinculan a los asociados. La máxima que ha de regir su actuación la puso claramente de manifiesto la STC de 22 de noviembre de 1988 cuando estableció que ha de crearse «(...) no sólo vínculo jurídico entre los socios, sino también una solidaridad moral basada en la confianza recíproca y en la adhesión a los fines asociativos»<sup>450</sup>.

Las fundaciones<sup>451</sup> (*universitas bonorum*) no se encuentran definidas en ningún precepto del Código Civil, pero puede afirmarse que «(...) suponen la personificación de un fin: por ello no solamente carecen de asociados o miembros (no son una persona colectiva o un grupo) sino que,

<sup>445</sup> En el mismo sentido se expresa el art. 2 («concepto de entidades colaboradoras de adopción internacional») del Decreto 200/1997, de 7 de agosto, en el que se regula la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional de la CA canaria, cuando dispone: «Se consideran entidades colaboradoras de adopción internacional aquellas fundaciones y asociaciones de carácter no lucrativo, legalmente constituidas, en cuyos estatutos figure como fin u objeto la atención o protección de los menores y que (...) obtengan la correspondiente habilitación de la Dirección General de Protección del Menor y la Familia para intervenir en funciones de mediación en adopción internacional en los términos y condiciones establecidos en el presente Decreto».

<sup>446</sup> V. el art. 1665 CC y 116 CCom.

<sup>447</sup> Pedro de Pablo CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil Navarro*, tomo I: Introducción y Parte General, Pamplona, 1990, p. 357. En el mismo sentido, V. Sofía DE SALAS MURILLO, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Madrid, 1999, p. 183.

<sup>448</sup> La LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (BOE n.º 73 de 22 de marzo de 2002), que entró en vigor a los dos meses de su publicación, es la que regula a las asociaciones en la actualidad al derogar expresamente a la antigua Ley 191/1964, de 24 de diciembre. Esta Ley ha supuesto una serie de cambios en relación al régimen jurídico de estas personas jurídicas (como por ejemplo, novedades en cuanto a su constitución, a sus relaciones con la Administración, a la capacidad para constituir las, a su funcionamiento, etc.). A nivel autonómico, algunas CCAA han legislado sobre esta materia. Puede citarse, como ejemplo de ello, la Ley 7/1997, de 18 de junio, de Asociaciones de la Comunidad Catalana (BOE n.º 176, de 24 de julio de 1997), la Ley 4/2003, de 28 de febrero, de Asociaciones de Canarias. V. Pedro DE PABLO CONTRERAS, «La «Legislación civil» y la competencia autonómica en materia de asociaciones (A propósito de la STC 173/1998, de 23 de julio)» en *RATC*, tomo I (enero-abril), 1999, pp. 1831-1844.

<sup>449</sup> V. Sofía DE SALAS MURILLO, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Madrid, 1999, pp. 89-162.

<sup>450</sup> V. sobre el concepto de asociación, Sofía DE SALAS MURILLO, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Madrid, 1999, pp. 37-87. Con carácter general sobre las asociaciones, V. Francisco LÓPEZ NIETO Y MALLO, *La ordenación legal de las asociaciones*, Madrid, 1995.

<sup>451</sup> Las fundaciones se rigen por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE n.º 310, de 27 de diciembre de 2002) que derogan tan sólo en parte la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la

aún más, una vez constituidas, su existencia y configuración como tales personas no depende de la voluntad de ninguna otra persona, física o jurídica, sino de la persistencia del fin que el fundador les asignó»<sup>452</sup>. La fundación es aquella organización gobernada por el denominado patronato (que puede estar compuesto tanto por personas físicas como por jurídicas), constituida sin ánimo de lucro cuyos fundadores tienen afectado su patrimonio futuro a la realización de fines de interés general beneficiando a colectividades genéricas de personas. «Las fundaciones se muestran como una vía de participación de la comunidad en la solución de sus propios problemas (...)»<sup>453</sup>. La STC 49/1988, de 22 de marzo, en su FJ 5.º, considera a la fundación como «(...) aquella persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera.»

La diferencia principal entre ambas entidades, asociaciones y fundaciones, es que mientras que en las primeras son las personas que la integran las afectadas a la realización del fin propio, en las segundas, son los bienes, o lo que es lo mismo, en palabras de LÓPEZ-NIETO Y MALLO<sup>454</sup>, «(...) las asociaciones nacen del concurso de voluntades para proponerse conseguir algo; las fundaciones suponen una decisión de destinar un patrimonio a un fin». Ambas tienen en común el estar dotadas de capacidad jurídica y capacidad de obrar. Esto implica, como ha puesto de manifiesto ESQUIVIAS JARAMILLO<sup>455</sup>, «(...) que se pueden desenvolver en el mundo del derecho y que, por tanto (...), pueden actuar como agencias intervinientes en las adopciones, con titularidad de derechos y obligaciones»<sup>456</sup>.

## 1.2. La acreditación de las entidades colaboradoras

El art. 22 del CHAI estableció la necesidad de acreditar (habilitar) a estos mediadores, lo cual, dadas las funciones que se llevan a cabo, debe suceder no sólo en el país de recepción (España, en

---

participación privada en actividades de interés general (BOE n.º 282, de 25 de noviembre de 1994), que era el cuerpo legal hasta el momento existente. Habrá pues que estar a lo que disponga la nueva Ley así como las partes no derogadas de la Ley 30/1994. Existen también numerosos Reales Decretos por medio de los que se traspasan competencias estatales a las CCAA, como por ejemplo, el RD 935/1995, de 9 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de fundaciones (BOE n.º 164, de 11 de julio de 1995). Asimismo existen numerosas leyes autonómicas en materia de fundaciones (de las CCAA competentes en la materia), pudiendo reseñarse a título ejemplificativo las tres siguientes: Ley 1/1998, de 21 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (BOE n.º 192, de 12 de agosto de 1998); Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones de Canarias (BOE n.º 108, de 6 de mayo de 1998); y Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (BOE n.º 18 de 21 de enero de 1999). V. sobre las fundaciones en las CCAA, Rafael HUERTA Y HUERTA y César HUERTA IZAR DE LA FUENTE, *Fundaciones. Régimen civil, administrativo y fiscal*, tomo I, Barcelona, 1998, pp. 255-323. En esta materia habrá que estar no sólo a lo que disponga la legislación estatal sino que en cada CA habrá que acudir a la normativa que específicamente haya dictado a este respecto. V. sobre las fundaciones en general, Lucía LINARES ANDRÉS, *Las Fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades*, Valencia, 1998; Miguel Ángel CABRA DE LUNA, *El papel de las fundaciones en el siglo XXI*, Madrid, 2000; M.ª Eugenia SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones: Dotación y patrimonio*, Madrid, 2000.

<sup>452</sup> V. Pedro DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil Navarro*, tomo I: Introducción y Parte General, Pamplona, 1990, p. 423.

<sup>453</sup> Miguel Ángel CABRA DE LUNA, *El papel de las fundaciones en el siglo XXI*, Madrid, 2000, p. 47.

<sup>454</sup> Francisco LÓPEZ-NIETO Y MALLO, *Manual de Fundaciones*, Barcelona, 1996, p. 58.

<sup>455</sup> José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO, «La adopción internacional (I) y (II)» en *BIMJ*, año LI, n.º 1808 y 1809, Madrid, 1997, p. 2197.

<sup>456</sup> El art. 38 CC establece que: «Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución. (...)».

nuestro caso) sino también en el país de origen del menor, por lo que puede hablarse de que precisan una «doble acreditación»<sup>457</sup>. Consecuentemente, el ámbito en el que van a poder desarrollar sus funciones va a estar doblemente limitado. Por un lado, desde el punto de vista del país de origen de los menores, cada ECAI deberá ser acreditada como tal y únicamente podrá eficazmente operar en el ámbito territorial del país (en su totalidad o en parte) que la haya acreditado. Habrá que estar, en todo caso, a lo que establezca la legislación interna de cada Estado extranjero al respecto. Por otro lado, desde el punto de vista de España, la ECAI cuenta a su vez con un doble límite: únicamente va a poder desarrollar las actividades que le son propias en la CA que la ha acreditado como tal<sup>458</sup>, que a su vez, sólo la acreditará para el país extranjero en el que esté habitada<sup>459</sup>.

---

<sup>457</sup> El art. 12 CHAI prevé que un organismo acreditado en un Estado contratante sólo podrá actuar en otro Estado contratante si ha sido autorizado por las autoridades competentes de ambos Estados. Desde el punto de vista de la legislación autonómica puede traerse a colación a modo de ejemplo, el art. 5.2 del Decreto 100/2002, de 4 de junio, del Gobierno Valenciano por el que se regula la acreditación de las entidades de mediación de adopción internacional, que establece que: «Su actuación en el extranjero estará referida al Estado o Estados para los que hayan sido acreditadas por la Generalitat Valenciana y autorizadas por las autoridades competentes del Estado correspondiente. La intervención de las entidades de mediación de adopción internacional en los procesos de adopción de menores extranjeros precisará de una acreditación específica para cada uno de los Estados en los que la entidad desee intervenir».

<sup>458</sup> No se tuvo en cuenta la idea, muy acertada desde mi punto de vista, que planteó ya entrada en vigor la LO 1/1996, DE LORENZO BROTONS: «(...) se tiene que fomentar la idea de que las ECAIS se acrediten a la vez en varias CCAA (puede haber una «central» y varias «sucursales»), ya que a las Autoridades de los Estados de origen les resultará más fácil trabajar con pocas entidades de gran tamaño que con muchas y de poco alcance». CRISTINA DE LORENZO BROTONS, «El Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional: la difícil transición hacia la puesta en práctica» (conferencia pronunciada en uno de los grupos de trabajo de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999, p. 2. Tampoco se ha previsto la posibilidad de que una ECAI pueda obtener una acreditación nacional para poder operar en todo el territorio español. Por tanto, una ECAI que tuviera este objetivo deberá necesariamente ir obteniendo acreditación tras acreditación hasta conseguir las de todas las CCAA. Qué duda cabe que esta situación genera un marco prolífico y variable, pudiendo una ECAI estar acreditada en la mayoría de las CCAA, si bien pudiera ser que dependiendo de la CA que sea, trabaje con unos u otros países (ya que es posible que su infraestructura no sea tan importante en unas CCAA y sí en otras). Pudieran encontrarse, y de hecho sucede, ECAIS acreditadas únicamente en una CA o con otras que si bien han estado habilitadas en una CA han dejado de estarlo (bien porque la CA en cuestión les haya retirado la acreditación o bien porque el país de origen en cuestión haya llevado a cabo tal proceder). En definitiva, la idea que quiero transmitir es que se está en un campo de arenas movedizas, un panorama cambiante que exige de los profesionales que participan en la adopción una renovación constante. Esta faceta de la adopción internacional no es otra cosa que fiel reflejo de lo que esta institución conlleva: un marco difícil de acotar a priori para el jurista que se enfrenta a ella y que únicamente será en cada caso particular en el que vaya perfilándose hasta llegar a su concreción final. En cualquier caso, esta materia debería ser modificada de cara a unificar los criterios de habilitación en todo el territorio en tanto en cuanto en la práctica, una misma ECAI puede encontrarse habilitada en varias CCAA debiendo cumplir para ello criterios diferentes que pueden llegar a ser contradictorios entre sí, o lo que es aún peor, una misma ECAI puede haber sido desacreditada en algunas CCAA y sin embargo seguir funcionando en otras. Para evitar situaciones como ésta u otras similares es por lo que algunas CCAA han establecido la necesidad de coordinarse entre sí (V. art. 26 del Decreto Foral de la CA de Navarra 168/2002, de 22 de julio, por el que se regula la acreditación de las Entidades Colaboradoras en materia de adopción internacional).

<sup>459</sup> En la práctica, no existe un límite en cuanto al número de países para los que una misma ECAI puede ser acreditada. Nada impediría por tanto que lo fuera con muchos países, es más, existen algunas ECAIS que están acreditadas hasta en ocho países diferentes a la vez. Esta realidad no parece la más aconsejable para el óptimo funcionamiento de la ECAI por cuanto cada país implica necesariamente una realidad diferente (distinta normativa e idiosincrasia) por lo que, a priori, podría afirmarse que tal circunstancia redundará con toda probabilidad en un cumplimiento inferior al deseado, situación que repercutirá de manera directa en los adoptantes. De hecho, ésta es una de las quejas más frecuentes que los mismos realizan de los servicios que prestan las ECAIS: se sienten mal informados e incorrectamente asesorados acerca de los trámites que tienen que llevar a cabo a lo largo del proceso adoptivo. Por ello, sería interesante que las CCAA se plantearan la posibilidad de limitar el número de acreditaciones de cada ECAI a uno razonable (tal vez, tres o cuatro como máximo) y únicamente tras analizar los resultados obtenidos en un periodo de tiempo prudencial se pudiera ampliar el número de acreditaciones a más países. Éste es el criterio que, con carácter general, siguen los países de nuestro entorno,

España, como Estado parte del CHAI, tiene la obligación de comunicar a la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado el nombre y dirección de las entidades acreditadas en su territorio.

Con carácter general, la ECAI se encuentra imposibilitada para gestionar una adopción cuando el solicitante pertenezca a otra CA. No obstante, en el Acuerdo de Cooperación Interautonomo en materia de tramitación de solicitudes de adopción internacional a través de ECAIS, de 4 de noviembre de 1997, se acordó que las ECAIS pueden gestionar solicitudes de personas residentes en otras CCAA siempre y cuando en la CA de residencia no exista habilitada ninguna ECAI para el país en el que se desea adoptar<sup>460</sup>. Este Acuerdo ha permitido que se hayan tramitado adopciones con la intervención de ECAIS de solicitantes que deseaban adoptar con un país determinado y que no tenían acreditada ninguna entidad en su CA de residencia<sup>461</sup>, incluso, ha tenido reflejo en las más recientes normas autonómicas que regulan el ámbito de actuación de las ECAIS<sup>462</sup>.

---

donde lo normal es acreditar únicamente para un país y, tan sólo cuando haya pasado un tiempo y la ECAI haya demostrado su buen hacer, podrá ser acreditada para otro país, previa tramitación del oportuno expediente. V. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000, p. 57. Otro problema que se plantea en la práctica no es ya el número de países para los que se encuentra acreditada una ECAI, sino el enorme número de ECAIS habilitadas en España. En tan sólo un año en la CA de Madrid las ECAIS casi se triplicó su número, pues pasaron de ser siete en abril de 1997 a dieciocho en abril de 1998. A 8 de noviembre de 2002, según datos facilitados por los Servicios de Protección de Menores de las Comunidades Autónomas, existían en todo el territorio nacional español treinta y nueve ECAIS, acreditadas en España y en veintiún países: este es un número que parece excesivo. V. Silvia MUZELLE y Amalia DE CARO, «La adopción hoy desde la perspectiva de la ECAI» en *Rambla 12*, n.º 9, septiembre de 1997, pp. 27-30. En Francia, por ejemplo, son casi cuarenta las entidades colaboradoras acreditadas en la actualidad, por lo que uno de los objetivos de la Misión Francesa de la Adopción Internacional es reconducir el número de estas entidades a uno razonable mediante procesos de fusión entre ellas. V. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000, p. 57. En otros países europeos, el número es considerablemente menor. Por ejemplo, a mayo del 2001, en Alemania habían siete ECAIS, seis en Suecia y seis en Holanda.

<sup>460</sup> Este Acuerdo (alcanzado en la Reunión de Directores y Directoras Generales de Comunidades Autónomas en materia de Infancia y Familia), se expresa, en lo que a este punto se refiere, en los siguientes términos: «Cuando una persona o familia desee la tramitación de una solicitud de adopción de un menor de un país que exige la necesaria intervención de una ECAI y no exista ninguna habilitada en su Comunidad Autónoma de residencia para ese país en concreto, el interesado podrá ponerse en contacto con una ECAI acreditada para ese país en otra CA, para saber si acepta la tramitación de su solicitud. En caso afirmativo, conseguirá el documento en el que conste la aceptación de la ECAI para esa tramitación, que el interesado presentará en su Comunidad Autónoma junto con toda la documentación necesaria para la adopción. La Comunidad Autónoma de residencia del interesado si está de acuerdo con esa tramitación, lo pondrá en conocimiento de la Comunidad Autónoma que haya acreditado a la ECAI de que se trate, quien, si no tiene observaciones que hacer al respecto, se dará por enterada y así lo comunicará a la Comunidad Autónoma de residencia del interesado. La Comunidad Autónoma de residencia del solicitante dictará Resolución acreditando a esa ECAI expresamente y sólo la tramitación de ese expediente concreto, con lo que ya podrá iniciarse el procedimiento general en todas sus fases con la intervención en el proceso de esa ECAI. Ambas Comunidades se mantendrán informadas sobre cualquier incidencia que pueda surgir o gestión o control que deba llevarse a cabo».

<sup>461</sup> Lo que sí impiden la mayoría de las legislaciones autonómicas a los adoptantes es iniciar los trámites para adoptar en más de una ECAI así como que se tramite la adopción en más de un país a la vez, siendo necesario finalizar una tramitación para poder iniciar una nueva. V., a modo de ejemplo, el art. 14.1 del Decreto 142/1996, de 1 de octubre, sobre Régimen Jurídico, Funcionamiento y Habilitación de Entidades Colaboradoras en materia de Adopción Internacional de Extremadura, que ha sido modificado por el Decreto 55/2002, de 30 de abril. Otras CCAA, sin embargo, lo permiten. V. el art. 54.3 del Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento Familiar y Adopción de Andalucía.

<sup>462</sup> Por ejemplo, el artículo 4.2 del Decreto Foral 168/2002, de 22 de julio, por el que se regula la acreditación de las Entidades Colaboradoras en materia de adopción internacional en la CA de Navarra, establece: «Las ECAIS también pueden intervenir para tramitar solicitudes de residentes en otras Comunidades Autónomas, con funciones de mediación, cuando la entidad pública competente les faculte para la tramitación de un expediente concreto en un país donde no haya ninguna entidad acreditada, circunstancia que la ECAI deberá poner en conocimiento del Instituto Navarro de Bienestar Social».

El art. 25.1 pfo. 3.º LO 1/1996 establece con carácter general los requisitos que precisa una entidad para poder ser acreditada como ECAI (si bien hay que tener en cuenta también que las CCAA los han venido concretando), cuando establece que:

*«Sólo podrán ser acreditadas las entidades sin ánimo de lucro inscritas en el registro correspondiente, que tengan como finalidad en sus Estatutos la protección de menores, dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas y estén dirigidas y administradas por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación en el ámbito de la adopción internacional.»*<sup>463</sup>

Sin embargo, es posible que pese a reunir todos los requisitos mencionados una entidad no pueda ser acreditada, pues hay dos aspectos que deben tenerse en cuenta: en primer lugar, algunas CCAA (tal y como sucede en Navarra<sup>464</sup> y en Cataluña<sup>465</sup>), han establecido un mecanismo mediante el que convocan concursos públicos para conceder acreditaciones para cada país de origen. Otras establecen el sistema de acreditación por concurso como una vía excepcional<sup>466</sup>. Dependerá del número de solicitudes y/o tramitaciones realizadas anualmente en cada país el aumentar o no el número de ECAIS acreditadas para un mismo Estado. Con este sistema, se consigue no sólo que se acrediten realmente las ECAIS necesarias para cubrir las necesidades de la CA sino también que lo serán las mejor dotadas y equipadas, y consecuentemente, las que pueden prestar en principio un mejor servicio a las familias. Este mecanismo de habilitación debería ser estudiado por las CCAA que no lo tienen implantado pues se revela, tanto teórica como prácticamente, como el mejor de los existentes hasta el momento. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que si la CA para la que pretende ser acreditada dispone de normativa específica sobre las ECAIS (cosa que ocurre en casi todas ellas), habrá la entidad de reunir también los requisitos que dicha normativa establece. Normalmente estos requisitos se enmarcan dentro de lo dispuesto en la legislación estatal y lo que hacen los Decretos autonómicos (que siguen prácticamente la misma línea en todo el país) es concretarlos aún más<sup>467</sup>. En la práctica se suele pedir por las CCAA la presentación de

<sup>463</sup> Este precepto se basa en el art. 11 CHAI que con carácter general establece que un organismo acreditado debe: perseguir fines no lucrativos; ser dirigido y administrado por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación o experiencia; y estar sometido al control de las autoridades competentes del Estado que lo haya acreditado, en cuanto a su composición, funcionamiento y situación financiera.

<sup>464</sup> En Navarra, concretamente, a mayo del 2001 se han llevado a cabo dos convocatorias públicas (una en 1996 y otra en 1998). De dichas convocatorias se infiere que en realidad son auténticos concursos, pues cuentan con un órgano colegiado para decidir que funciona bajo los principios que le impone la Ley 30/1992. Esta Ley rige el proceso de acreditación en lo no previsto por el Decreto 168/2002, de 22 de julio, por el que se regula la acreditación de las Entidades Colaboradoras en materia de adopción internacional (V. los arts. 8 y ss. del citado Decreto).

<sup>465</sup> V. el art. 7 del Decreto 97/2001, de 3 de abril, sobre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional de la CA de Cataluña.

<sup>466</sup> V. El art. 8 del Decreto 100/2002, de 4 de junio, de la Generalitat Valenciana.

<sup>467</sup> Ante la imposibilidad de exponer el contenido de todos los Decretos autonómicos existentes en esta materia, expongo a modo de ejemplo la normativa de la CA de Canarias contenida en el Decreto 200/1997, de 7 de agosto, por el que se regula la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional. Para que en esta CA las asociaciones o fundaciones puedan ser acreditadas por la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia, ésta deberá comprobar que reúnen los siguientes requisitos (art. 4): 1) Encontrarse válidamente constituida como asociación o fundación sin ánimo de lucro. 2) Tener en su estatuto como uno de sus fines la atención y protección de menores. 3) Encontrarse domiciliada en la Comunidad Autónoma de Canarias y contar con representación en el país en el que desea desempeñar su labor. 4) Contar con los medios materiales (siendo necesario tener un local con un horario de atención al público igual o superior al establecido con carácter general por la Administración pública) para poder desarrollar sus funciones con normalidad. 5) Tener un proyecto de actuación en el que se encuentre garantizado el respeto a los principios aplicables a la adopción internacional así como la correcta intervención de las competentes autoridades extranjeras (judiciales y/o administrativas, según sea el caso). 6) Contar con medios personales, y en particular con un equipo multidisciplinar con conocimientos en materia de adopción internacional y con experiencia de trabajo con menores y familias (que como mínimo

un proyecto<sup>468</sup> de actividades en el que queden suficientemente constatados los requisitos que exige la legislación estatal así como los que específicamente exige la respectiva CA.

### 1.º *No tener ánimo de lucro*<sup>469</sup>

El que las asociaciones o fundaciones que deseen convertirse en ECAI carezcan de ánimo de lucro<sup>470</sup> en el desarrollo de sus funciones es algo esencial en la concepción de las mismas. DE PABLO CONTRERAS<sup>471</sup> entiende por ánimo de lucro la «(...) intención de obtener un beneficio económico, tanto si se trata de un lucro directo que ingrese en el patrimonio social y que posteriormente se reparta entre los socios, como si lo que se pretende es conseguir un lucro indirecto, esto es, un ahorro para los socios debido a la prestación por la sociedad a éstos de determinados servicios». Pese a ello, la naturaleza de estas entidades no queda desvirtuada cuando se afirma que sus servicios no son gratuitos, puesto que si bien en un primer momento puede parecer contradictorio, no lo es debido a que existen una serie de trámites que cuestan dinero (tales como servicios de personal, fax, teléfono, instalaciones, traducciones, asesoramiento especializado) que la ECAI pres-

---

deberá estar constituido por un licenciado en Derecho, un psicólogo, y un trabajador social); y personal debidamente formado para atender al público. 7) Los directores y administradores de la entidad habrán de ser personas íntegras moralmente y expertos en adopción internacional. 8) Habrán de comprometerse (y hacerlo en su momento oportuno) a justificar los costes y gastos directos de la tramitación de las solicitudes y procesos de adopción internacional en las que hayan intervenido.

Si la entidad en cuestión reúne todos los requisitos expuestos, podrá ser habilitada para ejercer las funciones propias de una entidad colaboradora de adopción internacional, debiendo necesariamente iniciar y concluir satisfactoriamente el procedimiento para obtener dicha habilitación, que se realiza de la siguiente manera: 1) La entidad presenta una solicitud de habilitación (dirigida a la Dirección General de Protección del Menor y la Familia) para un país concreto (debiendo presentar tantas solicitudes de habilitación como países vaya a trabajar). 2) La Dirección General de Protección del Menor y la Familia procederá a comprobar que la entidad cumple con todos los requisitos necesarios. 3) Si la Dirección entiende que se cumplen todos los requisitos, oírán en audiencia a la entidad solicitante. 4) Finalmente, la Dirección resolverá, concediendo o no la habilitación solicitada, en un plazo máximo de tres meses desde que se presentó la solicitud. 5) La resolución (ya sea expresa o presunta) podrá ser recurrida ante el Viceconsejero de Asuntos Sociales.

<sup>468</sup> V. Manuel ALCARRETA, «Resum del projecte de mediació per a l'adopció de menors de la República Russa» en *Alimara*, n.º 41, 2.ª época, junio, 1998, pp. 15-20.

<sup>469</sup> Éste es un requisito que reúnen la mayoría de los organismos equivalentes a las ECAIS en otros países. A modo de ejemplo, cabe citar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que literalmente manifiesta que: «*Los trámites que se adelantan ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en relación con las adopciones son totalmente gratuitos*» y «*En ningún caso los funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar pueden cobrar dinero directa o indirectamente por la adopción*». V. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, *Orientaciones para la adopción de los menores colombianos*, Ministerio de Trabajo, Santa Fé de Bogotá, 1994, p. 18. Realmente este principio se basa en la mismísima Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, de las Naciones Unidas cuando en su art. 21 d) establece que los Estados Parte «*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 participen en ella*». Por su parte, el art. 32 del CHAI dispone: «*1. Nadie puede obtener beneficios materiales indebidos, como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional. 2. Sólo se podrán reclamar costes y gastos directos, incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que han intervenido en la adopción. 3. Los directores, administradores y empleados de organismos que intervengan en la adopción no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas en relación a los servicios prestados*». La imprecisión de este precepto se debe a que fue probablemente el único punto de todo el Convenio en el que no se llegó un acuerdo claro por parte de los Estados.

<sup>470</sup> «*A la vista del tenor del Código Civil, el lucro ha de entenderse como ganancia, o rectius, como una ganancia pecuniaria, que precisamente por ello, es fácilmente repartible (...)*». V. Sofía DE SALAS MURILLO, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Madrid, 1999, p. 261 (V. sobre el concepto de lucro en otros ordenamientos, incluido el nuestro, en la *ob. cit.* pp. 261-288).

<sup>471</sup> Pedro de Pablo CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil Navarro*, tomo I: Introducción y Parte General, Pamplona, 1990, p. 357. En el mismo sentido, V. Sofía DE SALAS MURILLO, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Madrid, 1999, p. 183.

ta y que, consecuentemente, deben ser abonados. Como afirma ESQUIVIAS JARAMILLO<sup>472</sup>, «*Son aspectos financieros que les serán propios y necesarios para el desarrollo de su actividad en el marco social y jurídico, y que derivan de la realidad inequívoca de los gastos a los que habrán de enfrentarse. Ello obliga a disponer de una fuente de financiación que no afecta a su consideración como entidades colaboradoras y no lucrativas*». Por tanto, según DE SALAS MURILLO<sup>473</sup>, «*(...) si el fin es no lucrativo, la actividad económica (...) ha de tener carácter accesorio*». La accesoriedad en el caso de la ECAI debe ser entendida «*(...) en términos de instrumentalidad: actividad que no es importante en sí misma, sino en tanto que facilita el desempeño de otra actividad*». Lo que está claro es que la ECAI no puede enriquecerse mediante el ejercicio de sus funciones, pese a que en la práctica tal afirmación se cuestione. ¿Dónde está el límite?

He podido constatar, si bien no ha sido fácil hacerlo, que existen diferentes precios en las ECAIS ante los mismos servicios pese a que, incluso, sus tarifas hayan sido autorizadas por la Comunidad Autónoma en la que desarrollan su labor. Concretamente, la CA de Cataluña, en su Decreto 97/2001, de 3 de abril, sobre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional<sup>474</sup>, introduce un nuevo régimen económico que como dispone su Exposición de Motivos «*(...) permite establecer un precio tarifado, dirigido a sufragar los gastos que origina en la ECAI la función de mediación como garantía del usuario y de la estabilidad de precios*». Tras esta alabable afirmación choca sin duda lo previsto en su art. 18, que dispone:

*«El excedente de ingresos que se pudiera producir como consecuencia de la actividad de la ECAI, habrá de revertir por partes iguales a programas de protección de menores en los países de origen y a la reducción de costes de tramitación de los expedientes de adopción internacional para aquellos solicitantes con menos recursos, para hacer frente a todos los gastos que comporta la adopción de un menor extranjero. Para la aplicación de los excedentes de esta segunda destinación se ha de tener en cuenta el número total de personas o familias con derecho a acceder por razón de su nivel de rentas entre las que hayan iniciado la tramitación al año siguiente a aquel en el cual se hayan producido los excedentes. La distribución se ha de hacer de acuerdo con unos módulos decrecientes en proporción inversa al nivel de ingresos de los beneficiarios. Anualmente, y en relación con cada ECAI que haya producido excedentes, el ICAA mediante resolución de/la director/a, ha de establecer los módulos en proporción a los cuales se repartirá ese excedente y el máximo a partir del cual no se podrá beneficiar de la reducción de costes.»*

¿Cómo coexiste el hecho de que la ECAI pueda tener excedentes con el principio general de ausencia de ánimo de lucro en la misma? ¿Cómo puede resultar compatible con la regla general de gratuidad de las adopciones salvo la de aquellos gastos que sean estrictamente necesarios? Dejando de lado el loable propósito de abaratar los costes a las familias menos pudientes (lo cual puede y debe hacerse mediante otras vías), lo lógico es que si se producen excedentes éstos se devuelvan íntegramente a las familias que los hayan generado al entregar más dinero del que efectivamente se necesitó, pues de lo contrario se estaría produciendo un enriquecimiento injusto. En mi opinión, el espíritu de esta norma, que también se halla presente en otras CCAA<sup>475</sup>, obvia los principios más elementales que deben regir la tramitación de las adopciones internacionales.

<sup>472</sup> José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO, «La adopción internacional (I) y (II)» en *BIMJ*, año LI, n.º 1808 y 1809, 1997, p. 2199.

<sup>473</sup> Sofía DE SALAS MURILLO, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Madrid, 1999, pp. 301-302. (V. sobre esta obra, la reseña bibliográfica de M.ª Victoria Mayor del Hoyo en *ADC*, tomo III, fasc. I, 2000, pp. 229-233).

<sup>474</sup> DOGC n.º 3369, de 17 de abril de 2001.

<sup>475</sup> V. el art. 22 del Decreto Foral de la CA de Navarra 168/2002, de 22 de julio, por el que se regula la acreditación de las Entidades Colaboradoras en materia de adopción internacional.

En cualquier caso, los interesados pueden (y deben) comunicar a la autoridad pertinente sus sospechas fundadas de que la ECAI se está extralimitando en el cobro de sus honorarios<sup>476</sup>. Relacionado íntimamente con este punto se encuentra una de las previsiones de la LO 1/1996: la constitución de un Registro de Reclamaciones sobre el funcionamiento de las ECAIS.

### 2.º *Inscribirse en el registro correspondiente*

Dado que la LO 1/1996 no establece ningún registro específico para ello, se está haciendo una remisión implícita a las reglas y registros peculiares de la concreta forma jurídica que adopte la entidad en cuestión, esto es: asociación o fundación. Pese a ello, es posible que cada CA establezca a este efecto registros especiales en que deban quedar inscritas dichas entidades una vez habilitadas, tal y como ya ha ocurrido en algunas de ellas (como por ejemplo la CA gallega<sup>477</sup>). De esta manera, se puede llevar un control efectivo de las ECAIS habilitadas en el territorio autonómico correspondiente. Por tanto, si la CA establece específicamente un registro a estos efectos, y siempre que del tenor de la dicha normativa se desprenda la imperatividad de la inscripción para la ECAI, ésta deberá hacerlo (lo cual no impide que se encuentre también inscrita en el registro que la normativa de la forma jurídica que adopte establezca). Pudiera hablarse así de que una misma ECAI esté registrada dos veces, sin que ello suponga problema alguno. Como sostiene ESQUIVIAS JARAMILLO<sup>478</sup> no hay que caer en el error de confundir estos dos registros porque mientras que la inscripción registral de los estatutos o de la escritura fundacional en el registro correspondiente determina la adquisición de la personalidad jurídica, la inscripción en el registro autonómico creado específicamente para las ECAIS da fe únicamente constituye de la acreditación concedida a la entidad por el órgano competente de la CA.

En mi opinión, lo ideal sería que todas y cada una de las CCAA crearan unos registros específicos (o bien que habiliten otros ya creados para que puedan inscribirse las ECAIS). Considero más práctico que se sepa, con la consulta de un solo registro, qué ECAIS se hallan acreditadas y cuáles no, en tanto en cuanto es posible que una ECAI sea desacreditada y que, pese a ello, siga operando en el tráfico jurídico como la asociación o fundación que es. El legislador debería tener en cuenta esta apreciación que clarifica bastante el complicado entramado de las ECAIS.

### 3.º *Tener como finalidad la protección de menores*

Sería impensable que una entidad que no tenga como fin primordial la protección de los menores pueda ser acreditada para tramitar adopciones por cuanto la institución adoptiva en nuestro

---

<sup>476</sup> En la realidad se producen prácticas reprobables, como por ejemplo, la obligación que se impone a los adoptantes de ser miembros de la asociación por un periodo mínimo de tiempo, lo cual reporta beneficios económicos indirectos a la ECAI. Me parece muy acertada la iniciativa de la CA de Valencia de subvencionar a las ECAIS con dinero público para que de esta manera puedan abaratar sus costes de cara a las familias. Ésta sería una buena medida a tomar por las restantes CCAA puesto que en definitiva viene a garantizar la ausencia de ánimo de lucro de dichas entidades que están más controladas. También es positiva la financiación (hasta un total de dos mil euros) de los gastos del viaje al extranjero que lleva a cabo la CA de Extremadura en función de los ingresos de los adoptantes.

<sup>477</sup> V. el art. 5.1. del Decreto gallego 34/1996, de 12 de enero, por la que se regula la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional. (Dado que el Decreto 34/1996 ha sido derogado por el Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa vigente en materia de familia, infancia y adolescencia, el art. equivalente al mencionado es actualmente el 97 del mencionado Decreto 42/2000). En este artículo se establecía la necesidad de que la ECAI se encuentre inscrita en el Registro de Entidades Prestadoras de Servicios Sociales de la Consellería de la Familia, Muller e Xuventude.

<sup>478</sup> V. José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO, «La adopción internacional (I) y (II)» en *BIMJ*, año LI, n.º 1808 y 1809, Madrid, 1997, p. 2198.

ordenamiento, e independientemente de su condición de nacional o internacional, es una institución de protección de menores. Consecuencia directa de esta exigencia legal, es la que se ha venido concretando en el marco autonómico al establecer expresamente la mayoría de los Decretos autonómicos que regulan a las ECAIS, la necesidad de que las mismas tengan una trayectoria correcta y adecuada en el desarrollo de las actividades para la consecución de sus objetivos estatutarios<sup>479</sup> (entre los que, con carácter primordial, se encuentra la protección de menores). Así pues, no sólo basta en la práctica con tener recogido dentro de los Estatutos de la ECAI que la misma tiene como finalidad la protección de los menores, sino que ha de constatarse que en la trayectoria con la que cuenta la ECAI desde sus inicios hasta el momento en que se plantea la acreditación, no hay nada que refleje un incumplimiento de tal finalidad, sino que por el contrario, existen pruebas de que la misma se encuentra en todo caso satisfecha. De ello dependerá, por supuesto, el tiempo de vida con el que cuente cada ECAI en el momento de analizar si se la acredita o no.

La práctica pone de manifiesto, sin embargo, que la mayoría de las entidades (asociaciones o fundaciones) que se han constituido en ECAIS en nuestro país han sido creadas específicamente con la finalidad de ejercer como entidades de mediación en la adopción internacional, lo cual, independientemente de que es perfectamente lícito, no deja margen alguno para ponderar este requisito en la profundidad que exigen algunas normas autonómicas.

#### 4.º *Disponer de los medios necesarios (materiales y personales) para poder desempeñar las funciones encomendadas*

Los medios personales se concretan básicamente en la necesidad de que se cuente, al menos, con un psicólogo, un licenciado en Derecho y un trabajador social. Los correspondientes Decretos reguladores de las ECAIS en las CCAA pormenorizan el régimen del personal que se encuentra al servicio de estas entidades<sup>480</sup>. Por su parte, los medios materiales han de ser aquellos que posibiliten el correcto desarrollo de sus funciones.

LLama la atención que hasta el momento sean pocas las Comunidades Autónomas (entre las que se encuentran Castilla-La Mancha, Extremadura y Valencia)<sup>481</sup> que hayan subvencionado parte de los gastos de las adopciones, cosa que sí sucede en otros países europeos, tales como Francia (donde el Estado ofrece ayudas y subvenciones tanto a la «Misión de la Adopción Internacional» como a los Organismos autorizados dependientes de ella) y Holanda (donde el Ministerio de Justicia ofrece las instalaciones para que los servicios de adopción ejerzan la labor de asesoramiento). La

<sup>479</sup> V. a modo de ejemplo el art. 6.4 del Decreto 192/1996, de 26 de diciembre, de la CA de Madrid, regulador de las ECAIS.

<sup>480</sup> Como ejemplo pueden citarse los arts. 12 y 19 del Decreto 200/1997, de 7 de agosto, regulador de las ECAIS en la CA de Canarias de donde se deduce que el régimen establecido por la legislación autonómica para el personal de las entidades colaboradoras de adopción internacional es el siguiente: tienen la obligación de guardar secreto de la información relativa a adoptantes y adoptados; su trabajo es incompatible con el desempeño en el sector público de trabajos relacionados con menores; no podrán hacer uso de los servicios de la entidad; no podrán intervenir en las funciones de mediación de adopción internacional cuando tengan: un interés personal en el asunto, alguna cuestión litigiosa pendiente con el interesado, parentesco de consanguinidad hasta el cuarto grado o afinidad hasta el segundo con cualquiera de los interesados o con las personas que intervengan en el proceso, amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas mencionadas en el apartado anterior, relación de servicio con persona natural o jurídica interesada (o haberle prestado en los dos últimos años, servicios profesionales de cualquier tipo), o cuando hayan intervenido en el procedimiento como testigo o como perito; su retribución no podrá ser mayor que las cuantías que para cada grupo retributivo se fijan en el convenio colectivo de aplicación al personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y nunca podrá estar en función de las tramitaciones o gestiones realizadas.

<sup>481</sup> El monto total al que ascienden dichas ayudas es, con carácter general, de tres mil euros por cada adopción. Si se traen dos niños, la cuantía puede ascender a cuatro mil quinientos y así sucesivamente. Es elogiable que estas ayudas sean directas para la familia, es decir, no se satisfagan a la ECAI en ningún momento.

trascendencia de que se oferten este tipo de ayudas por parte de la Administración es muy importante porque los costes de las tramitaciones son elevados y se alejan de los presupuestos de las familias económicamente menos pudientes. Además, las ayudas complementan el principio que debe imperar en esta materia: las adopciones han de ser, en la medida de lo posible, gratuitas.

5.º *Que su Director y Administrador sean personas especialmente preparadas en el ámbito de la adopción internacional*

La ambigüedad de este requisito debe recriminarse en última instancia al legislador del Convenio de la Haya, puesto que se está ante una copia casi idéntica de lo que propugna dicho Convenio en su art. 11 c. ¿Qué ha de entenderse por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación en el ámbito de la adopción internacional? Tras estas palabras no hay otra cosa que un afán del legislador de salvaguardar los intereses del menor que va a ser adoptado desde el primer momento en el que se inician los trámites, puesto que si las personas que dirigen y administran la ECAI carecen de integridad y no están especialmente formadas en el ámbito de la adopción internacional, muy difícilmente van a poder tramitar con éxito la adopción. Por ello, no deja de parecerme loable esta intención del legislador (debiendo ser conscientes también de la gran dificultad que supone la tarea de redacción legislativa una vez que se intentan introducir en los cuerpos normativos conceptos de difícil precisión).

### 1.3. Las funciones de mediación que realiza la ECAI

Las funciones de las ECAIS vienen reguladas con carácter general en el art. 25.1 pfo.2.º LO 1/1996, que dispone que<sup>482</sup>:

- «Las funciones de mediación a realizar por las entidades acreditadas serán las siguientes:*
- *Información y asesoramiento a los interesados en materia de adopción internacional.*
  - *Intervención en la tramitación de expedientes de adopción ante las autoridades competentes, tanto españolas como extranjeras.*
  - *Asesoramiento y apoyo a los solicitantes de adopción en los trámites y gestiones que deban realizar en España y en el extranjero».*

Estas funciones que genéricamente se recogen en el texto legal se concretan, según ESQUIVIAS JARAMILLO<sup>483</sup>, en las siguientes<sup>484</sup>: informar y asesorar a las familias o personas adoptantes, que

<sup>482</sup> V. Sofía DE SALAS MURILLO, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Madrid, 1999, concretamente el apdo. rubricado «Posibilidad de que las actividades de la asociación (o parte de las mismas) sean de «interés público» y estén revestidas del carácter de «función pública»: las asociaciones de configuración legal», pp. 378-393.

<sup>483</sup> José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO, «La adopción internacional (I) y (II)» en *BIMJ*, año LI, n.º 1808 y 1809, Madrid, 1997, pp. 2187-2188.

<sup>484</sup> El CIAI (Centro Italiano para la Adopción Internacional) encabeza su presentación de la siguiente manera: «CIAI, Centro Italiano per l'Adozione Internazionale —apartitico, acfessionale e senza scopo di lucro— è un'Associazione di famiglie fondata nel 1968 con lo scopo di sostenere e divulgare il diritto di ogni bambino, ovunque nato, a crescere con l'amore di una famiglia. Riconosciuto in Ente Morale nel 1981 con D.P.R. n.º 899 dal 1986 è dotato di autorizzazione interministeriale a svolgere pratiche di adozione internazionale in: Brasile, Cile, Colombia Ecuador,...». V., sobre el CIAI, los artículos de Gabriella MERGUICI, «Adoptar con el Centro Italiano para la Adopción Internacional» en el Boletín de Estudios y Documentación del Comité español para el bienestar social (Nuevas Políticas para la infancia y adolescencia), n.º 5, 1995, pp. 87-96; «Las entidades colaboradoras de Adopción Internacional» (conferencia pronunciada en las Jornadas sobre Adopción Internacional, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999. Existen además, unas Reglas Éticas aceptadas por la mayoría de las organizaciones europeas de adopción sin ánimo de lucro y apolíticas, las cuales se han asociado constituyendo la EURADOPT. Dichas Reglas, firmadas en marzo de 1993, se basan en la normativa

desconocen los mecanismos jurídico-institucionales de las adopciones internacionales<sup>485</sup>; interponer la solicitud formal de la adopción (por comparecencia, por carta,...), bien directamente en el país

internacional existente, principalmente en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de diciembre de 1989. Se dividen en cuatro partes y constan de 28 artículos. Por su relevancia, transcribo los siguientes artículos: *Art. 16: La organización tiene que actuar siempre en el mejor interés del menor. La organización debería negar cooperación en cuanto haya alguna duda al respecto. Art. 17: La organización tiene que trabajar, en primer lugar, para proveer a los menores abandonados de nuevas familias en su país de origen y en segundo lugar de familias en otros países. En el programa de la organización debería estar incluida la prevención de abandono y el apoyo a menores que no puedan ser colocados con nuevas familias. Art. 18: El contacto con el que coopere la organización en el país de origen del menor, tiene que ser una autoridad, una organización o institución autorizada para intermediar en el campo de adopción internacional conforme las Leyes de ese país. La organización tiene que proporcionar información detallada de las actividades de ese contacto y comprobar que tales actividades, sin duda alguna, sigan las líneas directivas de ICSW de adopción internacional. Art. 19: La organización tiene que informar a las autoridades del país de origen del menor de los principios y prácticas con las que la organización pretende trabajar. Art. 20: (...) El honorario pagado a los representantes y colaboradores debería ser razonable tomando en consideración el costo de la vida en el país así como la magnitud y condiciones del trabajo. (...) Art. 23: Las organizaciones tienen que proveer información a las autoridades competentes de los países de origen como de los países de recepción concerniente al tráfico de menores, ganancias impropias y cualquier otra abuso. Tienen que promover la adopción a través de organizaciones licenciadas y autorizadas. (...) Art. 25: El trabajo de adopción debería ser realizado en tal forma que se evitara competición con respecto al número de niños por adoptar y con respecto a contactos en el exterior.* Posteriormente se aprobó en Quebec (Canadá) en el año 1996, el Código de Ética de los organismos acreditados en materia de adopción internacional, que se pronuncia en un sentido similar. Con carácter más general y más reciente también, se pronuncia el documento relativo a los derechos del niño y la adopción nacional e internacional del Servicio Social Internacional de 1999.

A nivel interno, tras el Seminario organizado por la Junta de Extremadura y el Ministerio de Asuntos Sociales (celebrado en Cáceres el 3 y 4 de noviembre de 1998) se elaboraron por la FEECAI (Federación Española de Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional) unas reglas éticas de actuación de las ECAIS, las cuáles se pueden sintetizar en los siguientes apartados: 1. No se podrá preasignar ni aceptar el consentimiento para una adopción por parte de la ECAI antes del nacimiento del niño o niña. 2. No se permite hacer promesas de apoyo de ningún tipo a los padres biológicos que puedan influirles en su decisión de dar su hijo en adopción. 3. Antes de decidir si un niño debe ser adoptado y colocado en el extranjero, la ECAI tiene que estar convencida de que no exista otra solución satisfactoria para él en su propio país de origen y de que la adopción internacional supone su mejor interés. 4. Los futuros padres adoptivos deberán siempre viajar al país de origen del niño con la finalidad de traerle a casa aprovechando la ocasión para conocer los orígenes y cultura de su hijo. Velando por el interés del niño, se fomentará que la estancia de los padres adoptivos en el país de origen tenga una duración mínima que permita la adaptación del menor a la nueva situación. 5. Es derecho de cada niño adoptado tener acceso a la información en lo relativo a sus antecedentes. La ECAI tiene la responsabilidad de proporcionar la información disponible sobre los antecedentes del niño siempre que sea posible y de ofrecerles a los padres adoptivos acceso a esta información. Se debería presentar también esta información al niño, conforme a su edad y nivel de comprensión, excepto cuando sea contrario a su interés. La ECAI debería guardar copia de toda información escrita concerniente al menor por un periodo de tiempo ilimitado. 6. La ECAI garantizará el derecho a la intimidad de la infancia y, en concreto, no mostrará datos personales ni fotografías del niño adoptable hasta el momento en que éste haya sido asignado y, en la medida de lo posible, nunca antes de ser aceptado por sus futuros padres adoptivos. 7. Las ECAIS no aceptarán solicitudes de aquellas familias que quieran escoger razas, etnia o sexo de manera excluyente, por entender que uno de los principios básicos de la adopción es la aceptación por parte de los futuros padres de la propia identidad del niño. 8. La ECAI ha de encargarse de que los aspirantes a padres adoptivos reciban preparación adecuada para la adopción. Esta preparación deberá ser organizada por la propia ECAI, que dispondrá de su equipo correspondiente y podrá valorar la preparación que hayan recibido en otras organizaciones que gocen de su confianza. 9. La ECAI tiene que actuar siempre en el mejor interés del menor. La ECAI debería negar cooperación en cuanto haya alguna duda al respecto y denunciar aquellas irregularidades detectadas. 10. Se intentará fomentar ayudas a programas que favorezcan la integración y el desarrollo del niño en su propio país, en vez de las donaciones directas a los hogares de donde proceden los niños dados en adopción. Sólo serán admisibles las donaciones en el caso de ser reguladas por la autoridad competente del país de origen. 11. El contacto con el que la ECAI coopere en el país de origen del niño tiene que ser una autoridad, organización o institución autorizada para intermediar en el campo de la adopción internacional conforme a la ley de ese país. 12. Los representantes y colaboradores que pudieran influir en el número de niños colocados en adopción, no deberían recibir pago por caso. V. Raimón CASANELLAS BASSOLS, «Las entidades colaboradoras de adopción internacional» y Elisabet SANDBERG, «El papel de las entidades colaboradoras de adopción internacional» (ambas conferencias pronunciadas en una de las mesas redondas de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.

<sup>485</sup> Son interesantes los artículos que se hallan recogidos en el libro VVAA, *El trabajo en grupo en la adopción y en el acogimiento familiar* (Introducción y Coord. John Triseliotis), Madrid, 1994, puesto que se recogen interesantes exper-

de origen o bien ante el organismo competente según el domicilio; aportar los documentos que acrediten que el solicitante reúne los requisitos necesarios (identidad, capacidad jurídica, certificado de penales, de matrimonio, declaración de la renta); gestionar la autenticación de los documentos (bien por vía del Ministerio de Asuntos Exteriores o bien a través del Consulado correspondiente); gestionar la traducción de los documentos si es preciso; enviar la documentación al país de origen del menor; informar continuamente a los adoptantes de cómo se va desarrollando el proceso; colaborar (facilitando información del país, lugares de hospedaje, costumbres) en los desplazamientos que tenga que realizar el adoptante al país de origen del menor; y supervisar y gestionar los apoderamientos que vayan a efectuarse en favor de profesionales del derecho.

Las funciones de la ECAI no terminan una vez constituida la adopción, pues en ese momento deberá<sup>486</sup>: comunicar a la autoridad competente que se ha constituido la adopción, o en su caso, la tutela legal con fines de adopción en España, y la llegada del menor a nuestro país; elaborar y remitir al organismo competente del país del menor los informes de seguimiento de la adaptación del niño a su nueva familia; informar, según se le indique por el organismo competente de cada CA, sobre los niños adoptados, o tutelados con fines de adopción que lleguen a España y que sean tramitados a través de ECAI; y prestar servicios de apoyo a los niños adoptados y a los adoptantes.

Las CCAA en su respectiva normativa han ido perfilando todos y cada uno de los requisitos de las ECAIS así como las funciones que van a realizar<sup>487</sup>. A modo de ejemplo, cabe citar a la Comunidad Autónoma Valenciana que en su Decreto 100/2002, de 4 de junio, por el que se regula la

---

riencias y técnicas de trabajo con las familias adoptivas, antes y después de la adopción. Destacan, en lo que a este punto se refiere, los siguientes artículos: «El trabajo de grupo con futuros padres acogedores y adoptivos» de Carole SMITH, pp. 21-34; «Preparación de familias en grupo» de Gerry O'HARA, pp. 35-54, y «Un grupo de apoyo independiente para los padres adoptivos» de Sandra HUTTON, pp. 189-199.

<sup>486</sup> V. Junta de Extremadura. Consejería de Bienestar Social: Dirección General de Infancia y Familia, «Las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional» en *Guía de adopción*, Dir. y Coord. Francisco Merideño Nieto, 1999, p. 26.

<sup>487</sup> A marzo de 2003 y por orden alfabético, éstos son los Decretos autonómicos reguladores de las entidades colaboradoras en materia de adopción internacional que se encuentran en vigor: Decreto 454/1996, de 1 de octubre, de la Consejería de Asuntos Sociales, de la CA de Andalucía, sobre habilitación de Instituciones Colaboradoras de Adopción Internacional (BOJA n.º 120, de 19 de octubre de 1996); Decreto 16/1997, de 25 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional (BOA 5-3-1997); Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (BOA 6-4-1999); Decreto 5/1998, de 5 de febrero, de la CA de Asturias, de aprobación del Reglamento de instituciones colaboradoras de integración familiar y de entidades colaboradoras de adopción internacional (BOPA n.º 41, 19-2-1998); Decreto 187/1996, de 11 de octubre, sobre la habilitación y actividades a desarrollar por entidades colaboradoras de mediación familiar en materia de adopción internacional, de la Comunidad Autónoma de Baleares (BOIB n.º 141, 14-11-1996); Decreto 200/1997, de 7 de agosto, de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el que se regula la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional (BOCA n.º 109, 20-8-1997); Decreto 47/1998, de 15 de mayo, de Cantabria, de acreditación y funcionamiento de las entidades de mediación en adopción internacional (BOC n.º 105, 27-5-1998); Decreto 35/1997, de 10 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de acreditación de las entidades colaboradoras de adopción internacional (DOCM n.º 11, 14-3-1997); Decreto 207/1996, de 5 de septiembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por el que se establece y regula la habilitación de Entidades Colaboradoras para las funciones de mediación en Adopción Internacional (BOCL n.º 176, 11-9-1996); Decreto 97/2001, de 3 de abril, de Cataluña, sobre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional (DOGC n.º 3369, 17-4-2001); Decreto 142/1996, de 1 de octubre, sobre régimen jurídico, funcionamiento y habilitación de Entidades Colaboradoras en materia de Adopción Internacional en Extremadura (DOE n.º 119, 15-10-1996), modificado por el Decreto 55/2002, de 30 de abril (DOE n.º 52, 30-05-2002); Decreto 42/2000, de 7 de enero, de Galicia, por el que se refunde la normativa vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (DOG n.º 45, de 6 de marzo de 2000); Decreto 29/1997, de 9 de mayo, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por el que se regula la habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional (BOLR n.º 58, 15-5-1997); Decreto 192/1996, de 26 de diciembre, de la CA de Madrid, sobre acreditación y funcionamiento de las instituciones colaboradoras de adopción internacional (DOCM n.º 2, 3-1-1997); Decreto 66/1997, de 12 de septiembre, de la Comunidad Autónoma de Murcia, de acreditación y actuación de las instituciones colaboradoras de integración familiar y de las entidades colaboradoras en adopción internacional (BORM n.º 220, 23-9-1997), modificado por el Decreto 42/2002, de 1 de febrero, de la Región de Murcia (BORM n.º 41, 18-02-2002); Decreto 168/2002, de 22 de julio, por el que se regula la acreditación de

acreditación, funcionamiento y control de las Entidades de Mediación en Adopción Internacional y el Registro de Reclamaciones formuladas contra las entidades de mediación acreditadas, las denomina «entidades de mediación». En estos términos se expresa la Generalitat Valenciana<sup>488</sup> cuando afirma, refiriéndose a las ECAIS, que: «*Su función es mediar, lo que significa que los primeros trámites, referidos a la confección de los expedientes de adopción como la emisión de los certificados de idoneidad, no les corresponde en absoluto realizarlos a estas entidades; ello es competencia exclusiva de la Administración. Pero sí pueden intervenir informando, asesorando y formando en colaboración con la Dirección General de la Familia y Adopciones, a los interesados en la adopción internacional, no sólo respecto a lo que significa, sino también, en cuanto a los trámites a seguir dentro de nuestro país como en el extranjero*». De manera similar, la CA de Castilla y León, al igual que hacen la mayoría de las CCAA<sup>489</sup>, en su Decreto 207/1996, de 5 de septiembre de 1996, que establece y regula la habilitación de las entidades colaboradoras para funciones de mediación en adopción internacional, diferencia entre las funciones que deben realizar previamente a la constitución de la adopción (tanto en España como en el país de origen del menor) y las que deben ejercer una vez constituida aquella<sup>490</sup>. Tras lo expuesto, puede afirmarse que lo que hace la normativa autonómica en este punto es concretar las funciones que con carácter general dispone la normativa estatal como propias de las ECAIS<sup>491</sup>.

---

las entidades colaboradoras en materia de adopción internacional en la Comunidad Autónoma de Navarra (BON n.º 110, 11-09-2002); Decreto 302/1996, de 24 de diciembre, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que regula la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional (BOPV n.º 2, 3-1-1997); Decreto 100/2002, de 4 de junio, de la Comunidad Autónoma de Valencia, por el que se regula la acreditación, funcionamiento y control de las Entidades de Mediación en Adopción Internacional y el Registro de Reclamaciones formuladas contra las entidades de mediación acreditadas en la Comunidad Valenciana (DOGV n.º 4271, 14-06-2002).

<sup>488</sup> Generalitat Valenciana (Conselleria de Benestar Social), *Guía para la adopción*, Valencia, 1998, p. 19.

<sup>489</sup> V., por ejemplo, el Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa vigente en materia de familia, infancia y adolescencia de la CA de Galicia (arts. 106 a 108).

<sup>490</sup> V. José Ramón PÉREZ OREIRO, «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» en VVAA, *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Burgos, 1999, pp. 245-246.

<sup>491</sup> A modo de ejemplo, cito las funciones que la legislación de la CA de Cantabria concreta para las ECAIS en el art. 17 y ss. del Decreto 47/1998, de 15 de mayo, las cuales se encuentran separadas atendiendo al momento en que han de realizarse (antes, durante o tras la constitución de la adopción). Con anterioridad a la constitución de la adopción, las funciones que realizan en España las entidades de mediación acreditadas en la Comunidad Autónoma de Cantabria, son las siguientes: informar y asesorar a los solicitantes de adopciones internacionales; llevar un registro de las solicitudes de tramitación de adopción internacional recibidas, que inscribirá por orden de entrada, haciendo constar la fecha de recepción del certificado de idoneidad; completar, a petición de los solicitantes, el expediente de adopción internacional, para lo que solicitará los documentos necesarios, en su caso, los traducirá, y realizará las gestiones necesarias para su legalización y autenticación; desarrollar actividades de preparación y formación para la adopción internacional orientadas a personas que estén tramitando la adopción a través de esa entidad de mediación; remitir la documentación que conforme el expediente, incluidos el certificado de idoneidad y el compromiso de seguimiento, al representante de la entidad en el país de origen del menor, informando de ello a la Dirección General de Bienestar Social. Por lo que respecta a las funciones y actividades de la entidad de mediación en el país de origen del menor, he de señalar las siguientes: enviar la documentación del expediente de adopción, a través de su representante, a la autoridad pública competente en aquel país o al organismo privado acreditado al efecto por las autoridades de éste, ante el que esté autorizada a tramitar las solicitudes de adopción la entidad colaboradora; seguir y activar el procedimiento de adopción, manteniendo los oportunos contactos con los organismos públicos administrativos y judiciales competentes en la adopción (a tal efecto, recabará cuando sea necesario, los documentos pertinentes de los organismos que correspondan); recabar de su representante, periódicamente, información sobre la situación de la tramitación que deberá transmitir a la Dirección General de Bienestar Social y a los solicitantes; recibir del organismo oficial del país de origen del menor, y mediante su representante, el documento relativo a la preasignación o asignación del menor; informar de dicha preasignación o asignación a la Dirección General de Bienestar Social para que emita Resolución sobre su aprobación o su denegación; informar de la preasignación a los interesados; presentar el documento de aprobación o de denegación de la Dirección General de Bienestar Social y, en su caso, el de aceptación de los solicitantes; gestionar, cuando sea necesario, el otorgamiento de poderes por parte de los interesa-

#### 1.4. Seguimiento, control e inspección de las actividades desarrolladas por la ECAI

La actividad que llevan a cabo las ECAIS puede y debe ser inspeccionada y controlada por la Administración (en particular, por la que le concedió la acreditación)<sup>492</sup>. Ello se establece específicamente en el ya citado art. 25.1 c) LO 1/1996, donde se dispone como una competencia de las entidades públicas «(...) la acreditación, control, inspección y la elaboración de directrices de actuación de las entidades que realicen funciones de mediación en su ámbito territorial». En mi opinión, si la CA cuenta con una normativa específica al respecto, ésta deberá ser aplicada<sup>493</sup>. En caso contrario, se entiende que las ECAIS se encuentran sometidas a la inspección y control que con carácter general se regula en la normativa aplicable relativa a asociaciones o fundaciones. Pero dada la gravedad de los casos que últimamente están saliendo a la luz y que ponen de manifiesto un incorrecto funcionamiento de estas entidades, ¿realmente existen controles efectivos de la Administración sobre la actividad de las mismas? En la práctica, es incontestable que las gestiones desarrolladas por las ECAIS se erigen en el caballo de batalla de los adoptantes que casi unánimemente coinciden en afirmar que su experiencia con estas entidades deja mucho que desear. Básicamente las quejas de los mismos se hallan encaminadas a afirmar que las ECAIS ven la adopción como un negocio en el que van a ganar un dinero, cuestionándose en demasía si efecti-

---

dos para la actuación de abogados y procuradores ante los órganos judiciales competentes del país de origen del menor; recabar de su representante aquella información necesaria, por sí durante la tramitación del expediente, se solicitara por parte de las autoridades competentes del país de origen del niño algún nuevo documento o la actualización de alguno de los ya presentados, a fin de poder comunicárselo a los interesados (a petición de éstos, se encargará de solicitarlo, de gestionar su legalización y autenticación, y lo presentará a las autoridades que lo hubiesen solicitado); asegurarse que el menor reúne todos los requisitos para la entrada y la residencia en España, y de que dispone de toda la documentación precisa para el reconocimiento de la eficacia de la Resolución extranjera en nuestro país; informar a los interesados del momento en el que puedan trasladarse al país de origen del menor para ultimar los trámites de adopción; ayudar a los interesados en las gestiones de legalización, así como en aquellas otras que se deban realizar en las dependencias consulares españolas en el país de origen del menor. Finalmente, una vez constituida la adopción, la entidad de mediación deberá: comunicar a la Dirección General de Bienestar Social la constitución de la adopción o en su caso, la tutela legal con fines de adopción en España, y la llegada del menor a nuestro país, facilitando una copia compulsada de la Resolución de adopción o de tutela; enviar al organismo competente del país de origen del menor, cuando así lo requiera y con la periodicidad que señale, los informes de seguimiento de la adaptación del menor a su nueva familia; remitir a la Dirección General de Bienestar Social los informes de adaptación del menor a su nueva familia durante el periodo de seguimiento que haya señalado el país de origen del menor y con la periodicidad que haya previsto este último, si así se contempla en la Resolución de acreditación; asesorar e instar a los adoptantes para que soliciten la inscripción de la adopción en el Registro Civil Central, en caso de que no se hubiese realizado la citada inscripción en el Consulado Español del país de origen del menor antes de salir de él; velar, en los supuestos en que se hubiese constituido una tutela legal con fines de adopción en España, para que se proponga al órgano judicial español competente, por la Dirección General de Bienestar Social o directamente por el interesado, según proceda, la constitución de la citada adopción; comunicar a la Dirección General de Bienestar Social y al organismo competente del país de origen del menor que la Resolución de adopción se encuentra inscrita en el Registro Civil o Consular correspondiente; prestar servicio de apoyo al menor adoptado, o al tutelado con el fin de adopción, y a los adoptantes, a requerimiento de éstos.

<sup>492</sup> Ésta es la tónica general en todos los países europeos, salvo en los Países Bajos (donde dicha labor la lleva a cabo la denominada: «Inspección de Prestación de Ayuda y Protección a los Jóvenes», perteneciente al Ministerio de Asuntos Sociales, que desempeña las actividades de policía administrativa respecto del conjunto de entidades privadas que prestan servicios para la infancia).

<sup>493</sup> Ello sucede así normalmente en la práctica. A modo de ejemplo, puede citarse la legislación canaria (art. 100.2 LAIM y art. 16 del Decreto 200/1997, de 7 de agosto). De esta manera, una de las obligaciones que le impone la legislación autonómica (art. 11 c. Decreto 200/1997) a las entidades colaboradoras de adopción internacional habilitadas en el territorio canario es la de someterse y facilitar todas las actuaciones de inspección y control que se realicen por la Administración autonómica (ya sea por sí misma o por los Cabildos Insulares). Esta labor de inspección y control es esencial para mantener el adecuado funcionamiento de cada ECAI, cuestión de enorme trascendencia dadas las amplias e importantes funciones que la mismas pueden desempeñar una vez que son habilitadas para ello. En la Comunidad Autónoma de Canarias es competente para el control y la inspección de las entidades colaboradoras de adopción internacional, la Dirección General de Protección del Menor y la Familia.

vamente el principio general que las rige (esto es: la ausencia del ánimo de lucro en la prestación de sus servicios) se lleva en realidad a la práctica.

El Defensor del Menor de la CA de Madrid<sup>494</sup>, al plantearse este problema a raíz de las múltiples quejas recibidas en este sentido, afirma que: «(...) España debería volver la mirada hacia otros países que, como Holanda o Suecia, tienen una larga tradición en materia de adopción internacional y que han advertido la necesidad de establecer métodos de control, entre los cuales es interesante destacar los siguientes: revisión de las memorias anuales que deberían elaborar las entidades colaboradoras en la materia y que recogerán un estado financiero de la misma; necesidad de viajar al país de origen para conocer a otros intervinientes en el proceso como jueces, responsables de orfanatos, etc.; elaboración por la Administración de un manual de consejos y recomendaciones; talleres de formación para profesionales y particulares; en general, establecimiento de un sistema para compartir responsabilidades entre las Asociaciones y la Administración Pública». El mismo órgano sostiene, en su Informe Anual de 1999, la necesidad de: «(...) un mayor control e inspección de las referidas entidades por el Órgano habilitante, creando los medios materiales y personales apropiados para llevar a cabo las anteriores acciones, con una ampliación de los recursos, así como si fuera necesario, con la modificación de la normativa existente reguladora sobre la acreditación y funcionamiento de las ECAIS»<sup>495</sup>. En un sentido similar volvió a constatar esta realidad: «La percepción de los promoventes es de encontrarse sujetos a la discrecionalidad de la actuación de las entidades colaboradoras, que se amparan en el estado de ansiedad que viven los adoptantes ante el proceso de adopción y a veces los propios menores, sin que, a su juicio, la Administración acreditante supervise sus actuaciones y defienda los intereses de los contratantes»<sup>496</sup>. A la luz de algunas noticias recogidas en prensa, no parece sin embargo que este cúmulo de buenas intenciones por parte de la Administración se haya llevado efectivamente a la práctica<sup>497</sup>.

Además de ese control efectivo sobre la actividad de las ECAIS, es necesario que las Administraciones autonómicas estén interconectadas paralelamente a la Administración estatal<sup>498</sup> (labor que ha de ser desempeñada en última instancia por el Ministerio de Asuntos Sociales), puesto que en la práctica existen muchas entidades que desempeñan su actividad en más de una Comunidad. Sería más eficaz realizar una evaluación de conjunto en todas las CCAA en las que trabajan<sup>499</sup>. En este sentido se ha manifestado el art. 21.2 del Decreto 97/2001, de 3 de abril, so-

<sup>494</sup> Sonsoles RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, «La adopción internacional» en *Estudios e investigaciones 1997*, Defensor del Menor de la CA de Madrid, Madrid, 1998, pp. 451-483 (en especial, pp. 480-481).

<sup>495</sup> Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, *Informe Anual 1999*, Madrid, 2000, p. 118. Concretamente, se especifica que a lo largo de 1999 «(...) se han producido sanciones a Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional acreditadas por el Instituto Madrileño del Menor y la Familia, previa tramitación del correspondiente expediente contradictorio establecido legalmente, siendo significativas las sanciones impuestas a dos Instituciones, revocando las acreditaciones concedidas para actuar en regiones de Rusia, imponiéndoles, asimismo, la obligación de concluir con diligencia los compromisos contraídos con los solicitantes de adopción internacional, previamente a la resolución sancionadora acordada por la Directora Gerente de la citada Entidad Pública».

<sup>496</sup> Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, *Informe anual 2000*, Madrid, 2001, p. 11824 del BO de la Asamblea de Madrid n.º 100, de 19 de junio de 2001.

<sup>497</sup> La mayoría de las quejas versan sobre demoras y falta de información sobre cómo va cada solicitud, pero también hay denuncias más graves en las que los padres se quejan de que la agencia les ha ocultado los graves problemas físicos o psíquicos del niño adoptado.

<sup>498</sup> Algunos países han establecido directrices internas a nivel estatal para tratar de unificar la labor de seguimiento y control de las entidades colaboradoras en materia de adopción internacional (tal y como sucede, por ejemplo sucede en el Reino Unido con el documento del Ministerio de Salud rubricado como «Inspección de agencias voluntarias de adopción. Parámetros y criterios»).

<sup>499</sup> V. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000, p. 7.

bre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional de la CA de Cataluña, al establecer que:

*«Cuando una ECAI haya sido acreditada también en otra o otras Comunidades Autónomas, el ICAA establecerá la correspondiente coordinación con los órganos competente de aquellas para efectuar la supervisión y el control.»*

Con carácter general, los países europeos investigan las siguientes actividades: análisis de las memorias y de los balances anuales; recepción de quejas; visitas a los países de origen de los menores; contactos periódicos y trabajos de seguimiento; e inspección de las entidades. Los dos grandes campos de actividad fiscalizadora son, por tanto, el económico, y el procedimental<sup>500</sup>, siendo también dos los métodos mediante los que la evaluación se puede llevar a cabo: por un lado, el proceso de seguimiento permanente de la actividad realizada, y por otro, el control periódico y puntual<sup>501</sup>.

El art. 10 CHAI establece con carácter general que sólo pueden obtener y conservar la acreditación los organismos que demuestren su aptitud para cumplir correctamente las funciones que pudieran confiárseles<sup>502</sup>. Por ello, si del ejercicio de este control se constata un mal funcionamiento de la entidad, es posible para la CA retirar la acreditación que un día le concedió a la ECAI, siempre que concurren, al menos, los requisitos que prevé para tal fin el art. 25.1 pfo. 4.º LO 1/1996:

*«Las entidades públicas podrán retirar la acreditación concedida, mediante expediente contradictorio a aquellas entidades de mediación que dejen de cumplir las condiciones que motivaran su concesión o que infrinjan en su actuación el ordenamiento jurídico.»*

Evidentemente, en el caso de que el expediente contradictorio concluya con la emisión de una resolución administrativa que revoque la acreditación concedida a la ECAI para poder desarrollar su actividad, ésta, si lo estima pertinente, va a poder recurrirla. De todas maneras, en la práctica, la autorización que conceden las Administraciones autonómicas está siendo temporal, lo que les permite revisar periódicamente si la ECAI reuniendo todos los requisitos que precisa para poder actuar en el tráfico. En Cataluña y Galicia se están concediendo acreditaciones por dos años, si bien las mismas son susceptibles de prórroga<sup>503</sup>. Se prevé que en aquellos supuestos en que una ECAI esté tramitando una adopción internacional y deje de estar acreditada, podrá y deberá continuar su tramitación hasta el final<sup>504</sup>, salvo, claro está, que los contratantes (los adoptantes) ejerzan su derecho a resolver lo pactado. ¿Cuáles serían las repercusiones que tendría la retirada de la acredita-

<sup>500</sup> V. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000, p. 83.

<sup>501</sup> V. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000, p. 81 y ss.

<sup>502</sup> Al ser España miembro del CHAI, lo que éste disponga con relación a las entidades de colaboración en materia de adopción internacional en los países de recepción de menores, es aquí de aplicación imperativa, con independencia de que la adopción en concreto se lleve a cabo en un país que sea o no miembro del CHAI. Ello no sucede, sin embargo, en lo que respecta a la normativa sobre la tramitación de la adopción, puesto que sólo en el caso de que el país de origen del menor sea parte del CHAI, la misma tendrá carácter imperativo.

<sup>503</sup> V. el art. 100 del Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa vigente en materia de familia, infancia y adolescencia de la CA de Galicia.

<sup>504</sup> Si bien no siempre es así. Recientemente la Conselleria de Justicia de la Generalitat de Cataluña descreditó a la ECAI «ADDIA» como colofón del expediente abierto por el Instituto Catalán de Acogimiento y Adopción (el ICAA) que investigó presuntas irregularidades en el desempeño de la actividad de esta ECAI. En este supuesto, fue el ICAA quien asumió la tramitación de todos los expedientes de la entidad que se encontraban en tramitación o los que estaban pendientes sin ningún coste económico adicional para las familias.

ción a una ECAI por parte de una CA para la misma ECAI cuando ésta desempeña sus actividades en otras CCAA? Respetando el principio de territorialidad y dado que el proceso de acreditación es independiente en cada CA, la retirada de la misma no va a impedir que dicha ECAI continúe sus actividades en otra CA en la que permanezca habilitada. En la práctica, sí se considera aconsejable que las Administraciones Públicas de las CCAA en las que la misma sigue acreditada supervisen de una manera especial la actividad desempeñada por dicha ECAI. No obstante, es posible que la retirada de la acreditación de una ECAI por parte de la CA tenga repercusiones importantes de cara a la tramitación de la adopción. Tal situación se ha producido ya en la práctica, puesto que los países de origen de los menores no entienden porqué si hasta el momento mantenían contactos sobre una concreta adopción con una determinada entidad (que, por otra parte, continúa acreditada en su territorio), deben de pronto dejar de tener negociaciones con ella. Se ha llegado al punto de suspender todas las tramitaciones de las adopciones hasta tanto no se aclarara la situación<sup>505</sup>.

Si por el contrario, y dado que se necesita una doble acreditación para poder desarrollar las actividades de mediación en la adopción internacional (esto es, la concedida por nuestro país y la concedida por el país de origen del menor), la retirada de la acreditación se produce no por parte de la Administración autonómica, sino por parte del país de origen del menor, la situación es diferente. Obviamente, habrá que estar a lo que el Estado de origen disponga al respecto en cada caso concreto (y con carácter general en su normativa interna), pero si no establece otra cosa, habrá que entender que el expediente se paraliza sin que pueda hacerse nada para evitarlo. Los adoptantes deberán contratar una nueva entidad colaboradora (o bien realizar la adopción independientemente, si ello es posible) y la ECAI deberá reembolsarles las cantidades aportadas proporcionalmente a la labor efectuada y a la responsabilidad que tengan en la desacreditación que han sufrido<sup>506</sup>.

En estos casos, si la ECAI desacreditada en el país de origen del menor desempeña sus funciones en distintas CCAA, habrá de entenderse que la retirada de la acreditación afecta a todas ellas, lo que redundará en la práctica, en una retirada de la acreditación por parte de las Administraciones autonómicas competentes (que no mantendrán vivo un permiso si el país para el que lo conceden ha cerrado sus puertas a la ECAI). Además, la Administración autonómica debería indagar en los motivos que han llevado al país extranjero a desacreditar a la ECAI, por si ésta hubiera incurrido en algún tipo de práctica ilegal punible en nuestro país.

Por otra parte, es criticable que en España no se encuentren tasadas expresamente las causas de suspensión o de revocación de la acreditación (si bien la retirada de la acreditación no se lleva a cabo arbitrariamente: se ha de constatar previamente por parte de la Administración el efectivo incumplimiento de la ECAI de alguno de sus deberes u obligaciones). Ello no sucede en la mayoría de países europeos. Por ejemplo, Francia (que dispone de dos órganos competentes para conceder la acreditación) cuenta con dos listados (similares, eso sí) de causas por las que dichos órganos pueden suspender o retirar la habilitación. De esta manera, en virtud de lo establecido en el Decreto 89-95, de 10 de febrero de 1989, relativo a las Obras de Adopción<sup>507</sup>, es posible, en pri-

---

<sup>505</sup> Esto ha sucedido con Bolivia, que no acepta el envío de los informes de seguimiento de adopciones ya constituidas por parte de la CA de Castilla y León (puesto que esta CA se hizo cargo de la labor que debía desarrollar una ECAI por ella desacreditada). La situación para las familias adoptivas es desesperante pues no acaban de ver regularizada su situación por circunstancias totalmente ajenas a su voluntad (pese a que en muchos casos la adopción ya se encuentra reconocida e inscrita en nuestro país).

<sup>506</sup> La retirada de la acreditación en el país de origen del menor puede deberse a diferentes causas. No sería lo mismo que ello hubiera estado originado por una política administrativa del Estado (que, por ejemplo, ha cambiado su legislación y exige otros requisitos para poder habilitar a estas entidades), que si lo hubiera estado porque la actividad desempeñada por la ECAI en ese país extranjero se extralimite del ámbito de sus competencias e incluso que haya incurrido en alguna práctica ilegal.

<sup>507</sup> Información extraída del estudio del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000, pp. 112-114.

mer lugar que el Presidente del Consejo General de un Departamento deba retirar o deba estudiar la retirada de la habilitación concedida: cuando las personas responsables de los servicios de adopción hayan sido condenadas por delitos contra menores u otros que se especifican; cuando las personas responsables de los servicios de adopción han sido objeto de una medida de suspensión o retirada total o parcial de los derechos de la autoridad paternal; cuando la obra pone obstáculos a la protección y a la supervisión de los niños o al control de su funcionamiento por la Administración; si se incumplen las obligaciones que establece el Código Civil o se dificulta su aplicación; cuando no se notifica la llegada al hogar de acogida de un menor o su modificación; o bien cuando se reclaman o aceptan, por sí o por medio de personas interpuestas, donaciones de cualquier naturaleza<sup>508</sup> (art. 22). En segundo lugar, también puede el Ministro de Asuntos Extranjeros modificar o retirar la habilitación concedida a una entidad: cuando de la evolución de la situación de un país no se puede considerar la adopción de menores originarios de él por súbditos franceses; cuando la obra no presente garantías suficientes para los menores, sus padres o los futuros adoptantes; o bien cuando la obra pierda la autorización de actuar en un Departamento (art. 24). En cualquier caso se retirará la habilitación por el Ministro: si la obra intenta un proceso de adopción en un Departamento en el que no está habilitada; si la obra realiza acogimientos de niños originarios de países para los que no tiene habilitación; si coloca niños violando decisiones adoptadas en sus países de origen; si recibe de los futuros adoptantes fondos que no se corresponden con los gastos; si interviene en casos de personas que no desean su participación; o bien si obstaculiza las actuaciones de control administrativo de sus actividades (art. 25).

Con carácter general, a nivel europeo pueden resumirse en las siguientes las causas por las que puede ser retirada la acreditación concedida (si bien en ningún país se recogen todas ellas como motivo de la revocación, sino tan sólo algunas)<sup>509</sup>: 1. No cumplir las condiciones de acreditación. 2. No desempeñar las funciones encomendadas. 3. No someterse al control de la autoridad. 4. No respetar los fines de la adopción. 5. Por condena penal de las personas responsables. 6. Por modificación de las condiciones establecidas en el país de origen. 7. Por recibir donaciones prohibidas. 8. Porque la constitución de una adopción se vuelva inviable debido a la evolución de las normas internas del país de origen. 9. Por no realizar mediaciones en dos años. 10. Por actuar en territorios o países no autorizados. 11. Por haber aportado información inicial falsa o errónea.

Pero los legisladores europeos no se han conformado con establecer medidas estrictamente administrativas y para circunstancias graves, sino que por el contrario, han llegado a establecer sanciones penales para determinados supuestos, ante la evidencia de conductas dolosas por parte de los responsables de las entidades. Con carácter general, pueden sintetizarse en los siguientes los hechos punibles relacionados con las actividades de mediación<sup>510</sup>: actuar como mediadores sin autorización; actuar como mediadores sin autorización por lucro; hacer uso indebido del material con el que se cuenta para tramitar la adopción; ayudar a otro a cometer la infracción (por ejemplo: ayudar a los adoptantes a «comprar» al menor); incumplir las condiciones legales; incumplir los

---

<sup>508</sup> Resulta curioso apreciar que esta prohibición se aplica únicamente hasta que la adopción sea definitiva, pudiendo después realizar cualquier tipo de «donación» sin que se incurra en ilegalidad alguna. En la mayoría de los países de origen estas donaciones se entregan sin que medie recibo alguno en el que las mismas consten de alguna manera, lo cual hace dudar del destino que se le va a dar a ese dinero.

<sup>509</sup> Información extraída de la Tabla 15 («Síntesis de las causas de retirada de la acreditación en diferentes países») del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000, p. 121.

<sup>510</sup> V. *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, agosto de 2000, p. 110 y ss. y p. 122 (Tabla 16: Síntesis de los hechos punibles con relación a la mediación).

requisitos de la entrada en el país; tramitar una adopción sin que se hubiera obtenido previamente el certificado de idoneidad; adoptar dando o prometiendo dinero.

Por otra parte, en los primeros Decretos autonómicos reguladores de las actividades desempeñadas por las ECAIS no se recogía expresamente un régimen sancionador específico aplicable a estas entidades, lo cuál era criticable. Únicamente se preveía, con carácter general, la suspensión o retirada de la acreditación concedida ante un incorrecto funcionamiento. Pero dado que la realidad práctica ha venido poniendo de manifiesto la necesidad de contar con dicho régimen, las CCAA lo han ido introduciendo en su normativa. El legislador catalán, que fue el primero en hacerlo<sup>511</sup>, mediante su Decreto 97/2001, de 3 de abril, sobre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional<sup>512</sup>, estableciendo expresamente en su art. 26 la sujeción de las ECAIS al régimen sancionador contenido en el capítulo 4 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de menores desamparados y de la adopción (modificada por la Ley 8/1995, de 27 de julio)<sup>513</sup>.

### 1.5. Problemas que plantean las adopciones independientes o con mediadores no acreditados

¿Qué sucede si el país extranjero en el que el adoptante español desea adoptar no le impide personarse por sí mismo, es decir, sin necesidad de la concurrencia de una entidad de mediación para tramitar la adopción? En principio, esta posibilidad es perfectamente factible, y de hecho se da con relativa frecuencia en la práctica, calificándose estas adopciones como *independientes* para hacer referencia de esta manera al hecho de que los adoptantes no acuden representados por entidad acreditada de mediación, sino que tramitan «por su cuenta» la adopción o con la ayuda de mediadores no acreditados. Es posible que, pese a existir una ECAI acreditada para el país en la CA del adoptante (o en otra), éste desee gestionar los trámites prescindiendo de los servicios de la misma. Aunque *a priori* pudiera pensarse que este supuesto no va darse con frecuencia (puesto que todos los adoptantes prefieren la seguridad que sin duda ofrece una entidad), no sería extraño que una persona a la que no le fueran ajenos los pasos a seguir en el proceso de la adopción (como podría ser, por ejemplo, un profesional del Derecho especializado en estos temas, o bien alguien que ya ha realizado una adopción con anterioridad en el mismo país de origen y conoce todo el proceso adoptivo), deseara realizar por su cuenta los trámites<sup>514</sup>. Piénsese además que las gestiones de la ECAI no son gratuitas, puesto que, si bien se hallan enmarcadas dentro del principio general que las rige (la ausencia del ánimo de lucro), hay que pagar por sus gestiones, lo cual encarece considerablemente el proceso. Incluso es posible que al adoptante no le quede otro camino que una adopción independiente si se da la circunstancia de que no hay en España ninguna ECAI acreditada para el país en el que el adoptante desea adoptar.

Al margen de los problemas sustantivos que pueda generar la adopción realizada de esta manera (esto es, que pueda tratarse de una adopción plena o de una que no lo sea), y de aquellos que desaconsejan la realización de adopciones de este tipo por considerar que existe mayor riesgo de encontrar un supuesto de tráfico de menores<sup>515</sup>, se abren otros interrogantes cuando se estudia esta

<sup>511</sup> V. el Título VIII de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón, por ejemplo.

<sup>512</sup> DOGC n.º 3369, de 17 de abril de 2001.

<sup>513</sup> Siendo el procedimiento que ha de seguirse el establecido por el Decreto 278/1993, de 9 de noviembre, sobre procedimiento sancionador aplicable a los ámbitos de competencia de la Generalitat de Cataluña.

<sup>514</sup> Piénsese que hasta la entrada en vigor de la LO 1/1996 y, aún más, hasta la acreditación de las primeras ECAIS, ésta era la única vía para realizar las adopciones en nuestro país.

<sup>515</sup> Águeda LAFORA GONZÁLEZ, «Tráfico de menores y adopción internacional» en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Coord. M.ª Teresa Martín López, Colección «Estudios», Cuenca, 2000, pp. 93-100.

modalidad adoptiva. Evidentemente los problemas surgirán, desde el punto de vista de nuestro Derecho, en las adopciones constituidas de esta manera en el país de origen del menor y que pretenden ser reconocidas en España. De esta cuestión también trata el CHAI en su art. 22.2 donde establece, si bien con carácter restrictivo, que las funciones previstas en los arts. 15 a 21 del Convenio puedan ser realizadas por personas físicas u organismos (personas jurídicas) distintos de las autoridades públicas o los organismos acreditados conforme al Capítulo III, siempre que se declare así ante el depositario del Convenio por el Estado contratante respectivo, que el ejercicio de las funciones esté dentro de los límites permitidos por la Ley y bajo el control de las Autoridades competentes, que las personas que las ejerzan cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado, y que tales personas estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional.

De lo expuesto hasta ahora se deduce que, en todo caso, la posibilidad de realizar una adopción independiente va a quedar limitada a lo que disponga al respecto la normativa del país extranjero en el que se pretenda adoptar, puesto que algunos países de origen de los menores exigen como requisito *sine que non* que en la tramitación del procedimiento intervengan estas entidades. Si esto fuera así, al adoptante no le quedaría otra solución que acudir a una ECAI para gestionar la tramitación de la adopción. Pero si el país de origen lo permitiera, el adoptante español podría realizar independientemente la adopción (sin que tenga nada que ver que en nuestro país exista o no una ECAI acreditada con el país extranjero en cuestión).

Por tanto, la conclusión a la que habría que llegar sería la siguiente: si la legislación del país de origen no lo prohíbe (independientemente de que exista o no ECAI acreditada en España para ese país), el adoptante puede realizar una adopción sin intervención de entidad mediadora alguna. De sostener lo contrario indirectamente se estaría afirmando que únicamente se puede adoptar en nuestro país haciendo uso de los servicios de una ECAI, lo cual no es cierto, pese a que hay que reconocer que tan sólo se ha regulado la actividad de las entidades acreditadas y no la de otros posibles mediadores. Con respecto a estos otros mediadores, como afirma HERRÁN ORTIZ<sup>516</sup>, «(...) la doctrina española insiste en la inoportunidad de su intervención, ello al margen de que el Convenio de la Haya admite su actuación, habida cuenta de que su intervención las más de las veces atentará contra uno de los principios más importantes del procedimiento de adopción internacional, que es el de evitar enriquecimientos abusivos por parte de quienes actúan en estos procedimientos, o lo que la legislación española califica como «beneficios financieros distintos a aquellos para cubrir los gastos estrictamente necesarios».

Lo mismo sucede en otros países europeos (como por ejemplo, en Francia o en Bélgica), aunque es significativo que los que cuentan con mayor experiencia en materia de adopción internacional no permiten la posibilidad de realizar adopciones independientes (como es el caso de Suecia, Finlandia, Italia o Noruega)<sup>517</sup>. Ello se debe sin duda al gran inconveniente que plantea la realización de estas adopciones: los intereses de los menores pueden verse fácilmente conculcados al no existir los mecanismos de control e inspección con los que cuenta la Administración cuando la tramitación la lleva a cabo una ECAI acreditada. Todo dependerá de dos factores: de lo que el adoptante esté dispuesto o no a hacer por culminar la adopción y de lo que el país de origen y el país de recepción le permitan. Por ello, habría que afirmar que aunque «(...) no todas las adopciones independientes son negativas (...) resulta indiscutible que los factores de riesgo para la violación de los derechos de los menores crecen»<sup>518</sup>.

<sup>516</sup> Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Madrid, 2000, p. 59.

<sup>517</sup> V. la interpretación de la Tabla 9 (Comparación de las condiciones legales de acreditación. Tercera parte), recogida en el estudio del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000, p. 80.

<sup>518</sup> V. *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, agosto de 2000, p. 53.

Cuestión distinta es la que suscitan las adopciones independientes propiamente dichas, es decir aquellas en las que no sólo no interviene entidad mediadora alguna, sino que tampoco lo hace en ningún momento del procedimiento la Administración pública española. Existen numerosos casos de adopciones que, realizadas en el extranjero sin que las Autoridades españolas hayan tenido noticia alguna de la existencia de su tramitación, se pretenden reconocer e inscribir en el Registro Civil de nuestro país. El problema alcanza múltiples ámbitos desde el mismo momento en que los adoptantes independientes se presentan en el aeropuerto español procedentes del extranjero con un menor, generalmente de corta edad (por lo que no va a poder extraerse de él mucha información) y con multitud de documentación extranjera (en la mayoría de los casos sin traducir al castellano), afirmando que el niño en cuestión es su hijo adoptivo<sup>519</sup>.

Hay que rechazar la realización de adopciones por esta vía por considerarlas en todo caso atentatorias del interés superior del menor que pasa porque se le haya adoptado siguiendo un proceso que reúna todas las garantías, aspecto del que parecen carecer en principio estas adopciones.

## II. ANÁLISIS DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL ADOPTANTE Y LA ECAI

Es evidente que desde el momento en que el adoptante español residente en España acuerda con una ECAI concreta la tramitación de la adopción de un menor extranjero en su país de origen (comprometiéndose a pagar unos cánones por las gestiones que realice el personal de la ECAI) se ha formalizado un contrato entre ambas partes, pues existe un acuerdo de voluntades exteriorizado con claras repercusiones jurídicas. El contrato que firma la ECAI y el adoptante ¿dentro de qué categoría contractual se encuadra? *A priori*, y tras estudiar lo visto hasta ahora, se entrevén diversas posibilidades. Pudiera estarse ante un contrato (arrendamiento) de servicios, un contrato de mandato, un contrato de mediación, e incluso, pudiera llegar a concluirse que ninguna de las formas contractuales citadas permiten englobar un supuesto de este tipo, estando ante una nueva figura, dadas sus especiales características, calificándola como atípica (si bien el de mediación y el de agencia, también lo son) en tanto en cuanto el mismo carece de una legislación específica. El intentar encasillar la relación contractual analizada en una de las formas contractuales de la Teoría General de los Contratos no es baladí, puesto que si bien en un primer momento pudiera parecer que se trata de una cuestión estrictamente teórica, hay que afirmar que dependerá en gran medida de la consideración que se le de a este contrato (como perteneciente a una u otra clase contractual), la aplicación al mismo un régimen jurídico u otro, con las importantes repercusiones jurídicas (básicamente sustantivas) que ello implica.

Antes de iniciar este estudio ha de plantearse una cuestión previa ¿tiene dicho contrato carácter privado o público? No hay que olvidar que si bien es cierto que una de las partes que lo celebra (el adoptante) es un particular, la otra parte, la ECAI, es una entidad que actúa en virtud de la acreditación que le ha conferido una entidad pública (la CA) a la que en definitiva representa, en el sentido de que está llevando a cabo las funciones que le han sido legalmente asignadas a la Administración. El responder a este interrogante, se convierte, pues, en prioridad absoluta. En este sentido, son varios los elementos que hay que tener en cuenta. Por un lado, el Registro de Reclamaciones formuladas contra las ECAIS (regulado en el art. 25.4 LO 1/1996) indica claramente cómo el legislador ha previsto un cauce institucional para poder interponer las oportunas reclamaciones. Por otro lado, la reclamación interpuesta por un adoptante insatisfecho, por las razones que sean,

---

<sup>519</sup> Aunque parezca una cuestión superficial, no puedo dejar de señalarla por haber sido preocupación constante de estos profesionales en la mayoría de foros de debate a los que he tenido ocasión de acudir. Problemas como éste se suceden día a día en nuestros aeropuertos.

del funcionamiento de una entidad acreditada, ¿qué cauce va a seguir? Esto es: ¿será la Administración la que resuelva la cuestión concreta o no? No cabe duda que, una vez constatada la veracidad de las reclamaciones interpuestas, la CA podrá hacer uso de su facultad de retirar la acreditación a una ECAI, como ya ha sucedido en la práctica. Desde este punto de vista, el Registro tiene una importante razón de ser. Sin embargo ¿quién tendrá competencias para estudiar cada caso concreto? Además, en el supuesto de que existieran argumentos que sostuvieran un abuso o mal funcionamiento de la ECAI ¿quién decidirá que se le reembolsen al adoptante las cantidades ya abonadas, o incluso, que se le indemnice? A todo esto ha de unirse la otra vertiente del problema: en caso de que la ECAI vea perjudicados sus intereses por un incumplimiento del adoptante (piénsese por ejemplo en el caso de que no pague aquello a lo que se comprometió, existiendo en definitiva, incumplimiento contractual), ¿quién resolverá esta cuestión y cuantas otras similares puedan darse en la práctica?, ¿será la Administración responsable subsidiaria frente al particular de la incorrecta actuación de la ECAI?

## 2.1. El contrato celebrado entre la ECAI y el adoptante ¿Derecho Público o Derecho Privado?

El hecho de que la ECAI deba cumplir una serie de requisitos para poder obtener la habilitación por parte de la Administración autonómica que le permita desarrollar funciones en materia de adopción internacional y que la misma deba someterse posteriormente al control e inspección de aquella para comprobar que efectivamente cumple las directrices de actuación que previamente se han establecido, hace pensar, con razón, que detrás de una ECAI habilitada que ejerce su actividad está siempre la Administración. Esta idea se refuerza por la cantidad de límites y pautas que les impone la Administración, entre los que destaca a estos efectos, la prohibición de obtener beneficios financieros superiores a los necesarios para sufragar los gastos que origina la tramitación, lo que se traduce, en definitiva, en la exigencia de la ausencia de ánimo de lucro.

Todo esto lleva a pensar en cuál es la naturaleza del contrato celebrado entre el adoptante español y la ECAI. ¿Se encuentra en la práctica de alguna manera supervisado por la Administración? La respuesta práctica es sencilla: en la mayoría de los casos, no lo está<sup>520</sup>. Ésta, lejos de ser la opción más deseable, parece ser la nota dominante en los países europeos, en los que únicamente en Bélgica (Comunidad Francesa), Luxemburgo y Portugal se encuentra específicamente regulada la obligación de la ECAI de presentar ante la Administración el modelo de contrato que va a firmar con el adoptante<sup>521</sup>. Pare-

---

<sup>520</sup> En el año 2000, en el Instituto Madrileño del Menor y de la Familia se me contestó a esta pregunta de la siguiente manera: los contratos que realizan las ECAIS con los adoptantes quedan dentro del ámbito privado de actuación de las ECAIS puesto que ni se los supervisa ni hay un modelo preestablecido. Lo expuesto (que lamentablemente sucede en muchas CCAA), lleva a la siguiente situación: cada ECAI es libre de redactar el contrato como le parezca, incluyendo o excluyendo del mismo las cláusulas que buenamente considere en cada momento. No sólo existen contratos de distintas ECAIS para los mismos países que incluyen cláusulas diferentes, sino que también se da el caso de que dentro de una misma ECAI hay contratos, para el mismo país, que son distintos. Obviamente no se está haciendo alusión a las cláusulas relativas a circunstancias específicas del caso concreto (pues es normal que atendiendo a las mismas se incluyan o excluyan ciertas estipulaciones), sino a cláusulas sustanciales de los contratos (tales como el precio o exención de responsabilidad). Destaca, por ejemplo, el que en algunos contratos se inserte una cláusula en virtud de la cuál se va a tramitar la adopción sólo de un menor (y no de dos o más, lo cuál es muy habitual en el supuesto de tratarse de grupos de hermanos), con la consecuencia para el adoptante de tener que iniciar nuevamente el procedimiento y, por ello, volver a contratar los servicios de la ECAI. Ante tal cláusula, ¿puede afirmarse que dicha estipulación no esconde, si bien de manera indirecta, ánimo de lucro?

<sup>521</sup> A esta conclusión se llega de la interpretación de la Tabla 9 (Comparación de las condiciones legales de acreditación. Primera parte), recogida en el estudio del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000, p. 78.

ce por tanto que el contrato, al escapar de la supervisión de la Administración<sup>522</sup>, queda sometido a las normas civiles, en virtud de las cuáles rige el principio de autonomía privada que recoge el art. 1255 CC<sup>523</sup> de manera general para todos los contratos (y que se concreta en el art. 1091 CC)<sup>524</sup>.

Hay que puntualizar, no obstante lo afirmado, que en los nuevos Decretos reguladores de las ECAIS, sí parece que exista preocupación en este punto, en el sentido de que se exige necesariamente que la ECAI aporte una copia del contrato. Por ejemplo, el art. 12.1 del Decreto 97/2001, de 3 de abril, sobre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional de la CA de Cataluña, obliga a las ECAIS a aportar una copia del contrato aunque no especifica que deben entregarla antes de firmarlo para que éste sea supervisado por la Administración: únicamente se les obliga a aportarlo.

## 2.2. Encuadre de la relación contractual en uno de los contratos de prestación de actividad en interés ajeno. Distinción de figuras afines

Una vez concluido que el contrato celebrado entre la ECAI y el adoptante es un contrato privado, hay que estudiar en qué figura contractual existente en la Teoría General de los Contratos es susceptible de ser encuadrado; en el caso de que no fuera susceptible de ser incluido en ninguno de los legalmente previstos, sería un contrato atípico. Es evidente, por las particulares características de dicho contrato, que el estudio debe centrarse en el conjunto de contratos que establezcan obligaciones de hacer que una de las partes se compromete a realizar en beneficio de la otra. Descarto del estudio aquellas figuras contractuales de carácter eminentemente mercantil (tales como por ejemplo, el contrato de agencia<sup>525</sup>, si bien el mismo también puede tener naturaleza civil<sup>526</sup>) ya que ni el adoptante ni la ECAI actúan en calidad de empresarios al celebrar el contrato.

Tras haber analizado diferentes modelos de contratos que se firman cada día entre ECAIS y adoptantes, considero que la figura contractual que más se amolda a lo establecido en los mismos no es otra que la del mandato. Soy plenamente consciente de que esta afirmación puede ser o no compartida, pues he de reconocer que algunos aspectos característicos de esta modalidad con-

---

<sup>522</sup> Sin embargo, las familias adoptivas vienen proponiendo desde distintos foros la conveniencia de que cada vez que una ECAI firme un contrato con un adoptante, éste deba ser enviado a la Administración autonómica para que supervise que su contenido respeta la normativa aplicable. Esta propuesta parece excesiva, por cuanto la labor de control de la Administración aumentaría en demasía y probablemente los trámites se verían considerablemente ralentizados. Tal vez lo más conveniente fuera, desde mi punto de vista, una solución intermedia: imponer a la ECAI la obligación de entregar un modelo de contrato a la Administración así como la de informar puntualmente de cuantas cláusulas con repercusión sustantiva se añadan o quiten a dicho modelo preestablecido.

<sup>523</sup> El art. 1255 CC establece que: «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*»

<sup>524</sup> El art. 1091 CC dispone: «*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.*»

<sup>525</sup> Contrato eminentemente mercantil, tal y como reza la Exposición de Motivos de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia (BOE n.º 129, de 29 de mayo). Además, su art. 1 no deja lugar a dudas cuando lo define como aquel por el que «*(...) una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.*» V. entre los recientes estudios sobre este contrato, a J.-Nicolás Martí Sánchez, «El contrato de agencia» en CDJ, tomo IX: Contratos de Gestión, Madrid, 1995, pp. 157-217; José Moxica Román, *La Ley del Contrato de Agencia (Análisis de la doctrina y Jurisprudencia. Formularios)*, Pamplona, 2000.

<sup>526</sup> En cuyo caso, se trataría también de un contrato atípico, puesto que el mismo no se encuentra regulado en el Código Civil ni en otra norma civil especial.

tractual únicamente de una manera forzada parecen encuadrar en la relación jurídica analizada. Pese a ello, reitero mi convicción de que se está en estos casos ante un mandato y no ante otro contrato similar, lo cual trataré de demostrar, si bien brevemente, en las líneas siguientes.

Según SANPOLS SALGADO<sup>527</sup>, «*Para diferenciar cualquier contrato de otro que se le asemeje (...), no hay elemento alguno de mayor confianza, que las distintas definiciones legales de cada uno de ellos*». No obstante, dada la vaguedad con que está definido el contrato de mandato en nuestro CC, ha de atenderse a otros muchos factores para tratar de diferenciarlo de figuras afines.

### a) *El arrendamiento de servicios*

De acuerdo con lo que dispone el art. 1544 CC, existe arrendamiento de servicios cuando una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por un precio cierto. Si bien el CC sigue usando la denominación de arrendamiento para calificar a este contrato, la mayoría de la doctrina entiende anquilosada esta terminología y opta por denominar al mismo como contrato de servicios, que en definitiva, se acerca más a la realidad fáctica que subyace tras el mismo. El contrato de servicios se caracteriza<sup>528</sup> por ser un contrato consensual (pues se perfecciona por el mero consentimiento), bilateral (puesto que origina obligaciones recíprocas), oneroso y conmutativo (puesto que se presta un servicio a cambio de algo cierto) y temporalmente determinado (en tanto en cuanto el art. 1583 CC prevé que será nulo aquel arrendamiento pactado para toda la vida).

Dado que el servicio puede ser de cualquier naturaleza (siempre y cuando no atente contra las leyes, la moral y las buenas costumbres) y que el servicio que presta la ECAI al adoptante se encuadra fácilmente en la definición propuesta, ha de plantearse si el contrato no es, en definitiva, un contrato de servicios y no uno de mandato. Ambos contratos tienen por objeto prestar algún servicio o realizar alguna cosa (art. 1709 CC). Se ha querido ver la diferenciación entre ambos contratos en la expresión que usa el CC en el art. 1709: «*por cuenta o encargo de otra*», la cual no se encuentra en el art. 1544. Para TRIGO GARCÍA<sup>529</sup> «*El principal obstáculo para la diferenciación se encuentra en la propia regulación del Código Civil, arts. 1544 y 1709, respectivamente, debido a la vaguedad del primero y a la amplitud de la expresión contenida en el segundo (...) que permitiría englobar dentro del contrato de mandato todo contrato de servicios (también el de obra)*». Por todo ello, «*Son varios los criterios de distinción propuestos (...): los que giran en torno a la concepción romana de la locatio conductio y los que se relacionan con la idea de la representación*».

En el contrato de mandato, el mandatario gestiona intereses ajenos (o sea, la ECAI gestiona los trámites para que el adoptante pueda realizar la adopción) mientras que en el arrendamiento de servicios, el que presta los servicios gestiona sus propios asuntos (cosa que nunca sucedería en el supuesto estudiado, puesto que la ECAI todo cuanto hace es en interés del adoptante). CRESPO ALLUE<sup>530</sup> aclara la cuestión: en el mandato se produce «*(...) una relación que, desde el punto de vista de ellos intereses afectados, aparece con estructura triangular, porque una persona gestiona intereses de otra mediante negociación con terceros. Por el contrario, en el contrato de prestación de servicios y en el de ejecución de obra no existe el encargo de obrar con eficacia jurídica*

<sup>527</sup> Manuel SANPOLS SALGADO, *El mandato*, Barcelona, 1964, p. 69.

<sup>528</sup> V. sobre este contrato, Belén TRIGO GARCÍA, *El contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Granada, 1999; VVAA, *Curso de Derecho Privado*, Dir. Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ y F. Javier ORDUÑA MORENO, 4.ª edición, Valencia, 2000, pp. 547-555.

<sup>529</sup> Belén TRIGO GARCÍA, *El contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Granada, 1999, p. 281 y ss. (y en especial el apdo. rubricado «Concurrencia de contrato de servicios y mandato», pp. 332-335).

<sup>530</sup> Fernando CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, p. 119.

ca frente a terceros, sino la exclusiva previsión de una reciprocidad de prestaciones entre las dos partes contratantes. (...) Por eso (...) el contrato de prestación de servicios se caracteriza por una reciprocidad cerrada, en contraste con el régimen de reciprocidad abierta propio del contrato de mandato». En este sentido, DE PABLO CONTRERAS<sup>531</sup> sostiene que «(...) no habrá mandato cuando el contrato tenga por objeto la prestación de un servicio puramente material, sin trascendencia jurídica para el que lo encargó; y teniéndola será arrendamiento de servicios, y no mandato, si la actividad se presta por encargo de otro, pero no por su cuenta (...) implicando esto último que, en ese actuar se sustituya al dominus negotii, realizando actos o gestiones que éste podría realizar por sí mismo (...)».

Por su parte, la STS de 27 de noviembre de 1992 concluyó que «La expresión «prestar algún servicio» contenida en el art. 1709 CC es tan vaga e imprecisa que ha originado fuertes discusiones doctrinales y prácticas respecto a la distinción entre mandato y arrendamiento de servicios, de tal manera que, aunque el mandato se encuadre entre los contratos de trabajo por unos y los de gestión y cooperación por otros, los criterios de representación, gratuidad, dependencia o subordinación al dómínus y sustituibilidad no tienen virtualidad suficiente diferenciadora para poder ser aplicables en todos los casos y habrá de examinarse el negocio de que se trate en cada supuesto concreto, con la vista puesta siempre en que la regulación legal del mandato se refiere siempre a actos o negocios jurídicos a realizar por el mandatario»<sup>532</sup>.

Pese a lo expuesto algunos de los contratos que celebran adoptantes y ECAIS incluyen específicamente una cláusula en la que se denomina al mismo como «contrato de arrendamiento de servicios»<sup>533</sup>. Obviamente, es de aplicación la regla jurisprudencial que sostiene que lo que las partes dispongan expresamente no tendrá mayor repercusión jurídica en el sentido de que lo realmente importante es el carácter auténtico del negocio que subyace bajo dicha denominación, entendiéndose tal cláusula por no puesta. Por el contrario, otros contratos hacen específica alusión al mandato<sup>534</sup>.

## b) El contrato de mediación

El contrato de mediación es un contrato atípico pues no se halla regulado en el CC ni en ninguna otra ley especial, por lo que ha de estarse a lo que las partes hayan pactado en cada caso concreto, y en su defecto, a las disposiciones generales sobre la contratación establecidas en los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil, a los usos y la costumbre aplicables, así como a las normas de los contratos con los que guarde afinidad. La STS de 17 de septiembre de 1995 estableció que: «(...) la esencia del contrato de mediación o corretaje radica en que el mediador o corredor se

<sup>531</sup> V. Pedro DE PABLO CONTRERAS, «El mandato» en VVAA, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2000, pp. 653-654. V. Luis Felipe RAGEL SANCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencia de Derecho Civil: Obligaciones y contratos*, Madrid, 2000, p. 907.

<sup>532</sup> Sentencias que diferencian el contrato de mandato de figuras afines son, entre otras muchas: SSTS de 7 de noviembre de 1947; de 21 de abril de 1971; de 14 de marzo de 1986; de 17 de diciembre de 1986; de 21 de enero de 1975; de 21 de diciembre de 1992; etc.

<sup>533</sup> Cito literalmente una cláusula que he extractado de un modelo de contrato de la ECAI ASHRAM: «El presente contrato es una modalidad del contrato de arrendamiento de servicios contemplado en los artículos 1542 y siguientes del Código Civil».

<sup>534</sup> De un contrato de la ECAI «Niños sin Fronteras» he extractado la siguiente cláusula que lleva por rúbrica «Mandato de encargo y su aceptación»: «Los solicitantes deciden llevar a cabo la adopción internacional de un menor procedente de La India, encargando a la Asociación «Niños sin Fronteras», su tramitación como ECAI (debidamente acreditada y autorizada a tal fin, tanto por la legislación del país de La India, como por el Gobierno autónomo correspondiente) quien acepta el encargo solicitados».

obliga a poner en contacto a una persona (la que contrató sus servicios) con otra para que entre ellas puedan celebrar el contrato objeto de la mediación, sin que el referido contrato de corretaje entrañe por sí solo y falta de estipulación expresa en tal sentido, conferimiento de mandato alguno a favor del mediador o corredor, para que éste pueda actuar, como representante o mandatario del que contrató sus servicios, en el perfeccionamiento o celebración del contrato objeto de corretaje». De esta definición se puede extraer fácilmente la diferencia existente entre esta figura contractual y la del contrato de mandato: mientras que el mediador posibilita el nacimiento de un contrato, el mandatario lleva a cabo diversas gestiones válidas para que en un futuro se pueda constituir la adopción, que si bien no es un contrato, constituye el fin último en virtud del cuál se celebra dicho contrato. Además, como sostiene DE PABLO CONTRERAS<sup>535</sup>, «(...) el criterio de que los actos realizados por el mandatario tengan, en sí mismos, trascendencia jurídica para el mandante, permite distinguir el mandato de los contratos de mediación o corretaje (...) en los que el mediador o corredor se obliga tan sólo a poner en contacto a la otra parte con un tercero (...) para facilitar la celebración entre éstos de un determinado contrato». Por ello, al tener los trámites efectuados por la ECAI, como consecuencia de la celebración de un contrato celebrado el adoptante, claras repercusiones jurídicas para éste, es claro que la calificación del contrato ha de ser la de mandato independientemente de que con frecuencia se le califique como contrato de mediación<sup>536</sup>.

### 2.3. El contrato de mandato: la ECAI mandataria y el adoptante mandante

El contrato de mandato se encuentra regulado en el Título IX del Libro IV de nuestro CC, que a su vez se subdivide en cuatro Capítulos: el Capítulo I hace referencia a la naturaleza, forma y especies del mandato (arts. 1709 al 1717); el Capítulo II recoge las obligaciones del mandatario (art. 1718 a 1726); el Capítulo III recoge las obligaciones del mandante (art. 1727 a 1731) y el Capítulo IV regula los modos de acabarse el mandato (arts. 1732 a 1739). El art. 1709 CC dispone, con escasa concreción<sup>537</sup>, que:

*«Por el contrato de mandato se obliga a una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra.»*

Como afirma BONET RAMÓN<sup>538</sup>, siguiendo a FALQUÉ-PIERROTIN: «Definir un contrato es determinar sus elementos constitutivos. Los elementos constitutivos de cada contrato, que son necesarios determinar para definirlo, dependen de la categoría a que pertenezca; tratándose del mandato, son dos por lo menos: el objeto, es decir, la prestación prometida, y lo que suele denominarse la «economía» del contrato, es decir, su carácter gratuito u oneroso». Por ello, puede concluirse que el mandato es aquel contrato mediante el cual una persona actúa por cuenta o encargo de otra frente a terceros, ya sea gratuita u onerosamente: el mandatario se obliga a llevar a cabo por cuenta o encargo del mandante la gestión de uno o varios negocios de éste<sup>539</sup>. Lo que lo

<sup>535</sup> V. Pedro DE PABLO CONTRERAS, «El mandato» en VVAA, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2000, p. 654.

<sup>536</sup> Incluso el mismo MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES califica a este contrato como de mediación. V. *Guía laboral y de asuntos sociales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, p. 604.

<sup>537</sup> La doctrina civilista ha criticado unánimemente la vaga e imprecisa concreción que realiza el legislador acerca del contrato de mandato en el art. 1709 CC. V. Manuel SANPONS SALGADO, *El mandato*, Barcelona, 1964, p. 14.

<sup>538</sup> Francisco BONET RAMÓN, *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, Barcelona, 1941, p. 20.

<sup>539</sup> BONET RAMÓN realiza una magnífica síntesis y análisis de la etimología, origen, evolución y definición del contrato de mandato. V. Francisco BONET RAMÓN, *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, Barcelona, 1941, pp. 9-24.

caracteriza, en la actualidad no es otra cosa que el carácter de la prestación<sup>540</sup>, además de que el mandatario, como sostiene MONTÉS PENADES<sup>541</sup>, actúa siempre por cuenta de quien le confiere el mandato, no sólo por encargo<sup>542</sup>.

El mandato es un contrato consensual<sup>543</sup> (tal y como se desprende claramente de la expresión «se obliga» del art. 1709 CC), pudiendo ser gratuito u oneroso (ya que el art. 1711 CC prevé que a falta de pacto en contrario el mandato se presume gratuito<sup>544</sup>), expreso o tácito (dependiendo de si consta por escrito o verbalmente, o si se deduce de los actos propios del mandante y del mandatario), con carácter representativo o sin él (según el mandatario actúe en nombre del mandante, siendo lo más frecuente<sup>545</sup>, o en nombre propio), general o especial (siendo, tal y como dispone el art. 1712 CC, el general el que comprende todos los negocios del mandato y el especial el que tan sólo comprende uno o más negocios determinados) y bilateral o unilateral (dependiendo de si se originan o no obligaciones recíprocas para las partes, lo cual dependerá en gran medida de si se trata de un mandato gratuito u oneroso)<sup>546</sup>.

El contrato de mandato que celebran la ECAI y el adoptante tiene como finalidad, entre otras, el que la ECAI cuente con la legitimación suficiente para poder operar en cuantas acciones sean

<sup>540</sup> Francisco LEÓN LEÓN, «La irrevocabilidad del mandato: un problema no resuelto, o ante una aporía jurídica» en *RDJ*, mayo, 1994, p. 412.

<sup>541</sup> V. Vicente LUIS MONTÉS PENADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión» en *CDJ*, tomo IX: Contratos de Gestión, Madrid, 1995, p. 17.

<sup>542</sup> A favor, V. Belén TRIGO GARCÍA, *El contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Granada, 1999, p. 285.

<sup>543</sup> V. Fernando CRESPO ALLUE, «El carácter consensual del mandato» en *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, pp. 24-45.

<sup>544</sup> Esta presunción *iuris tantum* de gratuidad fue característica esencial de este contrato desde su origen. V. Francisco BONET RAMÓN, *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, Barcelona, 1941, pp. 53-72; Fernando CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, pp. 9-24. No obstante, como afirman ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, ya en el Derecho Romano: «La regla *mandatum gratuitum esse debet* llegó a presentar algunas excepciones al admitirse, en ciertos casos, que el mandatario recibiese una remuneración (...)». J. ARIAS RAMOS y J. ARIAS BONET, *Derecho Romano (Obligaciones. Familia. Sucesiones)*, vol. II, Madrid, 1994, p. 664.

<sup>545</sup> Como sostiene LÓPEZ y LÓPEZ, «(...) la inexistencia de la representación en el mandato es concebida como una eventualidad del mandato, y (...) la contemplación de esa eventualidad no obsta a la tesis (...) de que el mandato es naturalmente o tendencialmente representativo (...)». V. Ángel M. LÓPEZ y LÓPEZ, «La gestión típica derivada del mandato» en *CDJ*, tomo IX: Contratos de Gestión, Madrid, 1995, p. 72. Pero el que sea lo más frecuente no implica que necesariamente siempre se produzca así. De esta manera, puede afirmarse que en la actualidad está claro en la doctrina que mandato y representación no siempre van unidos, pudiendo existir tanto el mandato sin representación (al menos sin representación directa) como la representación sin mandato (que se dará cuando el apoderamiento se produzca como consecuencia de la celebración de otro contrato distinto al mandato). LACRUZ BERDEJO ejemplifica muy bien ambas situaciones: el mandato sin representación se dará cuando el mandante encarga asuntos que no exigen relacionarse con tercero, o cuando el mandatario contrata con éste en nombre propio, mientras que la representación sin mandato puede darse en los supuestos en los que en lugar de un contrato de mandato hay uno de arrendamiento de servicios, o de trabajo, o de sociedad. V. José Luis LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil, I. Parte general, vol. 3.º: Derecho Subjetivo y negocio jurídico*, Madrid, 1999, p. 279. El apoderamiento, a su vez, hace referencia a la emisión por el representado de una declaración de voluntad por la que concede la representación (esto es, la atribución al representante del poder de actuar en nombre del representado). V. María Pilar DE PRADA SOLAESA, «El negocio jurídico de apoderamiento» en *CDJ*, tomo IX: Contratos de Gestión, Madrid, 1995, p. 91. Por todo ello, hay que concluir, que mandato y representación son figuras jurídicas distintas. V. Rafael LINARES NOCI, *Poder y mandato (Problemas sobre su irrevocabilidad)*, Madrid, 1991, p. 11 y ss. Como sostiene VÁZQUEZ IRUZUBIETA, «Hoy se distingue con claridad el mandato como un encargo concreto para la actuación del mandatario dentro de la esfera del encargo, sin otra proyección fuera de las relaciones recíprocas entre ambos, y la representación, que implica un poder de realización o de actuación que denota un hacer algo, ocupando el lugar del otro, de suerte que frente a terceros, la declaración de voluntad del negocio jurídico la otorga el propio representante, aunque en nombre del representado». Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Barcelona, 1999, pp. 1544-1545. V. SSTS de 17 de octubre de 1932, 1 de febrero de 1941, 6 de marzo de 1943, 24 de marzo y 1 de diciembre de 1944, 21 de marzo de 1946.

<sup>546</sup> V. una breve síntesis sobre las características generales del contrato de mandato en la obra de M.<sup>a</sup> José TORRES PARRA, *El mandato de crédito como garantía personal*, Madrid, 1998, p. 79.

necesarias para concluir los trámites de la adopción en el país de origen del menor así como en España. La ECAI llevará a cabo acciones en las que representará al adoptante y otras en las que, si bien actuará por sí misma, lo hará basándose en el respaldo que dicho contrato le otorga. Este contrato se caracteriza por regla general por las siguientes notas:

1. Es un contrato oneroso, y por ende, bilateral (al generarse obligaciones recíprocas para ambas partes). El adoptante se compromete a pagar un precio a cambio de los servicios de la ECAI. Dicho precio, en la práctica, suele encontrarse determinado en su totalidad al momento de la firma del contrato, pero está claro que el adoptante se hará cargo de cuantas cantidades haya desembolsado la ECAI a raíz de la realización de los trámites para concluir la adopción. Estas cantidades pueden variar (y de hecho así sucede) de una adopción a otra, dependiendo de innumerables factores, por lo que puede afirmarse que es prácticamente imposible predecir con exactitud a cuánto van a ascender todos los gastos a los que el adoptante deberá hacer frente. Ello no obsta, sin embargo, a que las cantidades que la ECAI cobre por sus servicios sí se hallen inicialmente previstas. Es más, en muchas CCAA se han establecido listados con las tarifas que estas entidades pueden cobrar<sup>547</sup>, puesto que no hay que olvidar que tras su gestión se encierra una total ausencia de ánimo de lucro.

2. El contrato de mandato que se estudia aquí es expreso, que no tácito. En todos los casos analizados hasta ahora, dicho contrato se ha venido materializando en un documento privado que ambas partes firman previamente al inicio de la realización de los trámites. No obstante, sí que es cierto que muchas ECAIS suelen informar gratuitamente a cuantas personas interesadas en adoptar se acercan a consultarles, permitiéndoles la asistencia a las charlas informativas que periódicamente organizan con este fin.

3. Se trata de un mandato especial puesto que dicho contrato faculta al mandatario, o sea, a la ECAI, a realizar cuantos trámites sean necesarios para concluir la adopción, y no para todos los negocios del adoptante (en cuyo caso pudiera hablarse de mandato general)<sup>549</sup>, pese a que como afirma DE PABLO CONTRERAS<sup>548</sup>, «No hace falta (...), para que el mandato pueda calificarse como general, que comprenda todos los asuntos o negocios del mandante, bastando con que alcance todos los de un cierto ámbito (...)».

4. Por regla general el contrato de mandato que celebra la ECAI con el adoptante no es representativo, es decir, la ECAI no actúa en nombre y por cuenta del adoptante, sino que lleva a cabo la actividad que le es propia como entidad colaboradora: será necesariamente el adoptante el que deba trasladarse al país extranjero para constituir personalmente la adopción<sup>550</sup>. El mandato es realizado en interés (que no en nombre) exclusivo del mandante (que constituye una de las clases en las que se puede subdividir el mandato que ya existía en el Derecho Romano así como en las Leyes de las Partidas<sup>551</sup>), siendo éste el supuesto más típico de la figura contractual. Nadie duda que los resultados de las gestiones de la ECAI van a repercutir directamente en el adoptante y tan sólo indirectamente en la ECAI.

<sup>547</sup> V., por ejemplo, el artículo 20 de Decreto Foral de Navarra 168/2002, de 22 de julio, por el que se regula la acreditación de las Entidades Colaboradoras en materia de adopción internacional.

<sup>548</sup> Realmente, como sostiene FARRÉ ALEMÁN, es posible que tanto el mandato general como el especial sean concebidos «en términos generales» (art. 1713 CC). V. Josep M.ª FARRÉ ALEMÁN, *Código Civil comentado y concordado*, Barcelona, 2001, p. 1734.

<sup>549</sup> V. Pedro DE PABLO CONTRERAS, «El mandato» en VVAA, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2000, p. 661.

<sup>550</sup> Por ello, como sostiene DE PABLO CONTRERAS, «(...) la actuación del mandatario propio nomine encaja en el fenómeno que habitualmente se conoce como representación indirecta». Pedro DE PABLO CONTRERAS, «El mandato» en VVAA, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2000, p. 668.

<sup>551</sup> V. Francisco BONET RAMÓN, *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, Barcelona, 1941, p. 72 y ss.; Fernando CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, p. 217 y ss.; Carmen LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al Derecho Moderno*, Oviedo, 1999.

Resulta curioso comprobar, tras examinar modelos reales de contratos que firman diariamente las ECAIS con los adoptantes, cómo en los mismos se denomina de distinta manera al contrato en sí. En este sentido, pueden enumerarse las siguientes denominaciones: «contrato», «documento», «arrendamiento de servicios», «contrato-compromiso», «convenio de colaboración», «convenio», «contrato de mediación», «acuerdo de mediación y colaboración». Esta variada terminología para designar la misma figura contractual (independientemente de que, lógicamente, el órgano jurisdiccional ante el que hipotéticamente se presente el contrato haga caso omiso de los términos empleados por las partes para denominarlo e indague en lo que realmente pactaron para proceder a aplicar el régimen jurídico de la figura contractual en cuestión), revela claramente la confusión reinante en la práctica en las entidades colaboradoras que, precisamente por no contar con una supervisión eficiente por parte de las Administraciones autonómicas que las acreditan, actúan en el tráfico de la manera que consideran más adecuada produciéndose importantes agravios comparativos de una CA a otra.

### 2.3.1. *Elementos del mandato*

#### **a) Sujetos. Capacidad**

Evidentemente, los sujetos que intervienen en el contrato son, por un lado, el solicitante de adopción y, por otra parte, la entidad colaboradora.

Dado que nuestro CC no exige una capacidad especial para celebrar el contrato de mandato, todos los solicitantes de adopción la tienen (siempre y cuando tengan capacidad de obrar, claro está). Por tanto, el adoptante<sup>552</sup> no debería tener inconveniente alguno, *a priori*, para poder celebrar este contrato. No obstante no se puede confundir su capacidad para contratar con la ECAI con el cumplimiento por el mismo de todos los requisitos necesarios para poder adoptar. El hecho de que la ECAI haya supervisado, en principio, que el adoptante cumple con todos y cada uno de los requisitos necesarios para poder concluir con éxito la adopción no implica necesariamente que la misma llegue a constituirse. Una cosa es, por tanto, la capacidad que se necesita para celebrar el contrato de mandato (que viene a ser la general para poder celebrar un contrato), y otra muy distinta, los requisitos con los que se debe contar si se desea adoptar (requisitos que no sólo serán aquellos que exige nuestra legislación, sino también todos los que son preceptivos en la legislación del país de origen del menor).

Con relación a la capacidad con que debe contar la ECAI para poder celebrar este contrato, he de decir que bastará con que la misma se encuentre legalmente constituida como persona jurídica y cumpla los requisitos que la Ley le exige específicamente. La única puntualización que establece el CC al respecto no afecta al específico contrato de mandato analizado, puesto que es relativa a la capacidad del mandatario (que siempre será la ECAI) cuando éste sea un menor emancipado (art. 1716 CC).

#### **b) Objeto**

A la hora de concretar el objeto del contrato de mandato hay que tener en cuenta que, dada la amplitud del art. 1709 CC, si bien el objeto típico del contrato de mandato es la negociación jurídica

---

<sup>552</sup> Resulta curioso comprobar cómo al adoptante se le denomina de las más variopintas maneras en los diferentes contratos que se ha tenido ocasión de analizar (así, por ejemplo, se le llama «demandante», «solicitante», «familia adoptiva»).

ajena, cualquier acto de negociación ajena puede serlo<sup>553</sup>. El mandato tiene por objeto el cumplimiento de la actividad del mandatario<sup>554</sup> por lo que no existe problema alguno en reconducir el encargo del adoptante a la ECAI (la realización de los trámites para que la adopción pueda constituirse) al ámbito contractual del mandato. Debe recaer necesariamente en una gestión de negocios ajenos que reúna las características de posibilidad, licitud y determinación (quedando fuera los intereses personalísimos del mandante), lo cual casa *a priori* con el objeto del contrato analizado, que es posible, lícito y determinado (al consistir en la realización por la ECAI de todos los trámites que pueda legalmente llevar a cabo para que el adoptante concluya la adopción, así como todos cuantos deban ser realizados con posterioridad a la misma). No siempre, eso sí, estarán *ab initio* determinadas todas las acciones que deba realizar la ECAI, pero siempre habrán de ser objetivamente previsibles: nunca va a poder tratarse de cuestiones distintas del proceso de adopción que se ha empezado.

Nuestro país, en una de las declaraciones que realizó en el Instrumento de ratificación de 6 de diciembre de 1990<sup>555</sup> del Convenio de los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, manifestó lo siguiente:

*1. «Con respecto al párrafo d) del artículo 21 de la Convención, España entiende que la interpretación del mismo nunca podrán deducirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios que puedan derivarse de la adopción en el supuesto de niños y niñas que residan en otro país.»*

La prohibición de la obtención de beneficios de cualquier tipo a raíz de la tramitación de una adopción internacional se halla recogida en la LO 1/1996, que se hace eco de las normas internacionales que han venido repitiendo hasta la saciedad esta idea cuando en su art. 25.3 establece que:

*«En las adopciones internacionales nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios.»<sup>556</sup>*

De lo expuesto se infiere el principio general que impregna las normativas, internacionales y nacionales, en esta materia: nadie puede lucrarse económicamente por haber participado en la tramitación de una adopción, ya sea nacional o internacional. Únicamente se entiende que deben ser abonados los gastos estrictamente necesarios para llevarla a cabo (que en la práctica son bastante considerables y que no todas las familias pueden permitirse). Siguiendo a MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>557</sup>, «(...) son admisibles los costes de la tramitación administrativa y judicial, así como los honorarios justos de quienes intervienen en el procedimiento en el ejercicio de su profesión (...). No son admisibles, en cambio, ni los honorarios abusivos<sup>558</sup> (es decir, los beneficios indebidos so capa de honorarios profesionales) ni las cantidades pagadas directamente en concepto de adopción, por

<sup>553</sup> V. Francisco BONET RAMÓN, *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, Barcelona, 1941, pp. 34-53; Fernando Crespo Allue, *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, pp. 116-117; M.<sup>a</sup> Luisa Arcos Vieira, *El mandato de crédito*, Pamplona, 1996, p.118 y ss.

<sup>554</sup> V. Fernando CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, p. 130.

<sup>555</sup> BOE n.º 313, de 1 de diciembre de 1990.

<sup>556</sup> Este precepto no es otra cosa que una reproducción del principio recogido en el art. 8 del CHAI, que hace referencia a beneficios materiales indebidos.

<sup>557</sup> Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La adopción internacional» en VVAA, *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor*, La Coruña, 1999, p. 94. Las ECAIS podrán percibir compensaciones económicas de los solicitantes por los siguientes conceptos: por la obtención, traducción, autenticación de documentos y gestiones similares que realice tanto en España como en el extranjero; por los gastos de tramitación; por los gastos de manutención del niño (cuando así lo requiera) y por la formación de los padres.

<sup>558</sup> En ningún supuesto serán admisibles honorarios abusivos, independientemente de cuál sea la relación que origina el cobro de dichos honorarios.

*la renuncia de los padres, para conseguir un niño adoptable, etc. Por lo que respecta a las cantidades abonadas a las entidades colaboradoras de adopción internacional, la cuestión es reconducible, básicamente, a su justificación en los gastos de funcionamiento y gestión de la propia entidad, y tramitación del expediente de adopción internacional (...); aunque en teoría no puede excluirse como suficientemente justificativo el desarrollo de determinadas actividades de carácter asistencial, altruista, etc., que podrían ser financiadas parcialmente mediante tales aportaciones (...)*».

Haciendo un cálculo aproximado, que evidentemente variará dependiendo del país de origen, puede decirse que los costes suelen estar entre 6.000 y 18.000 euros (importe en el que deben entenderse incluidos el viaje y estancia en el país de origen, los gastos de traducción, legalización y autenticación de documentos<sup>559</sup> así como los posibles honorarios de/los abogado/s y procurador/es)<sup>560</sup>. Tan sólo la factura de las ECAIS asciende a unos cinco mil euros, si bien sería más adecuado afirmar que, según los países dicha cantidad (excluidos los gastos de viaje y alojamiento de los padres) oscila entre cinco mil y doce mil euros<sup>561</sup>. Las Administraciones públicas en cumplimiento de su deber de control e inspección de las ECAIS deben hacer un seguimiento cauteloso de la contabilidad en cada caso concreto. En principio, los gastos deben ser detallados minuciosamente en las facturas que deben ser entregadas a los padres adoptivos<sup>562</sup>.

En este sentido, ya se han propuesto reformas de la actual legislación pensando en evitar precisamente los problemas que puedan derivar de una mala gestión por parte de las ECAIS. Se ha planteado la conveniencia de su total financiación por las Administraciones, determinando éstas las tasas y costes que deben ser asumidos por los solicitantes<sup>563</sup>. En Alemania<sup>564</sup>, por ejemplo, se

<sup>559</sup> La legalización (reconocimiento de firmas por superiores jerárquicos en España) es realizada por el Ministerio de Asuntos Exteriores en última instancia, pues dependiendo del documento que sea, deberá ser legalizado por otros organismos (V. Junta de Extremadura. CONSEJERÍA DE BIENESTAR SOCIAL: DIRECCIÓN GENERAL DE INFANCIA Y FAMILIA, «Proceso de legalización de documentos» en *Guía de adopción*, Dir. y Coord. Francisco Merideño Nieto, 1999, pp. 30-31) y la autenticación (que no es otra cosa que una legalización) por el Consulado o Embajada del país de origen en España, salvo que sea posible la legalización y autenticación mediante la Apostilla del Convenio de la Haya de 1961 (respecto de los documentos judiciales, el trámite de la Apostilla lo realizarán los Secretarios de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, y en caso de documentos notariales la realizarán los Decanos de los Colegios Notariales), ratificado por nuestro país en 1978. En caso de que fuera posible, la legalización y la autenticación se realizaría en un único documento y con un sólo trámite, simplificando el proceso.

<sup>560</sup> A modo de ejemplo pueden citarse unas cifras de enero de 1996 (lo cual indica que en la actualidad serán mucho mayores), cifras que el Consulado español en China ha recopilado del Centro de Adopciones de aquel país, a pesar de que como consta en el mismo informe se ha comprobado que en las adopciones realizadas hasta el momento estas cantidades son muy superiores. Así, por costes por el manejo de expedientes (300 \$); por traducciones (200 \$); por «donación» al orfanato donde resida el adoptado (3.000 \$); por gastos registrales (100 \$); por gastos notariales (200 \$), todo lo cual asciende a 3.800 \$. En total, por tanto, serán unos tres mil quinientos euros, a los que hay que añadir la tasa de autenticación de documentos (que en el caso del Consulado de la República Popular China en Madrid es de aproximadamente veinte euros/doc.). Datos extraídos del informe sobre la República Popular China elaborado por el Servicio de adopción y acogimiento familiar de la Dirección General del Menor y la Familia (Ministerio de Asuntos Sociales), Madrid, enero de 1996.

<sup>561</sup> V. Junta de Extremadura. CONSEJERÍA DE BIENESTAR SOCIAL: DIRECCIÓN GENERAL DE INFANCIA Y FAMILIA, *Guía de adopción*, Dir. y Coord. Francisco MERIDEÑO NIETO, 1999, p. 27.

<sup>562</sup> En este sentido se expresa la Exposición de Motivos del Decreto 97/2001, de 3 de abril, sobre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional de la CA de Cataluña cuando dispone: «*Los gastos directos que ocasione la tramitación del expediente tanto en el país de recepción como en el de origen habrán de ser documentalmente justificados y acreditados por al ECAI al usuario*». En Bélgica (Comunidad Francesa), Francia, Suecia, Finlandia, Italia y Suiza, por ejemplo, existe la obligación de justificar el precio previsto de los servicios. Sin embargo, en la Comunidad Flamenca de Bélgica, Países Bajos, Alemania, Luxemburgo, Noruega, Portugal, y Reino Unido, tal obligación no se encuentra expresamente prevista. V. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000, p. 78 (Tabla 9: Comparación de las Condiciones Legales de Acreditación. Primera Parte).

<sup>563</sup> V. Víctor HERRERO ESCRICH, «Adopción Internacional» en VVAA, *I Jornadas de Protección al Menor en España y su protección hacia Iberoamérica*, Madrid, 1999, p. 171.

<sup>564</sup> V. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61. Madrid, agosto de 2000, pp. 63-64.

evitó este problema al establecerse desde un principio que las llamadas «agencias de adopción» únicamente puedan ser constituidas por entidades prestadoras de servicios sociales (como por ejemplo, Unión de Cáritas Alemana, la Asistencia Social de las Organizaciones Sindicales y de las Uniones Profesionales) o por Corporaciones públicas (los servicios sociales locales).

### c) *Forma*

Al no requerirse forma específica para celebrar este contrato, rige el principio de libertad de forma por lo que puede ser llevado a cabo por escrito (ya sea en documento público o privado), verbal o tácitamente (si claramente se deduce su existencia por hechos concluyentes de ambas partes). Cosa distinta sería el supuesto de que la ECAI precise de un poder<sup>565</sup> especial para poder llevar a cabo cierto acto, en cuyo caso, el mismo sí sería preceptivo, debiendo otorgarse de la forma que dicho poder lo requiera. Además, es siempre requisito imprescindible para que exista un verdadero contrato de mandato que la ECAI se obligue con carácter vinculante.

#### 2.3.2. *Principales obligaciones de las partes contratantes*

Según la Teoría General de las Obligaciones y Contratos, únicamente existirá derecho por parte del mediador al cobro de sus honorarios cuando éste haya actuado con la diligencia debida. No obstante, del análisis de los contratos celebrados entre ECAIS y adoptantes se concluye que ello no es así: generalmente se exige una entrega inicial de hasta un 50 % del total estimado, e incluso, en algunos otros, se pide al adoptante la entrega del 100 % del total. Esta última exigencia, es decir la del 100 % no tiene otra calificación, desde mi punto de vista, que la de cláusula abusiva. El Decreto 97/2001, de 3 de abril, sobre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional de la CA de Cataluña, concreta en su art. 19 cuáles son los gastos que van a cargo de las familias<sup>566</sup>.

Con carácter general, puede afirmarse que la principal obligación a la que se compromete la ECAI es la de realizar correctamente y con la diligencia debida los trámites propios del proceso adoptivo en los que debe intervenir. Es básicamente por ello para lo que se les contrata. Como sostiene CANO MARTÍNEZ DE VELASCO<sup>567</sup>, «*El representante no tiene interés (no puede tenerlo) en la representación en sí, pero sí lo tiene en el contrato base por ser parte de él (por ejemplo, mandatario, comisionista)*». El problema surge a la hora de encasillar esta obligación como de mera actividad (de medios) o, por el contrario, de resultado. La diferencia entre una y otra opción es ra-

<sup>565</sup> Según CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, el poder, con carácter general, «(...) puede definirse como el conjunto de facultades que un sujeto delega unilateralmente en otro para que éste pueda actuar en nombre del delegante». José Ignacio CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *El poder irrevocable*, Cuadernos de Derecho Privado, n.º 22, Barcelona, 1998, p. 25.

<sup>566</sup> Concretamente el citado precepto en su apdo. 1.º dispone que: «*Los gastos que van a cargo de los solicitantes son los siguientes: a) Los gastos directos que deriven de la tramitación del expediente de adopción en Cataluña y en España, como son las de obtención, traducción y autenticación de documentos y otras gestiones similares. B) Los gastos directos que deriven de la tramitación del expediente de adopción en el país de origen, como son los de la obtención, traducción y autenticación de documentos y gestiones similares, intervención, si conviene de abogado y procurador y gestiones específicas del representante. C) El precio tarifado establecido en función de los gastos para el mantenimiento de la infraestructura y del personal de al ECAI incluyendo los gastos de gestión. D) Los gastos de manutención del menor, desde el momento de la aceptación de la preasignación, en los países en que la legislación o el funcionamiento de los centros de menores lo requiera.*

<sup>567</sup> José Ignacio CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *El poder irrevocable*, Cuadernos de Derecho Privado, n.º 22, Barcelona, 1998, p. 124.

dicalmente opuesta: si se concluye que la obligación es de simple actividad (que es normalmente lo que viene sucediendo en la práctica, tal y como se refleja claramente en el texto de los contratos), la ECAI habría cumplido su obligación (y tendría derecho a cobrar por ello) si hubiera realizado su labor diligentemente, independientemente de que la adopción se lleve efectivamente a término. Sin embargo, si se opta por calificar esta obligación como de resultado, la adopción debería realmente constituirse para que la ECAI pudiera sostener que ha cumplido con su obligación principal. Como sostiene CABANILLAS SÁNCHEZ<sup>568</sup>, «(...) el criterio decisivo para precisar cuando una obligación es de actividad o de resultado debe ser el de la voluntad de las partes». Así, continúa este autor, «Cuando las partes configuran negocialmente la obligación como de actividad, se beneficia extraordinariamente al deudor; ya que éste no garantiza la satisfacción del interés primario del acreedor y cumple con desplegar una actividad diligente». De esta manera, si bien con carácter general puede afirmarse que la obligación es de medios (y no de resultado)<sup>569</sup>, habrá que acudir al tenor literal del contrato para saber si en cada caso concreto se ha estipulado expresamente que la obligación sea de resultado o de actividad<sup>570</sup>.

Pero ¿qué sucede si en el contrato no se especifica claramente de qué tipo es la obligación?, es decir ¿se compromete realmente la ECAI a tramitar la adopción y a que la misma se concluya de acuerdo con los deseos del adoptante? Existen diferentes teorías al respecto<sup>571</sup>, pero en este caso todo indica que ha de tratarse de una obligación de actividad y no de resultado. Evidentemente la ECAI sí se compromete a tramitar la adopción, pero no se obliga en modo alguno a que la misma se constituya, pues, como se verá, para que ello suceda entran en juego numerosos factores que no tienen nada que ver con la actuación diligente y correcta de la ECAI (como por ejemplo sería el hecho de que, por las razones que sea, la autoridad extranjera no considere idóneo al adoptante pese a que éste cuente con todos los requisitos exigidos, entre ellos el certificado de idoneidad español). Esta idea se refuerza porque particularmente en el contrato de mandato, tal y como sostiene CABANILLAS SÁNCHEZ<sup>572</sup>, «La obligación esencial del mandatario es una obligación de actividad, ya que el mandatario sólo garantiza su actividad diligente, y no la realización y buen fin del encargo que le ha encomendado el mandante (artículo 1719 del Código Civil). Tan cierto es esto que el mandatario tiene derecho al reembolso de las cantidades anticipadas, aunque el negocio no haya salido bien, con tal de que esté ausente de culpa el mandatario (artículo 1730 del Código Civil). Hay que tener en cuenta, en última instancia, la incerteza que conlleva el éxito de la misión confiada al mandatario».

Existen también otras obligaciones que tiene la ECAI, tales como la obligación de informar al adoptante del estado actual de los trámites así como de cuantas gestiones haya llevado a cabo hasta el momento; justificar cada gasto (rendir cuentas); devolver al adoptante todos los documentos que aquel le confió para la realización de su labor junto a todos aquellos que haya obtenido como consecuencia de gestión. El carácter de estas obligaciones secundarias, que van íntimamente aparejadas a la obligación principal, parece ser el de obligaciones de resultado. En este sentido, en principio hay que afirmar que serían obligaciones de resultado todas aquellas que se sepa, desde la fir-

<sup>568</sup> Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pp. 38-39.

<sup>569</sup> V. Pedro de PABLO CONTRERAS, «El mandato» en VVAA, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2000, p. 663.

<sup>570</sup> Un ejemplo claro de una cláusula (que ha sido extraída de un contrato original) por la que se pacta que la obligación de la ECAI es de actividad y no de resultado es la siguiente: «El objeto del contrato lo constituye la prestación de servicios de la ECAI X, con la finalidad de que lleve a cabo la tramitación del expediente de adopción internacional de los adoptantes de acuerdo con la normativa legal e internacional, de general aplicación en la materia. El presente NO es un contrato de resultado, es un contrato de servicios».

<sup>571</sup> V. Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pp. 39-46.

<sup>572</sup> Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, p. 117.

ma del contrato, que se pueden cumplir (como por ejemplo, presentar dentro del plazo documentos que exige el país extranjero y que la ECAI ya posee). El que tales obligaciones de resultado tengan la consideración de secundarias implica que su incumplimiento no va a tener la misma trascendencia que si se produce el incumplimiento de la obligación principal: si no se satisface el interés primario del acreedor (esto es, del adoptante) debido a una conducta no diligente de la ECAI en el cumplimiento de sus funciones esenciales, ésta incurre en incumplimiento contractual surgiendo la obligación de indemnizar al adoptante por los daños y perjuicios causados (arts. 1101 y 1124 CC).

Es, por tanto, muy importante lo que se entienda por diligencia debida para sostener que se ha producido un incumplimiento. La determinación de dicha expresión implicará aparejada el entender en cada caso concreto que la ECAI ha incurrido o no en responsabilidad. Parte de la doctrina considera que: «(...) *el deudor que lleva a cabo una prestación de servicios profesionales sólo responde por dolo o negligencia grave*». Pero «*tanto la doctrina como la jurisprudencia de hoy en día son conformes en establecer que basta cualquier género de negligencia para poder fundar la responsabilidad del médico y de cualquier profesional. (...) El grado de diligencia exigible es el general (art. 1104 del Código Civil), sin más especificaciones que las que proceden del carácter profesional de la prestación*<sup>573</sup>». Como afirma TRIGO GARCÍA<sup>574</sup>, si bien desde el punto de vista del contrato de servicios, en las obligaciones de actividad no cabe hablar de responsabilidad objetiva, algunos tribunales, sin llegar a una responsabilidad estrictamente objetiva, admiten una cierta objetivación de la responsabilidad de los prestadores de servicios.

### 2.3.3. Régimen de responsabilidades de las partes

#### a) *La ECAI mandataria responsable frente al adoptante mandante*

Las principales causas por las que se puede concluir que una ECAI ha incurrido en responsabilidad con adoptante que la contrató son las que a continuación se enumeran.

#### 1. Incumplimiento de la tarea (o tareas) que le fue encomendada

Del art. 1718 CC se deriva la acción que tiene el adoptante para reclamar los daños y perjuicios que le han sido causados por la ECAI al no realizar ésta las tareas para las que fue contratada. Este precepto establece que:

*«El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante.»*

Es *conditio sine qua non* que el adoptante sufra, como consecuencia de este incumplimiento de la ECAI (que como ya se ha apuntado anteriormente, debe estar ocasionado por un incumplimiento propiamente dicho o por un cumplimiento no diligente), resultados lesivos. Un ejemplo podría ser, la negativa de las Autoridades del país de origen a realizar la adopción porque no se haya presentado algún documento preceptivo y que debió adjuntar la ECAI. En este supuesto, el adoptante no podría exigir responsabilidad a la ECAI si por ejemplo la Autoridad extranjera permite la entrega de

<sup>573</sup> Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pp. 133-134.

<sup>574</sup> Belén TRIGO GARCÍA, *El contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Granada, 1999, p. 275 y ss.

estos documentos en un plazo de tiempo y la ECAI procede a ello. Sí incurriría en responsabilidad si pasado dicho periodo de tiempo la autoridad extranjera no admite ya la subsanación del defecto de forma, impidiéndose definitivamente la posibilidad de realizar la adopción, por lo que el adoptante se vería directamente afectado (y con carácter irreversible, además) por la incorrecta gestión de la ECAI. Por todo ello, cabe concluir, que el mero incumplimiento no genera responsabilidad para la ECAI: se precisa siempre que el mismo desemboque en una lesión de los intereses del mandante. CABANILLAS SÁNCHEZ<sup>575</sup>, sostiene que el resarcimiento, en caso de incumplimiento, «*Cuando la obligación es de actividad (...) se mide, no en relación al resultado perseguido sin fruto, sino atendiendo a las consecuencias directas de la negligencia del deudor*». Lo mismo habría que decir de los factores extraños que aparezcan durante la ejecución del contrato y que alteren o incluso impidan el correcto cumplimiento por el mandatario de las funciones a las que se comprometió. En estos casos, deberá producirse paralelamente una respuesta insuficiente a dichos factores por parte de la ECAI, que de haber actuado con mayor diligencia hubiera solucionado la situación imprevista.

En virtud del art. 1124 CC (puesto que del contrato de mandato surgen obligaciones bilaterales, recíprocas, para ambas partes) el mandante, no sólo va a poder exigir a la ECAI una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, sino que también podrá instarla a que cumpla con el encargo encomendado o bien a resolver el contrato<sup>576</sup>. En estos supuestos, la ECAI demandada podrá esgrimir los argumentos que considere oportunos para justificar que era justa la causa del incumplimiento o del cumplimiento parcial, o bien que el incumplimiento tuvo su origen en un evento ajeno e imposible de evitar.

Obviamente, no todo incumplimiento genera las consecuencias apuntadas. En particular, con relación a la posibilidad de resolver el contrato por la parte afectada se ha venido defendiendo por parte de nuestro Tribunal Supremo que no basta cualquier incumplimiento para que tal facultad pueda operar. Así lo pone de manifiesto la doctrina mayoritaria que, como afirma FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL<sup>577</sup>: «*La inaplicabilidad en estos casos del art. 1124 CC obedece a la necesidad establecida jurisprudencialmente, de que el incumplimiento debe afectar a la obligación principal*». Además, únicamente cuando el cumplimiento sea imposible podrá el acreedor resolver el contrato, por lo que hay que concluir, a pesar de la genérica redacción del art. 1124 CC (que alude de modo general al incumplimiento), que el mero retardo o retraso en el cumplimiento no constituye una causa de resolución. Si la ECAI se retrasa en el cumplimiento de su obligación (situación que se da con relativa frecuencia en la práctica, si bien en ocasiones los retrasos se deben a causas ajenas a su gestión) no podrá el adoptante resolver el contrato. No obstante, el TS ha venido sosteniendo que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, puede permitirse resolver cuando existe un retraso grave que haga prever que se van a ocasionar tales perjuicios que hagan perder al acreedor el interés en el cumplimiento. Por ello, he de matizar lo anteriormente expuesto de la siguiente manera: si bien la regla general es que el adoptante no va a poder resolver el contrato por el mero retraso en el cumplimiento de la obligación principal (en las situaciones en las que dicho retraso se deba a una incorrecta gestión de la ECAI) sí podría hacerlo en casos concretos y determinados en los que fuera más aconsejable tal solución atendiendo a los posibles perjuicios que se le pudieran

---

<sup>575</sup> Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, p. 134. Según este autor, en las obligaciones de actividad el acreedor (o sea, la ECAI) habrá de probar que el deudor se comportó negligentemente (en culpa profesional) o que faltó a las reglas técnicas, puesto que no existe a su favor presunción alguna (cosa de la que sí se beneficia el acreedor de una obligación de resultado, en las que la culpa del deudor se presume a partir del incumplimiento). V. pp. 148-154 de la *ob. cit.*

<sup>576</sup> V. M.<sup>a</sup> Ángeles FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales, Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1998 (en especial, pp. 29-31).

<sup>577</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales, Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1998, p. 33 y ss.

ocasionar, entre los que sin duda destaca la imposibilidad de poder adoptar a un menor en concreto. Puede imaginarse un supuesto en el que tras haber recibido la preasignación de un menor, la ECAI dilata el envío de la documentación al país de origen en el plazo previsto por aquél. En este caso, si la legislación del país de origen dispusiera, por ejemplo, que si no se responde dentro del plazo previsto, se entenderá desestimada la solicitud de adopción de dicho menor, es evidente que el interés del adoptante pasa necesariamente por el tiempo que tarde la ECAI en contestar: o sea, si lo hace dentro o no del plazo establecido al efecto. Pudiera entonces, en mi opinión, el adoptante resolver el contrato independientemente de cuantas otras acciones deseara interponer.

## 2. Incumplimiento del deber de información y asesoramiento y de entrega de documentos

El adoptante puede exigir a la ECAI que cumpla con el deber de información que tiene frente a él con relación a las gestiones que haya realizado así como el deber de facilitarle todos los documentos que obren en su poder relacionados con la adopción (sean propios del adoptante o no) una vez concluida ésta y habiendo cumplido él. En dicho sentido reza el art. 1720 CC al disponer:

*«Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuando haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo.»*

Esta acción, que prescribe a los quince años (pues es aplicable en este punto el plazo recogido en el art. 1964 CC), tiene su fundamento en ese incumplimiento de la labor informativa a la que la ECAI está obligada en virtud del contrato de mandato. No ha sido pacífico en la doctrina el tema de qué debe entenderse por la expresión que emplea este precepto: *«dar cuenta de sus operaciones»*. Hay que concluir, y numerosa Jurisprudencia así lo aconseja<sup>578</sup>, que en esta expresión debe entenderse englobada no sólo la información, sino también la solicitud de instrucciones periódicas al mandante. Por ello, la ECAI debe siempre consultar el parecer del adoptante si éste no lo ha manifestado previamente. Asimismo, la ECAI debe *«rendir cuentas»* ante el adoptante una vez finalizado el contrato<sup>579</sup>, explicándole todos los pormenores de su labor.

Las posturas jurisprudenciales ante un pacto de exoneración de esta obligación entre las partes han sido diversas. Si bien en un primer momento se negó la validez de una cláusula de estas características (tal y como reflejan la STS de 5 de abril de 1956), posteriormente han sido varias las que han admitido su legitimidad<sup>580</sup>.

<sup>578</sup> Entre otras cabe citar la STS de 26 de mayo de 1966, que dispone que *«El término legal «dar cuenta» comprende asimismo la obligación de rendir cuentas cuando no exista pacto expreso que exima de ello, y ésta deberá contener detalladamente los ingresos y los gastos y basarse en documentos o comprobantes»*. También, la STS de 28 de octubre de 1969 aclaraba que: *«La obligación de rendir cuentas impuesta al mandatario no es más que una aplicación de la regla general a la que están sujetos todos los que por cualquier título administran negocios ajenos (...). Especialmente para el mandatario, esta obligación de rendir cuentas, fundada sobre principios de moralidad y de justicia, es la consecuencia, y por así decirlo, el último acto de su gestión, que sería incompleta, si no indicase al mandante todo lo que ha hecho por él, todo lo que ha pagado y todo lo que ha recibido, las obligaciones que ha asumido frente a los terceros y las que los terceros asumieron frente a él si actuó en nombre propio, o al mandante si lo hizo como representante, debiendo resultar de la dación de cuentas no sólo todo lo que el mandatario ha dado o recibido, sino el índice de todas las operaciones (...), de modo que pueda tener el mandante la demostración de toda la actividad desarrollada por el mandatario y pueda juzgar si aquél ha administrado como un buen padre de familia»*.

<sup>579</sup> Al no establecerse cuándo surge exactamente este deber de rendir cuentas, ha de entenderse que el mismo existirá desde el momento en que así lo hayan pactado las partes. En caso de no existir pacto en este sentido surgirá la obligación en el momento en el que se finalice el contrato (V. la STS de 23 de noviembre de 1973).

<sup>580</sup> V. las SSTS de 4 de febrero de 1967 y de 8 de octubre de 1986. En particular, la STS de 28 de octubre de 1969 puntualiza que: *«Aunque cuando en la doctrina científica no falten autores que consideren esencial al mandato la obli-*

3. Empleo para usos propios de las cantidades entregadas por el adoptante durante y una vez finalizado el contrato

El art. 1724 CC dispone:

*«El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato, desde que se haya constituido en mora.»*

Lo dispuesto en este precepto tiene su fundamento en la transgresión de la relación de confianza existente entre el adoptante y la ECAI, característica esencial de los contratos que, como el mandato, son fiduciarios. Ha de entenderse que el interés será el legal.

4. Renuncia del mandato por la ECAI

La posibilidad de que el mandatario renuncie al mandato se encuentra expresamente recogida en el art. 1736 CC que establece que:

*«El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufre perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarles de ellos el mandatario, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin detrimento suyo.»*

Realmente se trata, al igual que sucede con la revocación, de supuestos de desistimiento unilateral del contrato<sup>581</sup>. Existen diferencias sustanciales en la regulación de los supuestos de revocabilidad del mandato por el mandante y los de renuncia al mismo por parte del mandatario, siendo en el primer caso mucho más amplia que en el segundo. Ello se debe principalmente a la preocupación del legislador por proteger al mandante, tratando de evitar que se encuentre indefenso ante el abandono unilateral por parte del mandatario de las tareas que se comprometió a realizar. Por este motivo se limita la posibilidad de que la ECAI decida abandonar unilateralmente la realización de las tareas a las que se comprometió de la misma manera que se establece un sistema de indemnización para el caso de que ello se produjera. La renuncia del mandatario se encuentra regulada, de manera bastante desafortunada<sup>582</sup>, en los arts. 1736<sup>583</sup> y 1737<sup>584</sup> CC.

La primera cuestión que hay que dilucidar es si existe una libertad absoluta por parte del mandatario a renunciar al contrato. Obviamente, dados los términos en los que está planteada la pregunta (esto es: libertad absoluta), la respuesta debe ser negativa. Para que el mandatario pueda

---

*gación de rendir cuentas, considerando nulo el pacto de renuncia como comprendido en el art. 4 del CC, considerada como elemento simplemente natural, no hay inconveniente en la admisión del pacto que dispense al mandatario de rendir cuenta de sus operaciones, siempre que conforme a las circunstancias no sea contrario a la moral».*

<sup>581</sup> V. Michèle KLEIN, *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997, pp. 49-54; Pedro DE PABLO CONTRE-RAS, «El mandato» en VVAA, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2000, p. 670.

<sup>582</sup> V. Carmen LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al Derecho Moderno*, Oviedo, 1999, p. 217.

<sup>583</sup> Art. 1736 CC: *«El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufre perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo.»*

<sup>584</sup> Art. 1737 CC: *«El mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta.»*

proceder a renunciar al mandato es necesario: que su renuncia sea puesta en conocimiento del mandante (art. 1736.1); que indemnice al mandante de los posibles perjuicios que la renuncia le haya podido ocasionar, salvo en el supuesto de que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo (art. 219 CC); y que, aunque renuncie con justa causa, continúe su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las medidas necesarias para cubrir esta falta (art. 1737 CC)<sup>585</sup>.

El mandante podrá pedir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la renuncia. La ECAI únicamente queda exonerada de hacer frente a esta indemnización si su renuncia al mandato estuvo motivada por evitar un grave detrimento de sus intereses que hubiera acontecido de haber cumplido el mandato.

## 5. Actuación dolosa o culposa por parte de la ECAI

El art. 1726 CC recoge la responsabilidad del mandatario que actúa dolosa o culposamente de la siguiente manera:

*«El mandatario es responsable no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido.»*

En los supuestos analizados, el mandato es siempre retribuido, por lo que consecuentemente la apreciación por los Tribunales de la concurrencia de dolo o culpa por parte de la ECAI mandataria conllevará que el marco que delimita su responsabilidad se vea considerablemente ampliado precisamente por el carácter oneroso del contrato.

Tras lo expuesto, queda claro que las obligaciones entre el adoptante y la ECAI son recíprocas, lo cual conlleva aparejada la «necesidad de cumplimiento simultáneo» (tal y como se deduce del último párrafo del art. 1100, 1124 y 1308 CC), que como afirma FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL<sup>586</sup>, no significa «(...) que las obligaciones recíprocas deban cumplirse simultáneamente, sino que ninguna de las partes puede exigir a la otra el cumplimiento sin haber cumplido u ofrecido cumplir la prestación recíproca de la que es deudor. Consecuencia de ello es que si el acreedor que no ha cumplido exige el cumplimiento, puede la parte reclamada oponerse al mismo mediante la llamada excepción de cumplimiento contractual (...)». Incluso, es posible alegar esta excepción cuando existe un cumplimiento pero que no satisface al acreedor, o bien, cuando existe un cumplimiento parcial o defectuoso (que según la jurisprudencia de nuestro TS ha de ser de cierta entidad)<sup>587</sup>. Estos últimos supuestos engloban la *exceptio non rite adimpleti contractus* (la excepción de contrato no bien cumplido, de cumplimiento defectuoso), que «(...) por un lado permite a la parte a la que se reclama negarse al cumplimiento y, por otro, le permite ejercitar las acciones necesarias para que los defectos de la prestación sean subsanados in natura, o bien se reduzca su prestación de manera proporcional a la imperfección de la prestación ejecutada por la otra parte»<sup>588</sup>.

<sup>585</sup> V. Carmen LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al Derecho Moderno*, Oviedo, 1999, pp. 254-255.

<sup>586</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales, Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1998, p. 127.

<sup>587</sup> V. M.<sup>a</sup> Ángeles FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales, Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1998, p. 150 y ss.

<sup>588</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales, Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1998, p. 128.

Desde luego, tal y como ya ha constado en nuestro país la sentencia de la AP de Barcelona (Sección 16.<sup>a</sup>) de 10 de febrero de 2003 (de la que fue ponente la Sra. Bona i Puiguer), es perfectamente factible que del incumplimiento de todas o algunas de las obligaciones de la ECAI nazca para la familia que las ha contratado un derecho a ser indemnizadas por daños morales. La citada sentencia, tras declarar la existencia de un incumplimiento contractual por parte de la ECAI que tramitaba la adopción de los recurrentes, argumenta esta afirmación cuando en su F.J. 2.º establece: «(...) *procede señalar a favor de los actores la correspondiente indemnización por daños morales, en la línea marcada por la más reciente jurisprudencia que los concreta como aquellos que producen sufrimiento, zozobra, inquietud, desazón como consecuencia de una conducta transgresora que fundamenta la posterior reclamación por daño moral, y si bien es cierto que el precepto civil 1106 CC, establece la forma normativa para regular los datos y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos que ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible —los llamados daños morales— cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes (en este sentido TS SS 21 Oct. 1996 y 22 Feb. 2001, entre otras), y en el presente caso, es evidente que se produjeron esos daños morales al encontrarse el matrimonio (...) en un país extranjero, sin la información, asistencia, acompañamiento y soporte que cabían esperar de acuerdo con el contrato suscrito y los servicios abonados, desconociendo los trámites a seguir y las instituciones a que debían acudir, máxime cuando el expediente de adopción estaba incompleto por causas que no les eran imputables, por lo que ponderando todas estas circunstancias debemos señalar la suma de 300.000 ptas. como la correspondiente a los daños morales que les deben ser indemnizados (...)*».

Cuestión interesante es la de si el adoptante puede exigir a la ECAI indemnización por el incumplimiento de una obligación que a la misma le viene impuesta por la legislación autonómica de la CA en la que desempeña su función pero que no fue incluida expresamente en el contrato que ambos firmaron. Así, por ejemplo, los artículos 14 y 15 del Decreto 168/2002, de 22 de julio, de la Comunidad Navarra que regula la acreditación de las entidades colaboradoras de adopción internacional, enumera una serie de obligaciones para la ECAI entre las que se encuentra, por ejemplo, la obligación de cerciorarse de la ausencia de compensación por la adopción. Si la ECAI no lleva a cabo las actuaciones necesarias para tal constatación, e independientemente de la responsabilidad en la que ésta incurra con la Administración, ¿podrá ser estimada la pretensión del adoptante de reclamar daños y perjuicios basada en este anómalo proceder de la ECAI? O sea, ¿se encuentran incluidas en el contrato todas las obligaciones que las legislaciones autonómicas establecen para la ECAI entendiéndose que en caso de que se incumpla por parte de la entidad alguna de ellas se ha producido un incumplimiento contractual (que, de ser de una entidad considerable, pudiera ser excepcionado por el adoptante mediante la *exceptio non adimpleti contractus*, quedando por ello eximido de pagar lo estipulado)? La respuesta no puede ser otra que considerar que en los casos de CCAA con competencia exclusiva en materia civil, el contenido de la normativa reguladora de las entidades colaboradoras ha de entenderse incluido en el contrato, pese a que no se haya hecho constar expresamente (art. 1258 CC). Sin embargo, englobar lo regulado por las restantes CCAA dentro del ámbito contractual es más difícil de argumentar: en principio, quedaría fuera del contrato, no pudiendo alegar el contratante un incumplimiento de la ECAI en virtud de obligaciones expresamente previstas para las mismas en la reglamentación autonómica, si bien, en una interpretación amplia del artículo 1258 CC podría sostenerse su inclusión. Obviamente, si se incluye expresamente en el contrato que la ECAI también está obligada a lo que disponga el Decreto autonómico que le sea de aplicación, la cuestión no revierte mayor problema. Precisamente éste, entre otros muchos, es uno de los motivos por los que considero necesario una reforma global de la actual normativa española en materia de adopción internacional, debiéndose promulgar una ley especial que regule con carácter general todos los aspectos de la misma que en la

actualidad se encuentran dispersos en diferentes cuerpos legales, ofreciendo por ello numerosas dudas interpretativas, como se verá.

Despejado este problema, he de señalar que en la práctica es probable que la ECAI tenga contratado a su vez un seguro de responsabilidad civil. Es precisamente en este sentido hacia donde se mueven actualmente las distintas normativas autonómicas, siendo Cataluña la primera CA en establecer específicamente la obligación de las ECAIS de contratar un seguro de este tipo (art. 12 k. del Decreto 97/2001, de 3 de abril). Cuestión altamente interesante sería que la normativa autonómica puntualizara unos contenidos mínimos para dicho seguro, de tal manera que la obligación no termine en la genérica imposición de contratar un seguro de este tipo, sino que la misma se concrete en un mínimo para todas las ECAIS que garantice la operatividad con eficacia en la práctica de dicho seguro.

Pero independientemente de que la ECAI cuente o no con un seguro que cubra la responsabilidad civil en la que la misma pudiera incurrir en el ejercicio de su actividad, hay que entrar necesariamente a valorar si la Administración autonómica es de alguna manera responsable de la actividad desempeñada por estas entidades. En mi opinión, la respuesta no puede dejar de ser afirmativa por varias razones. La primera, y la más importante, es que la ECAI desarrolla funciones propias de la Administración que la misma le ha delegado. La segunda, porque ha sido la Administración la que ha concedido la acreditación a la ECAI para que ésta pueda funcionar. La tercera vendría configurada por la obligación que tiene la Administración de supervisar y controlar las actividades que desempeña la ECAI. Por todo ello, es incuestionable, en mi opinión, la responsabilidad de la Administración en los supuestos de incorrecto<sup>589</sup> ejercicio de las funciones que le son propias por parte de la ECAI; en definitiva, se trataría del funcionamiento anormal de un servicio público. Otra cuestión diferente es entrar a valorar cuál es la entidad de dicha responsabilidad, es decir, si la responsabilidad es subsidiaria o solidaria. Considero que la responsabilidad ha de ser solidaria por cuanto se trata del funcionamiento incorrecto de la prestación de las actividades: cosa distinta sería que se produjeran perjuicios pese a haber desarrollado la ECAI sus funciones correctamente, lo cuál eximiría de responsabilidad no sólo a la Administración sino también a dicha ECAI.

### **b) *El adoptante mandante responsable frente a la ECAI mandataria***

Pueden concretarse en los siguientes los motivos por los que, con carácter general, el adoptante mandante debe responder ante la ECAI mandataria.

#### **1. Revocación del mandato por el adoptante**

El art. 1733 CC parece facultar al mandante para que pueda unilateralmente revocar el mandato:

*«El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato.»*

Tradicionalmente se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia que el tenor de este precepto impedía pactar un mandato irrevocable<sup>590</sup>. Pero recientemente se ha venido admitiendo la

<sup>589</sup> No de correcto ejercicio. V. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extrcontractual*, Madrid, 2001, pp. 280-284.

<sup>590</sup> V. Rafael LINARES NOCI, *Poder y mandato (Problemas sobre su irrevocabilidad)*, Madrid, 1991, pp. 17-18.

cláusula por medio de la cual se pacta entre las partes la irrevocabilidad del mandato, creándose de esta manera, como sostiene MONTÉS PENADES<sup>591</sup>, la figura de un mandato irrevocable<sup>592</sup>. En este sentido se manifestó la STS de 24 de diciembre de 1993 al sostener que: «(...) *La irrevocabilidad del mandato, no obstante su normal esencia de revocable, es admisible cuando así se hubiese pactado expresamente con una finalidad concreta que responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados, no sólo el mandante o representado, sino el mandatario o terceras personas, es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno de los interesados*»<sup>593</sup>. La revocación del mandato constituye, en definitiva, un desistimiento unilateral del mandante que origina la extinción del contrato, pudiendo el adoptante mandante revocar unilateralmente el mandato conferido a la ECAI cuando lo estime oportuno<sup>594</sup>, tal y como prevé con carácter general el art. 1733 CC<sup>595</sup>, debido básicamente a la relación de confianza en interés del adoptante que se establece entre ambas partes a raíz de la celebración del contrato.

La revocación del mandato no está sujeta a solemnidad alguna por lo que podrá ser expresa (realizada verbalmente o por escrito) o tácita (que será la producida como consecuencia de actos concluyentes del adoptante que lo reflejen, entre los que cabe incluir la celebración de un nuevo contrato con otra ECAI para los mismos fines, esto es, el nombramiento de un nuevo mandatario, supuesto que se encuentra regulado en el art. 1735 CC<sup>596</sup>). Pero ¿se trata de la extinción del contrato de mandato o únicamente del mandato en sí? LINARES NOCI<sup>597</sup> afirma, con acierto, que si se sostuviera que lo que se extingue es el contrato de mandato se estaría admitiendo «(...) *que la ley permite (revocar unilateralmente) algo que con arreglo a lo dispuesto en ella misma (art. 1262 del CC: «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación...») se ha formado bilateralmente (...)*». LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ<sup>598</sup> sostiene que para que la revocación del mandante (ya sea expresa, ya sea tácita) extinga el mandato debe manifestarse en los tres actos siguientes: «*1. (...) que el acto relativo a la revocación, o los hechos que la hacen presumir, hayan llegado o puedan presumirse llegados a conocimiento del mandatario; de otro modo la revoca-*

<sup>591</sup> V. Vicente Luis MONTÉS PENADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión» en *CDJ*, tomo IX: Contratos de Gestión, Madrid, 1995, p. 18.

<sup>592</sup> V. Rafael LINARES NOCI, *Poder y mandato (Problemas sobre su irrevocabilidad)*, Madrid, 1991, pp. 18-21 y ss.; Francisco LEÓN LEÓN, «La irrevocabilidad del mandato: un problema no resuelto, o ante una aporía jurídica» en *RDP*, mayo, 1994, pp. 411-424. En general, y sólo sobre el poder, V. José PUIG BRUTAU, «El poder irrevocable y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *RDP*, junio, 1962, pp. 489-500.

<sup>593</sup> Otras SSTs que se pronuncian en este mismo sentido son las de 31 de octubre de 1987, 27 de abril de 1989, 26 de noviembre de 1991 y 11 de mayo de 1993, entre otras muchas.

<sup>594</sup> V. Fernando CRESPO ALLUE, «La revocación como causa de extinción del contrato de mandato» en *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, pp. 131-213.

<sup>595</sup> El art. 1733 CC establece que: «*El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato*».

<sup>596</sup> En la mayoría de los contratos examinados, se incluye una cláusula de exclusividad en el sentido de que el adoptante se ve imposibilitado para prescindir de los servicios de la ECAI con la que ha contratado para acudir con otra. Un ejemplo de una de ellas es la siguiente (incluida en un contrato de la ECAI ASEFA): «*Los adoptantes se comprometen, mediante la firma del presente contrato, a no iniciar otro procedimiento de adopción internacional en cualquier otra entidad cuya actividad sea análoga o similar a la desempeñada por ASEFA*». Si mediara esta cláusula, el adoptante no podría hacer uso del derecho que le concede el art. 1735 CC: el nombramiento de un nuevo mandatario. V., con relación a este precepto, Carmen LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al Derecho Moderno*, Oviedo, 1999, pp. 187-196.

<sup>597</sup> V. Rafael LINARES NOCI, *Poder y mandato (Problemas sobre su irrevocabilidad)*, Madrid, 1991, p. 27.

<sup>598</sup> Carmen LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al Derecho Moderno*, Oviedo, 1999, pp. 196-201.

*ción no tiene efecto y lo que el mandatario haya hecho antes de tener conocimiento de la revocación obliga al mandante por aplicación del art. 1735 del Código Civil en relación con el art. 1738 del mismo cuerpo legal. (...) 2. El mandante ha de impedir que el mandatario persista en la ejecución del mandato, contratando en tal cualidad con los terceros, concediéndole, a este efecto, el último apartado del art. 1733 de nuestro Código la facultad de compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato. (...) 3. Hacer lo posible para llevar a conocimiento de los terceros, también la revocación sobrevinida, cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, supuesto a que alude el último inciso del artículo 1735, a dejar a salvo lo dispuesto en el art. 1734».*

Cabe preguntarse, ¿admite esta regla general pacto en contrario? Es decir, ¿puede establecerse en el contrato una cláusula por la que se impide al adoptante mandante ejercer este derecho de revocación que con carácter general, y en los términos expuestos, le concede el CC? Nuestra doctrina en un primer momento concluyó que tal posibilidad era inviable al ser el derecho de revocación esencial al contrato de mandato. No obstante, hoy en día, se acepta tanto por la doctrina como por la jurisprudencia la posibilidad de pactar la irrevocabilidad del mandato siempre que se cumplan unas condiciones mínimas<sup>599</sup>. Por tanto, se acepta la irrevocabilidad del mandato, pero no desde un punto de vista absoluto, sino relativo (como se infiere del art. 6.2 CC junto al hecho de que ni el art. 1732.1.º ni el 1733 CC son imperativos).

Una vez afirmada la posibilidad de que el mandato pueda ser revocado por el adoptante, la pregunta no se hace esperar ¿surge para la ECAI un derecho a percibir parte de la cantidad pactada como pago junto a una indemnización de los posibles daños y perjuicios que se le pudieran acarrear al mandante o no? La respuesta tendrá necesariamente que ser diferente dependiendo de si la ECAI ya ha iniciado los actos de ejecución del mandato (es decir, ha comenzado a tramitar la adopción) o si no lo ha hecho. Si la ECAI no ha iniciado la realización de trámite alguno, permaneciendo las cosas en su estado original (*rebus integris*), está claro que nada puede exigir al mandante y nada debe éste desembolsar. Como sostiene CRESPO ALLUE<sup>600</sup>, «(...) de resolver lo contrario sería obligar, prácticamente al mandante a ejecutar el mandato por medio del mandatario constituido, ante el temor de verse obligado a pagar un salario aunque nada se hubiese hecho». Además, si se generan daños y perjuicios para la ECAI (como por ejemplo podría ser el haber rechazado otras peticiones de adoptantes por pensar que le iba a ser inviable gestionar tantos expedientes), se entiende que deberá asimismo el adoptante indemnizar por tales conceptos. Sin embargo, en el caso de que la ECAI ya hubiera comenzado a gestionar por los trámites adoptivos, incluidos los meramente preparatorios (tales como por ejemplo, el estudio del caso por los profesionales pertenecientes a la entidad), está claro que la revocación del mandato genera un derecho de la ECAI a repercutir en el adoptante los gastos que se le hayan podido ocasionar. En cualquier caso, el adoptante deberá pagar a la ECAI la remuneración estipulada proporcionalmente al trabajo realizado hasta el momento por la misma. Se entiende que la ponderación exacta de estas cantidades, en caso de discrepancia entre las partes, deberá realizarla el Juez.

Sin embargo, todo lo dicho hasta ahora encuentra un límite claro: la existencia de una justa causa en el mandante para proceder a la revocación del contrato. Piénsese en el siguiente supuesto: un adoptante contrata con una ECAI la gestión de los trámites de la adopción que pretende realizar y con posterioridad ve revocado (por las razones que fueren) el certificado de idoneidad que la Administración había expedido a su favor. Por tanto, aunque el adoptante deseara continuar el

<sup>599</sup> V. Carmen LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al Derecho Moderno*, Oviedo, 1999, p. 211.

<sup>600</sup> Fernando CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, p. 187.

proceso adoptivo, carece de un requisito que lo va a facultar para concluirlo con éxito, por lo que es lógico que pueda revocar el mandato otorgado a la ECAI.

## 2. Incumplimiento del pago estipulado

El mandante está obligado no sólo al pago de los servicios de la ECAI, sino también a adelantarle a ésta todas las cantidades que sean necesarias para la ejecución del mandato. Si dichas cantidades fueran adelantadas por la ECAI, el mandante estaría obligado al pago del capital más los intereses desde el día en que la ECAI las desembolsó, tal y como prevé expresamente el art. 1728 CC.

## 3. El adoptante deberá hacer frente a los daños y perjuicios que hubiese podido sufrir la ECAI como consecuencia del cumplimiento del mandato.

El art. 1729 CC recoge expresamente esta obligación del mandante:

*«Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario.»*

Al hallarse redactado este precepto, de la misma manera que sus predecesores, de manera ambigua, pudiera pensarse que cabe solicitar indemnización por parte de al ECAI de cuantos perjuicios pudiere sufrir el la ECAI como consecuencia de la tramitación y ello no es así: únicamente entrará en el supuesto regulado en este precepto aquellos perjuicios ocasionados para la ECAI y que sean consecuencia directa del mandante<sup>601</sup>.

Sentado lo anterior, ¿con qué derechos contaría la ECAI a quien el adoptante no ha satisfecho los honorarios que se comprometió a pagar (o la indemnización que por las razones que fuera debe abonarle) debiendo hacerlo? Está claro que entran aquí en juego todos los mecanismos previstos para el incumplimiento de las obligaciones, pero en particular debe señalarse como de más frecuente uso en la práctica, el derecho de retención (que no de prenda)<sup>602</sup> de los documentos que obren en poder de la ECAI hasta que el adoptante no cumpla con su obligación, *ius retentionis*<sup>603</sup> que viene expresamente reconocido a favor del mandatario en el art. 1730 CC:

*«El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto<sup>604</sup> del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores.»*

Es claro que el *ius retentionis* puede complementar, y de hecho así sucede en la mayoría de los casos en la práctica, el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* (ex art. 1124 y 1100 *in fine* CC, en relación con el art. 1274 CC), en el caso de que la ECAI no haya finalizado su tarea

<sup>601</sup> V. Lacruz BERDEJO Y OTROS, *Derecho de Obligaciones*, Vol. 3.º, 2.ª edición, 1986, p. 338.

<sup>602</sup> V. Pedro DE PABLO CONTRERAS, «El mandato» en VVAA, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2000, p. 667.

<sup>603</sup> V. con relación al derecho de retención, el artículo de Elsa SABATER BAYLE, «Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria» en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, 1993, pp. 1973-1989.

<sup>604</sup> Como es lógico, no hay que interpretar el empleo por el legislador de la palabra «objeto» («cosas objeto del mandato») como referente al objeto del contrato, puesto que ha quedado claro que el objeto propiamente dicho del mismo es la negociación ajena. Por ello, por «objeto» debe entenderse aquellas cosas, bienes, que se poseen en virtud del mandato y que deben ser entregadas al mandante.

(ello se dará normalmente en los supuestos en los que se haya pactado un pago fraccionado o periódico). Es posible que la ECAI ya haya cumplido aquello a lo que se obligó, salvo la entrega de las cosas (generalmente documentos) que obren en su poder como consecuencia del contrato. En estas situaciones, le amparará el derecho a retener dichas cosas hasta que el adoptante cumpla lo estipulado. Para SABATER BAYLE<sup>605</sup>, «*La exceptio retentionis y la exceptio non adimpleti contractus, son figuras próximas pero diferentes, si bien pueden corresponder simultáneamente a un mismo sujeto, sobre todo en el caso de que la facultad de retener surja de una situación posesoria derivada de un contrato sinalagmático*».

La doctrina ha estimado como incorrecta la expresión «retener en prenda» que emplea este precepto y sostiene que debe ser interpretada como sinónima de la idea de retener<sup>606</sup>. Además, la referencia que hace el CC a los dos artículos anteriores, lleva a concluir que este derecho de retención operará únicamente cuando lo que se le deba a la ECAI sea la indemnización por los daños y perjuicios que el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mandatario, le hubieran ocasionado (art. 1729 CC) así como el reembolso de las cantidades que el mismo mandatario haya anticipado para la ejecución del mandato (art. 1728 CC).

Este derecho de retención ¿podría de alguna manera vulnerar la protección primordial del interés superior del menor si éste no va a poder ver estabilizada su situación en tanto en cuanto la ECAI no facilite al adoptante esos documentos que posee? Recuérdese que la regla general es que el interés del menor se considera prioritario a cualquier otro interés que coexista junto a él. Por tanto, siempre y cuando que la retención por parte de la ECAI de esos documentos (en virtud del derecho de retención que le es reconocido por nuestro ordenamiento) suponga un menoscabo de los intereses de ese menor, habría que dictaminar negando a la ECAI la facultad de retención posesoria, debiendo ésta entregar al adoptante los documentos en cuestión. Ciertamente es que la retención de un documento relativo a la adopción no va a conllevar aparejada necesariamente una vulneración de los intereses del menor adoptado, pero según las circunstancias de cada caso concreto, si ello fuera así, debería optarse por esta solución. Pero, ¿qué derecho ampara entonces a la ECAI? La ECAI tendrá a su disposición todos los mecanismos que nuestro ordenamiento contempla para proteger a la parte contractual que se ve perjudicada por un incumplimiento del contrato celebrado.

**c) *En especial, consecuencias para el adoptante de la revocación (o suspensión) de la habilitación concedida a la ECAI para desarrollar su actividad***

Como ya se ha tenido ocasión de analizar, la habilitación que precisa una entidad para poder desempeñar las actividades propias de las ECAIS es doble: por un lado, se precisa que el país extranjero la habilite como tal (de acuerdo con su normativa interna) y por otro lado, que la CA en la que radica haga lo propio en su ámbito territorial. Ambas acreditaciones no son, ni mucho menos, definitivas (no, al menos por lo que respecta a la concedida por nuestras CCAA, ya que al llevar éstas un seguimiento de las actividades de cada ECAI, es posible que se considere necesario retirar la habilitación concedida). En estos supuestos, si se encuentran adopciones tramitándose ¿qué sucede? Lo más aconsejable, será analizar cada caso concreto para estudiar cuál era exactamente el estado de los trámites (si los mismos acababan de comenzar o bien estaban finalizándose) y encontrar así la solución más adecuada.

<sup>605</sup> Elsa SABATER BAYLE, «Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria» en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, 1993, p. 1989.

<sup>606</sup> V. Ángel LÓPEZ Y LÓPEZ, *Retención y mandato*, Studia Albornotiana, n.º XXVII, Bolonia, 1976, p. 121.

En la práctica son muchas las CCAA que permiten a la ECAI poder continuar la tramitación, pero no iniciar nuevas tramitaciones: únicamente estará facultada para finalizar las que ya estén en curso (lo cuál puede llevar a que la entidad continúe funcionando un largo periodo de tiempo pese a habersele retirado la acreditación)<sup>607</sup>. Esta posibilidad tiene un doble condicionamiento: que los padres no ejerzan su derecho a resolver lo pactado y que la Administración no encuentre mayor impedimento en que ello sea así. De lo contrario, será la entidad pública autonómica la que ultimaré los trámites de esas adopciones, o bien, tras realizar las correspondientes gestiones, trasladará el expediente a otra ECAI de la CA que se encuentre acreditada para el país en el que se va a adoptar.

#### 2.3.4. Extinción del contrato

El artículo 1732 CC establece tres modos de extinción del mandato:

*«El mandato se acaba: 1.º Por su revocación. 2.º Por la renuncia del mandatario. 3.º Por (...) quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario.»*

Habiendo analizado ya dentro del apartado relativo al régimen de responsabilidades de las partes la revocación del mandante y la renuncia de la ECAI mandataria, sólo queda hacer referencia al tercer supuesto de los regulados en este precepto: la quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario. Realmente, resulta imposible, dada la relación de confianza que subyace al contrato, que el mismo perviva en los herederos de alguna de las partes. En el supuesto analizado, la única posibilidad en la que ello pudiera suceder se daría en aquellos casos en los que la adopción va a ser llevada a cabo conjuntamente (por un matrimonio o pareja de hecho) y el miembro de la pareja que celebró el contrato con la ECAI fallece o bien desiste en su deseo de adoptar, antes de que ésta haya concluido todos los trámites (ya sea antes de que se haya constituido la adopción o después de la misma). Siempre que el adoptante supérstite lo desee, en mi opinión, no habría ningún inconveniente para entenderle subrogado en dicho contrato. Esta solución es coherente con lo dispuesto en el art. 1718.2 CC que prevé la posibilidad de que los herederos del mandante puedan accionar contra el mandatario cuando éste no termine el encargo que ya estuviese comenzado al fallecer el mandante, si hubiere peligro en la tardanza.

Pero podría irse incluso más lejos. Dado que en nuestro país existe y se reconoce la posibilidad de constituir una adopción pese a que el adoptante haya fallecido (siempre y cuando el mismo ya hubiese manifestado su consentimiento a la misma y que dicha constitución sea lo más adecuado para el interés del menor), nada impide que la legislación interna del país extranjero también admita esta posibilidad. Por ello, pese a haber fallecido el adoptante, es posible que se den los requisitos sustantivos para que la adopción se constituya. De ser así, los herederos del mandante han de entenderse subrogados en el contrato que su causante celebró con la ECAI para poder exigir a ésta todas las responsabilidades oportunas llegado el caso.

#### 2.4. La figura del representante en el país de origen del menor

El representante de la ECAI en el país de origen del menor juega un papel fundamental en la tramitación de la adopción (sobre todo en aquellas adopciones que se constituyen por la compe-

<sup>607</sup> Esta solución ha sido duramente criticada porque, por una parte, se reconoce que la entidad es indigna de la confianza pública y, por otra, se le permite continuar tramitando los expedientes de unas personas determinadas. V. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000, p. 178.

tente autoridad extranjera): de él dependerá en gran medida el éxito de la constitución de la adopción por cuanto la mayoría de los trámites son realizados en el país extranjero. Pese a ello, la elección del representante de la ECAI en el país de origen del menor es un aspecto que no ha sido debidamente tratado por nuestra actual legislación (al menos no directamente)<sup>608</sup>, por lo que queda al arbitrio de cada ECAI la elección de la persona que considere más adecuada. Ésta, lejos de ser la opción más aconsejable, parece ser la nota dominante en los países europeos en los que únicamente en Bélgica (Comunidad Francesa), Francia, Países Bajos, Italia y Luxemburgo, se encuentra específicamente regulada la obligación de la ECAI de presentar ante la Administración documentación explicativa de los contactos que se mantiene en el país (o países de origen) en los que se desarrolla su actividad, así como de la personalidad y condiciones del representante de la entidad<sup>609</sup>.

Con carácter general, puede afirmarse que las funciones que corresponden al representante son las siguientes<sup>610</sup>: observar las condiciones existentes en el país de origen; mantener adecuadas relaciones con los profesionales, operadores y Autoridades locales; verificar que se garantizan las condiciones de adoptabilidad del menor; apreciar sus capacidades de adaptación a las nuevas realidades que va a afrontar; y facilitar el adecuado acompañamiento de los adoptantes. Por tanto, el correcto funcionamiento de la ECAI y, en definitiva, el éxito de la adopción, dependerá en demasía de la labor que desempeñan estos profesionales en los países de origen de los menores. Si el representante no hace bien su trabajo, la ECAI ya estaría incumpliendo sus funciones al formar aquel parte de ésta.

En nuestro país no existe hasta el momento ninguna norma a nivel estatal que haga específica referencia al representante de las ECAIS en los países de origen de los menores, pese a la indiscutible importancia de la tarea que normalmente se les encomienda, como he tenido ocasión de señalar<sup>611</sup>. A nivel autonómico, resulta interesante el art. 27 del Decreto 97/2001, de 3 de abril, so-

---

<sup>608</sup> Desde luego, hay que entender que, por ser parte del personal de la ECAI, deberá cumplir los requisitos que con carácter general se impone por la normativa a estas personas, con independencia de lo que disponga al respecto la normativa laboral del país extranjero que le sea aplicable.

<sup>609</sup> Por el contrario, tal obligación no es necesaria en Bélgica (Comunidad Flamenca), Suecia, Finlandia, Portugal, Reino Unido o Suiza. A esta conclusión se llega de la interpretación de la Tabla 9 (Comparación de las condiciones legales de acreditación. Segunda parte), recogida en el estudio del MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000, p. 79.

<sup>610</sup> MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa. Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000, p. 57. En definitiva: el representante ha de estar informado puntualmente de la legislación vigente en el país extranjero en materia adoptiva así como de cuantos trámites es necesario que lleve a cabo el adoptante, al que también proporcionará toda la información relativa al menor (debiendo poner toda la diligencia posible para asegurarse de la veracidad de la misma). También, será él quien se encargue normalmente de mantener los contactos oportunos con las autoridades implicadas en el proceso adoptivo (juzgados, abogados, Administraciones) así como con el personal de los orfanatos donde residirán normalmente los menores. Además, deberá orientar y acompañar al adoptante durante su estancia en el país extranjero.

<sup>611</sup> A nivel de Derecho Comparado puede citarse la Asociación *Wereldkinderen* (entidad mediadora en la adopción internacional) de Holanda que prevé para sus representantes en los países de origen de los menores varias funciones. El representante debe controlar la situación de cada momento así como el desarrollo de todos los procedimientos en curso, debiendo asegurarse especialmente de que el procedimiento que ha llevado a una declaración de abandono del niño ha sido adecuadamente finalizado. Su labor será de mayor o menor eficacia dependiendo de los contactos con los que cuenta, así como de la normativa y la infraestructura existente en el país extranjero en el que desarrolla su trabajo. El representante firma un contrato en el que se describen sus tareas, prohibiéndosele explícitamente iniciar actividades contrarias a la legislación local vigente. No puede permitirse favoritismos con aquellas personas con las que mantienen contactos, pero sí pueden ofrecer ayuda y servicios así como un cierto apoyo financiero (por ejemplo, para cubrir los gastos de un examen médico de un menor). El representante debe acompañar al adoptante (ultimando la preparación de éste para la adopción una vez que ha llegado al país extranjero; estando presente durante la entrega del menor; busca un alojamiento adecuado para el adoptante; ofrece información sobre el cuidado del menor, el adecuado comportamiento en el país). Dado que el

bre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional de la CA de Cataluña, por cuanto el mismo, si bien se refiere régimen al que se halla sujeto el personal de la ECAI con carácter general, incluye expresamente dentro de dicho régimen al representante de la entidad en el país de origen. También puede citarse el Decreto 168/2002, de 22 de julio de la CA Navarra, que en su artículo 15.2 especifica las características y obligaciones con las que debe contar el representante.

Hay que entender que si cuando el personal de la ECAI incumple sus funciones motiva que la entidad incurra en responsabilidad, tal consecuencia también se dará en el supuesto de que quien incumpla sea su representante en el extranjero. En definitiva, dicho representante es un miembro más de la ECAI y, a estos efectos, su actuación, correcta o incorrecta, vincula a la ECAI.

---

representante forma parte de una organización, debe atenerse a las normas de ésta. El representante recibe por su trabajo un salario (no se le retribuye por cada adopción, sino mensualmente), lo cual garantiza una posición neutral ante el menor. Por lo que respecta a los aspectos financieros, el representante está sujeto a una serie de mecanismos de control (debe presentar un cuadro mensual de gastos; consultar previamente antes de realizar gastos extraordinarios y mantener una contabilidad clara y adecuada). Prácticamente todos los días, el representante se comunica con la Asociación (lo cuál es un buen método de control sobre sus actividades). Además, periódicamente, se realizan visitas por parte de miembros de la Asociación a los países de origen. V. Leen DE JONG, «Las entidades colaboradoras de adopción internacional» (conferencia pronunciada en una de las mesas redondas de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.

## CAPÍTULO TERCERO

# CONSTITUCIÓN, EFECTOS Y EXTINCIÓN DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO ESPAÑOL

Se puede hacer una clasificación de las adopciones internacionales atendiendo a la autoridad<sup>1</sup> que constituye la adopción. De esta manera, se pueden diferenciar tres modalidades que han sido asumidas unánimemente por la doctrina y por la normativa internacional y nacional existente. Desde el punto de vista de nuestro país, puede distinguirse la adopción constituida por la competente autoridad extranjera, por el Juez en España y por el Cónsul español en el extranjero. Tras la entrada en vigor de la LO 1/1996, no se han producido modificaciones respecto al sistema de tramitación que estaba en uso, por cuanto todo el proceso tendrá lugar a través de la Dirección General del Menor y la Familia del Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales.

### SECCIÓN PRIMERA: PROBLEMÁTICA DE LAS ADOPCIONES CONSTITUIDAS POR AUTORIDAD EXTRANJERA

Bajo esta rúbrica se engloban dos supuestos diferentes: por un lado, la adopción constituida por una autoridad extranjera en el extranjero y, por otro, la adopción constituida por una autoridad extranjera (el Cónsul extranjero) en España. A su vez, hay que diferenciar dos posibilidades atendiendo a la nacionalidad del adoptando, ya que éste puede ser o no español<sup>2</sup>. Asimismo, es posible que el país del que sea originario el menor forme parte del CHAI; que haya firmado un protocolo bilateral con España en esta materia; que no haya firmado ni el CHAI ni un protocolo; o bien, que haya firmado ambos o ninguno de ellos. Sintetizando, e incluyendo también el tipo de adopción que se puede constituir, se concreta el siguiente esquema:

1. *Adopciones realizadas conforme al Convenio de la Haya de 1993.*
  - 1.1. Adopción No Plena (pero que establece un vínculo de filiación).
    - 1.1.1. Con la intermediación de ECAI.
    - 1.1.2. Sin la intermediación de ECAI.
  - 1.2. Adopción Plena.
    - 1.2.1. Con la intermediación de ECAI.
    - 1.2.2. Sin la intermediación de ECAI.

---

<sup>1</sup> Tal y como reza la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, toda adopción deberá ser autorizada por autoridad u organismo competente, tanto en el país de origen del menor como en el de destino. Coincido con Elisa PÉREZ VERA, «El menor en los convenios de la Conferencia de la Haya» en *REDP*, vol. XVI, 1993, p. 484, en afirmar que lo que se pretende fomentar con la expresión «autoridades competentes» no es otra cosa que la cooperación de autoridades.

<sup>2</sup> Con carácter general y relativo a la noción de extranjero, V. Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, «Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería» en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Coord. Salomé Adroher Biosca y Pilar Charro Baena, Barcelona, 1995, pp. 17-58.

## 2. *Adopciones realizadas al margen del Convenio de la Haya de 1993.*

### 2.1. Adopción No Plena.

2.1.1. Con la intermediación de ECAI.

2.1.2. Sin la intermediación de ECAI.

### 2.2. Adopción Plena.

2.2.1. Con la intermediación de ECAI.

2.2.2. Sin la intermediación de ECAI.

Dado que el prototipo de las adopciones internacionales que se realizan en nuestro país pertenecen al primer grupo (esto es, las constituidas en el extranjero por la competente autoridad extranjera y cuando el adoptante es español y el adoptado es extranjero, siendo ambos países miembros del CHAI), es este supuesto el que estudiaremos con profundidad. Como he apuntado en más de una ocasión, España es un país de recepción de menores, por lo que la regla general es que las adopciones se constituyan en el país de origen de los mismos por la autoridad extranjera competente.

## **I. ADOPCIONES CONSTITUIDAS POR AUTORIDAD EXTRANJERA QUE PUEDEN TENER RELEVANCIA PARA EL DERECHO ESPAÑOL**

Los dos supuestos en los que las adopciones constituidas por la competente autoridad extranjera pueden tener relevancia para nuestro país son la adopción de un extranjero por un español y la adopción de un español por un extranjero.

### **1.1. Adopción de un menor extranjero por un español**

Los pasos a estudiar son los del proceso de adopción internacional siempre y cuando coincida con el siguiente supuesto de hecho (dada la imposibilidad de abarcar todos cuantos pueden producirse en la práctica): menor extranjero, residente en un país (miembro o no del CHAI) del cual es nacional, es adoptado en su país por adoptante/s español/es residente/s en España<sup>3</sup>. Ciertamente, el supuesto de que el país de origen del menor sea miembro del CHAI, dado que nuestro país también lo es y que las ratificaciones de este Convenio aumentan día a día<sup>4</sup>, será el supuesto más frecuente en las adopciones internacionales que realizan los adoptantes españoles<sup>5</sup>.

El proceso que siguen las adopciones internacionales se desarrolla en varias partes claramente diferenciadas<sup>6</sup>: primero tiene lugar una fase administrativa en nuestro país (que variará de una

<sup>3</sup> V. los pasos a seguir en la CA de Madrid, por ejemplo, en el estudio del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, VVAA, «La adopción internacional» en *Estudios e investigaciones 1997*, Madrid, 1998, pp. 451-483 (en especial, pp. 469-479).

<sup>4</sup> Hasta marzo de 2003, el Convenio ha entrado en vigor para: Alemania (01-03-2002), Bolivia (01-07-2002), Bulgaria (01-11-2002), Eslovenia (01-01-2002), Estonia (01-06-2002), Guatemala (01-03-2003), Letonia (01-12-2002), Luxemburgo (01-11-2002), Suiza (01-01-2003).

<sup>5</sup> No obstante, dado que muchos adoptantes españoles realizan también adopciones al margen del CHAI por no ser parte del mismo el país en el que adoptan, a medida que vaya estudiando el procedimiento de constitución de una adopción sujeta al CHAI iré haciendo las apreciaciones oportunas relativas al procedimiento que sigue una adopción constituida al margen de este Convenio para que el estudio quede completo y a la vez se vea el camino que siguen los dos procedimientos.

<sup>6</sup> V. la tabla explicativa de las etapas en la tramitación de solicitudes de residentes en España, elaborada por Gonzalo CUEVAS FERNÁNDEZ, «Adopción internacional, como garantía de los derechos de los menores extranjeros adoptados por

CA a otra dependiendo de su normativa interna)<sup>7</sup>; después se sustanciará una fase administrativa en el país de origen; y, tras la comunicación de Autoridades Centrales de ambos Estados, se producirá la constitución de la adopción en el país de origen por la autoridad competente. Finalmente, se abrirá paso al reconocimiento e inscripción de la adopción por nuestro país, y con carácter general, al seguimiento de la misma.

### 1.1.1. Fase administrativa en España<sup>8</sup>

Una vez finalizada la etapa de reflexión que el adoptante debe llevar a cabo<sup>9</sup>, se iniciará una fase de asesoramiento, preparación e información del adoptante por especialistas (pertenecientes a una ECAI o bien a los organismos públicos competentes)<sup>10</sup>, durante la cual el adoptante confirma su elección de país o bien lo elige si no lo había hecho antes. Una vez que el solicitante ha acudido a las sesiones informativas que la CA organiza a este efecto, será cuando se acepta su solicitud de adopción internacional. De esta manera las CCAA intentan «obligar» al solicitante a reflexionar sobre la decisión que está a punto de tomar. Además, la práctica revela que entre un 10 y un 15 % de las familias que acuden a las sesiones informativas se retractan en su idea de iniciar una adopción.

La solicitud (a la que en la mayoría de las CCAA ha de adjuntarse el certificado de haber asistido a las sesiones informativas) debe ser presentada ante el organismo competente de la Comunidad Autónoma en la que reside (nunca en otra diferente)<sup>11</sup>, o sea, ante la Autoridad Central com-

---

ciudadanos españoles» en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Coord. M.<sup>a</sup> Teresa Martín López, Colección «Estudios», Cuenca, 2000, p. 52.

<sup>7</sup> V. Idoia OTAEGUI AIZPURÚA, «Notas sobre la tramitación administrativa de las adopciones internacionales en el territorio histórico de Gipuzkoa» en *RIVAP*, n.º 51, mayo-agosto, 1998, pp. 271-280.

<sup>8</sup> ESQUIVIAS JARAMILLO separa claramente la fase administrativa (que se encuentra sin duda condicionada por lo que establecen las normas civiles) de la estrictamente judicial (en el caso de nuestro país). V. José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO, «La adopción internacional (I) y (II)» en *BIMJ*, año LI, n.º 1808 y 1809, 1997, pp. 5-25 y 5-24, respectivamente.

<sup>9</sup> V. Victoria DEL BARRIO, «Elementos a tener en cuenta ante la decisión de adoptar» en *Informació Psicológica*, n.º 72, abril, 2000, pp. 34-44; Aquilino POLAINO-LORENTE, «Para una fenomenología de la adopción: adopción, derecho y libertad» en *VVAA, Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, pp. 17-31 (en especial, pp. 24-26).

<sup>10</sup> V. Albert DUINKERKEN, «El programa de adopción/información de vía en los Países Bajos» (conferencia pronunciada en uno de los grupos de trabajo de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999; Pere AMORÓS, Nuria FUENTES e Isabel PAULA, «Los nuevos retos de la adopción actual: la formación de los candidatos» en *Informació Psicológica*, n.º 72, abril, 2000, pp. 4-9; Carmen Forment Planells, «La formación a las familias en proceso de adopción internacional» en *Informació Psicológica*, n.º 72, abril, 2000, pp. 10-12; Ana Belén RECATALÁ IBÁÑEZ, «Memoria sobre el programa de formación de solicitantes de adopción internacional de la Conselleria de Benestar Social de la Generalitat Valenciana» en *Informació Psicológica*, n.º 72, abril, 2000, pp. 13-17; Cecilia BAEZ BELTRÁN, «Preparación y selección de los solicitantes de adopción» (pp. 45-74), Anne Marie Crine, «Preparación-Información-Asesoramiento-Formación» (pp. 75-78), Albert DUINKERKEN, «La tarea informativa de la adopción en Holanda. Puntos de partida» (pp. 79-84), Yolanda GALLI, «El proceso de preparación-valoración de solicitantes de adopción internacional» (pp. 85-90), Mónica LIND, «Preparación de solicitantes para la adopción internacional» (pp. 91-96), Sylvia NABINGER, «La preparación de los solicitantes a la adopción» (pp. 97-99), todos ellos en *Situación y perspectiva de futuro de los programas de información, preparación y valoración de solicitantes de adopción internacional. (Materiales aportados a las Jornadas Interautonómicas sobre preparación de solicitantes de adopción internacional, celebradas en mayo de 1998). Materiales de Trabajo*, n.º 58, Madrid, junio de 2000.

<sup>11</sup> Siempre deberá de tenerse en cuenta el derecho autonómico de la Comunidad Autónoma de los adoptantes, que puede incluir o matizar aspectos de la legislación estatal. Por tanto, todo lo expuesto podrá verse modificado en algunos aspectos dependiendo de la legislación autonómica, si bien la esencia del procedimiento es la misma.

petente, según la terminología del CHAI (art. 14)<sup>12</sup>. Esta solicitud es registrada, dándosele un número de entrada. Realmente, es interesante que el adoptante especifique ya en la solicitud el país en el que está interesado, pues ello posibilitará que en la medida de lo posible<sup>13</sup> se satisfagan sus deseos. Hay CCAA (como por ejemplo Navarra) que exigen específicamente que en la solicitud se especifique ya el país extranjero en el que se desea adoptar. Otras, en cambio, como la de Andalucía, permiten que el certificado de idoneidad pueda ser válido ante cualquier Estado<sup>14</sup>.

En la práctica (si bien en cada CA puede exigirse que la solicitud se acompañe de documentos diferentes<sup>15</sup>) pueden señalarse, con carácter general, como los más frecuentes: fotocopias de DNI y pasaporte en vigor; partidas de nacimiento (o certificados literales de la inscripción de nacimiento); estudios; certificado de matrimonio (si es adopción por cónyuges, en cuyo caso también es frecuente que se les exija presentar certificado de convivencia, el cual será siempre imprescindible si la adopción se va a realizar por una pareja de hecho); Libro de Familia, si lo hubiera (para constatar, entre otras cosas, la existencia o no de hijos biológicos o adoptados); certificado de antecedentes penales, certificado de residencia; certificado de profesión; certificados relativos los medios de vida y económicos (tales como certificado de la empresa donde trabajan, en el que conste claramente el nombre, categoría, antigüedad y sueldo); certificado de buena conducta emitido por la empresa empleadora; certificado de saldo medio bancario; certificado de la Cámara de Comercio local; declaraciones de renta y patrimonio de los últimos tres años; declaración jurada de bienes; escrituras de propiedad o certificado del Registro de la Propiedad; informes médicos redactados por facultativos colegiados y en impreso oficial (generalmente suelen pedirse antecedentes y estado actual de salud física y mental, que excluyan expresamente la existencia de enfermedades crónicas e infecciosas, con expresa mención del V.I.H., así como de los posibles tratamientos a los que se halle sometido el adoptante); cartas de recomendación (en las que se acredite la honorabilidad del adoptante); certificados de buenas costumbres; de haber asistido a cursos de formación; de cumplimiento de requisitos de entrada de un menor extranjero en España (documento que expide la Comisaría de Fronteras del Cuerpo Nacional de Policía, con sede en Madrid, y si bien este documento es exigido por la mayoría de los países de origen, únicamente sería preceptivo si el Cónsul español del Estado de origen no autorizara mediante la expedición del pasaporte del adoptado, su entrada en España); certificados de empadronamiento (expedidos por el Ayuntamiento del lugar de residencia); declaraciones juradas varias (exigidas por frecuentemente por los países de origen y que son básicamente las de los solicitantes y de sus familiares más cercanos, en las que se comprometen a aceptar al menor y muestran su aquiescencia a la adopción); otorgamiento de poderes (puesto que en muchos casos el Estado de origen exige escritura de poder notarial a favor de un profesional de dicho país, que

<sup>12</sup> De esta manera se consigue, como afirma HERRÁN ORTIZ, un doble objetivo: «(...) se pretende evitar por un lado, la actuación masificada de los solicitantes, que desbordaría a las autoridades de los países de origen, que tendrían dificultades para encauzar tantas peticiones de una forma legítima y sin que se produjeran actuaciones abusivas e interesadas (...); y por otro lado, se trata de establecer un sistema preventivo, para evitar abusos, en aras a un control público de estas adopciones (...)». Ana HERRÁN ORTIZ, *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Madrid, 2000, p. 62.

<sup>13</sup> El art. 125 CF, por ejemplo, establece que el organismo competente, esto es, el Instituto Catalán de Acogimiento y Adopción, únicamente deberá tramitar adopciones de menores originarios de países en los que quede suficientemente garantizado el respeto a los principios y a las normas de la adopción internacional. Pese a la aparente bondad de este precepto, la doctrina ha criticado su eficacia práctica. V., por todos, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «Nuevas normas catalanas: el Código de Familia y la Ley de parejas de hecho» en *REDI*, vol. V, n.º 2, 1998, pp. 307-311 (en especial, p. 309).

<sup>14</sup> V. art. 53.4 del Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento Familiar y Adopción de la CA de Andalucía.

<sup>15</sup> V. Ascensión CAPEL CILLA, *Manual práctico de adopción internacional*, Barcelona, 1999, p. 36 y ss. Con relación al modo en que debe y puede obtenerse estos documentos, V. Martine AUDUSSEAU-POUCHARD, «Documentación necesaria para una adopción internacional» en *Adoptar un hijo hoy*, Barcelona, 1997, pp. 155-159. Con relación a la CA Valenciana concretamente, V. VVAA, «Una nueva perspectiva para la valoración de idoneidad en adopciones: los equipos psicosociales» en *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, n.º 46, 1999, pp. 65-68.

suele ser un abogado de la Autoridad Central o un organismo acreditado, para que éstos puedan gestionar los trámites de la adopción que no sean personalísimos); certificados de seguimiento (que expide la Autoridad Central pero que deben firmar prestando su consentimiento al mismo los solicitantes); y fotografías de los padres, del domicilio y del entorno familiar.

A todo esto hay que añadir la circunstancia de que si el país de origen no tiene como idioma oficial el castellano, todos estos documentos deben de presentarse con traducción jurada a su idioma oficial, trámite que en la práctica suele ser facilitado por el Consulado del país extranjero en España. Además, se les suele preguntar a los padres cuál es el motivo de la adopción<sup>16</sup> así como datos relativos al niño que aspira (edad, raza, particularidades físicas, sensoriales o psíquicas,...). También debe quedar reflejado si se aceptarán hermanos y cuántos, así como cuál es el país en el que se desea adoptar. De la misma manera, las familias han de comunicar a la CA cuál es la ECAI que han elegido para que tramite su adopción (si es que ya lo han hecho y van a hacer uso de esta vía)<sup>17</sup>.

Al adoptante español se le valora por parte de la autoridad competente de su CA para dilucidar de esta manera si reúne todos los requisitos que exige nuestro Derecho, entre los que especialmente destaca la valoración de su idoneidad para adoptar. En este sentido, pueden ocurrir dos cosas: que se emita el certificado de idoneidad, con lo que el proceso seguirá su curso<sup>18</sup>, o bien que se considere al adoptante no idóneo para adoptar, en cuyo caso el procedimiento se paralizaría<sup>19</sup>.

Una vez obtenido el certificado de idoneidad, todo el expediente, incluido dicho certificado, así como el compromiso de seguimiento (si ello es requerido por el país de origen), es legalizado y autenticado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y remitido (por la ECAI o por el Ministerio, según se esté tramitando la adopción) a la Autoridad Central del país extranjero que el adoptante hubiera elegido. A partir de este momento (porque hasta aquí todo el procedimiento<sup>20</sup> es común), será cuando el procedimiento de tramitación comience a diferir dependiendo de que el país extranjero elegido para adoptar sea o no parte del CHAI. En el supuesto de que lo sea se estará ante una tramitación regida por este Convenio, mientras que en caso contrario, los trámites quedarán al margen del mismo.

### 1.1.2. Fase administrativa en el país de origen del menor: la preasignación

La Autoridad extranjera valora el expediente<sup>21</sup> que ha recibido de su homónimo español, obtiene los consentimientos que sean necesarios de acuerdo con lo que establece el art. 4 del CHAI

<sup>16</sup> V. GENERALITAT VALENCIANA (Conselleria de Benestar Social), «En torno a la decisión de adoptar» en *Guía para la adopción*, Valencia, 1998, pp. 9-11, y *Materiales para la preparación de solicitantes de adopción. Manual de Formador y Primera Sesión: Padres y madres adoptivos*, Valencia, 1999; Pilar CERNUDA y Margarita SÁENZ-DIEZ, *Los hijos más deseados*, Madrid, 1999, pp. 19-47.

<sup>17</sup> En cualquier caso, parece quedar claro que la ECAI no puede iniciar los trámites de una adopción internacional hasta que el solicitante no haya obtenido el correspondiente certificado de idoneidad. En este sentido se expresa el art. 8.4 del Decreto 97/2001, de 3 de abril, sobre la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional de la CA de Cataluña, cuando establece: «En cualquier caso, la entidad acreditada no iniciará ningún trámite de adopción internacional hasta que el Instituto Catalán de Acogimiento y de la Adopción no haya tramitado el correspondiente certificado de idoneidad de los solicitantes».

<sup>18</sup> Hay que recordar un aspecto muy importante: esta idoneidad puede ser revocada por la autoridad competente en cualquier momento del procedimiento si a lo largo del mismo se descubren o producen circunstancias que lo aconsejaran.

<sup>19</sup> Como se ha tenido ocasión de analizar, el adoptante puede recurrir este acto administrativo de acuerdo con lo dispuesto en la DA 1.ª de la LO 1/1996.

<sup>20</sup> V. el esquema sobre la tramitación de la adopción internacional en el artículo de Carmen Victoria RODRÍGUEZ BARRANTES, «La adopción internacional» en *Usus Iuris*, n.º 19, 1997, p. 41.

<sup>21</sup> No debe entrarse aquí en cómo valorará el país de origen ese expediente puesto que dependerá exclusivamente de su normativa interna. Según el país que sea, los adoptantes se verán obligados a cumplir unos requisitos u otros. La elec-

así como su normativa interna, y procede a la preasignación de un menor al adoptante<sup>22</sup>, tras haber contrastado sus expedientes y considerar que la adopción garantizará el interés del menor. Dicha preasignación, junto al expediente del menor (donde van a aparecer reflejados cuantos datos se dispongan del mismo, tales como su situación legal en el país, estado físico, circunstancias personales, fotografías), evitando revelar la identidad de los padres del menor (art. 29 del Convenio), es enviada a la Autoridad Central española<sup>23</sup>.

Si el país no es firmante del CHAI, no se suele realizar preasignación alguna en el sentido de que no se envía a España ninguna «propuesta» de un menor para que aquí se dé el visto bueno por las autoridades públicas, sino que directamente se «adjudica» un menor al solicitante que será quien decida. Pero en el caso de que se haga preasignación, algunas CCAA han establecido que el adoptante tiene la obligación de comunicarla a la Administración<sup>24</sup>.

### 1.1.3. *Tramitación conjunta por la Autoridad Central española y por la Autoridad Central del país de origen*

Una vez enviada la preasignación del menor por el país extranjero, se abre una fase de actuación conjunta de las Autoridades Centrales de ambos países (la española y la del país de origen del menor), tal y como establece el art. 17 c) del CHAI<sup>25</sup>. Ambas Autoridades mantendrán los contactos que consideren pertinentes para garantizar que la adopción a realizar en ese supuesto concreto vela por el interés superior del menor. Además, gracias a esta cooperación de Autoridades puede afirmarse que la decisión de dar un niño concreto a unos adoptantes es tomada conjuntamente por ambos países, lo cual les proporciona seguridad en tanto en cuanto que ambos van a tener la oportunidad de participar y pronunciarse en un sentido u otro.

La Autoridad Central española procederá, en virtud de este derecho de veto, a acordar o no<sup>26</sup> que continúe el procedimiento a la vista de todos los datos disponibles. Si le da el visto bueno, co-

---

ción del país de origen del menor, si se quiere que la adopción se concluya con éxito, debe tomarse también bajo esta perspectiva, de ahí que sea básica la información inicial que reciban los adoptantes. Por ejemplo, es frecuente que los países exijan que los adoptantes viajen y permanezcan en su territorio antes, durante y después de realizada la adopción, si bien unos requieren más tiempo y otros menos.

<sup>22</sup> Como ya se ha apuntado, algunos países de origen (entre los que se encuentra por ejemplo Brasil), han llegado a plantear la posibilidad de que la preasignación sea llevada a cabo por los países de recepción y no por los países de origen, proponiendo una modificación del CHAI en este sentido (pues el Convenio es claro cuando establece que la preasignación la llevará a cabo el país de origen del menor, la cuál será corroborada por el país de recepción, lo que en resumidas cuentas viene a significar que la decisión la toman de alguna manera ambas autoridades conjuntamente). Los motivos de estos países para proponer tal cambio se basan exclusivamente en los escasos medios con los que cuentan para realizar efectivamente esta labor. En mi opinión, una propuesta de este sentido no tiene visos de prosperar en el sentido de que difícilmente se puede argumentar que un Estado extranjero conozca mejor al menor que su propio Estado de origen.

<sup>23</sup> También es posible que la Autoridad Central envíe toda la información al representante de la ECAI en el país de origen para que éste a su vez lo remita a la ECAI en España, la cual estará encargada de comunicar la información a los interesados así como a la Autoridad Central española (si bien siempre habrá de hacerlo en primer lugar a la Autoridad Central y, únicamente cuando ésta haya dado su visto bueno, podrá ponerse en contacto con la familia).

<sup>24</sup> V. el art. 55.2 del Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento familiar y adopción de la CA de Andalucía (BOJA n.º 135, 19-11-2002).

<sup>25</sup> Es precisamente esta cooperación conjunta de las dos autoridades de los países implicados lo que posibilitará en última instancia la emisión del correspondiente certificado de conformidad de la adopción al Convenio, que se erigirá en el instrumento que garantice el reconocimiento automático de la adopción en el Estado en el que no ha sido constituida. En la práctica, sin embargo, se ha venido observando, tal y como se tuvo ocasión de poner de manifiesto en la 2.ª Comisión especial de la Conferencia de la Haya de seguimiento del CHAI, celebrada a finales del año 2000, que en muchos de los protocolos bilaterales que los países firman entre ellos se deja al Estado de origen la toma de la decisión de colocación del menor. Esta práctica es reprochable y debe ser suprimida. La colocación ha de ser en todo caso una labor de actuación conjunta entre ambos países.

<sup>26</sup> En cuyo caso habrá de motivar, explicar, el porqué de su decisión.

municará la preasignación al solicitante<sup>27</sup>, que dispondrá de un tiempo para decidir si la acepta o no. En caso afirmativo, se enviarán ambos documentos (el del visto bueno de la Autoridad Central española y el de la aceptación del solicitante) a la Autoridad Central del país de origen<sup>28</sup>.

#### 1.1.4. *Constitución de la adopción en el país de origen del menor*

La mayoría de los países, con carácter previo al momento de la constitución de la adopción, exigen un periodo de permanencia del adoptante extranjero en su territorio que suele venir unido al inicio de la convivencia entre adoptante y adoptando<sup>29</sup>. Pero aunque el país no exigiera ese periodo de convivencia previa a la adopción, en la mayoría de los casos, el adoptante deberá desplazarse al país extranjero para formalizar el procedimiento adoptivo (básicamente para prestar personalmente su consentimiento ante la autoridad que va a constituir la adopción).

La constitución de la adopción se lleva a cabo por la autoridad competente (judicial o administrativa), que será aquella que disponga la normativa interna vigente en el país del origen del menor. A este respecto, nuestro ordenamiento dispone en el art. 9.5 pfo. 4 CC que:

---

<sup>27</sup> En la práctica se dan con cierta frecuencia supuestos en los que la preasignación es conocida primero por la familia solicitante y después por la CA. Generalmente estos casos se producen cuando la adopción es tramitada por ECAI puesto que si ello es así, el país extranjero envía la preasignación a la ECAI y pudiera darse el caso de que ésta la comunique antes a la familia que a la CA (o incluso que lo haga paralelamente). Si se produce un supuesto de este tipo y la CA da el visto bueno a la preasignación, no pasa nada (salvo, claro está, que la ECAI ha incumplido con una de sus obligaciones para con la CA: enviarle tan pronto como reciba las preasignaciones de menores y en todo caso, antes que a la familia). Pero en el supuesto de que la CA considere que se han incumplido algunos requisitos importantes y, pese a ello, la familia desee aceptar la preasignación, la solución a este problema no puede ser otra que la de no tramitar la aceptación de esta familia.

<sup>28</sup> Llegados a este punto y si todo hace prever que la adopción se llevará a término, la Autoridad Central española suele informar al Cónsul español en el país extranjero a efectos de que prepare la documentación necesaria para que el menor pueda entrar y residir con visos de permanencia en nuestro país. No obstante, también es posible que se traslade al menor hasta España para proceder aquí a su adopción, realizándose todas las gestiones necesarias para que pueda salir de su país, llegar al nuestro y permanecer en él hasta que se constituya definitivamente la adopción. Este supuesto lo estudiaremos posteriormente al no tratarse en realidad de una adopción constituida por la autoridad extranjera sino por el Juez español.

<sup>29</sup> Dicha convivencia se lleva a cabo antes de formalizarse definitivamente la adopción y tiene como objetivo realizar un primer acercamiento entre los futuros padres y el futuro hijo. Algunos autores han criticado la exigencia de este requisito (el de la convivencia durante un cierto periodo de tiempo entre adoptante y adoptando) porque estiman que lo único que se consigue es poner más trabas a la realización de adopciones internacionales. Además hay que pensar que no sólo se debe desembolsar el importe de los billetes de avión, sino que también hay que hacer frente a los gastos ocasionados por la estancia. Ello conlleva que la lista de posibles adoptantes se vea reducida considerablemente, quedando en la misma los más pudientes económicamente hablando. V. Carlos VARELA GARCÍA, «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto» (transcripción de la conferencia impartida en las *Jornadas sobre la LO 1/1996, para la colaboración entre Fiscalías y las Direcciones Generales de las CCAA competentes en materia de menores*), Toledo, 1996, p. 34. En mi opinión, y pese a reconocer que todos los argumentos anteriormente expuestos son ciertos, hay que profundizar en la *ratio* de las normas que obligan a tal periodo de convivencia. Lo que se busca es remediar lo que en un futuro será «irremediable» y aunque los primeros días (y/o meses) de convivencia entre adoptado y adoptante puedan ser difíciles, es posible que esos adoptantes recapiten de su actitud y se replanteen seriamente su solicitud de adopción de ese menor en concreto (piénsese, por ejemplo, en el caso de que el menor tenga alguna enfermedad física o psíquica irreversible, que pese a ser de antemano conocida por los adoptantes, gracias a la convivencia previa a la adopción, éstos toman conciencia de las consecuencias que acarrearán en el futuro esas particularidades del menor). Si ello sucediera y los adoptantes se retractaran en la adopción, se habrá evitado un grave problema ulterior donde el más perjudicado hubiera sido el menor. Todo ello se incrementa si se parte de la base de que la adopción es irrevocable. De esta manera, y velando en todo momento por el interés del menor, éste no habrá salido de su país y podrá volver con facilidad al ambiente en el que se hallaba inmerso, que si bien no será el más adecuado, sí le proporcionará la posibilidad de que todo el sistema se vuelva a poner en marcha y que en un futuro pueda ser adoptado por alguien que realmente esté preparado y lo acepte como es.

*«En la adopción constituida por la competente autoridad extranjera, la Ley del adoptando regirá en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios. Los consentimientos exigidos por tal Ley podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente (...).»<sup>30</sup>*

Como reconoce HERRÁN ORTIZ<sup>31</sup>, y junto a ella la doctrina mayoritaria<sup>32</sup>, no se trata de una mera norma de conflicto sino de una norma prevista para el establecimiento de las condiciones y requisitos necesarios para que una adopción constituida en el extranjero pueda ser reconocida en España. Por tanto, lo dispuesto en este precepto no vincula en modo alguno a la competente autoridad extranjera a la hora de constituir la adopción, sino que se convierte en patrón a seguir cuando se efectúa el reconocimiento de la adopción por nuestro país, siendo en este punto donde adquiere relevancia. En palabras de AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO<sup>33</sup>, «(...) el legislador español no puede de ninguna manera determinar el ordenamiento que la competente autoridad extranjera ha de aplicar a los requisitos de la constitución de la adopción, pues dicha determinación sólo puede efectuarla el sistema jurídico del país al que pertenece la autoridad extranjera en cuestión. El legislador español podrá, todo lo más, fijar las condiciones a las que se subordina el efecto que pueda producir en nuestro ordenamiento la constitución de una adopción ante autoridad extranjera (...)».

Es posible que se realice: una adopción plena, como lo es la adopción española (caracterizada básicamente por el nacimiento de vínculos con la familia adoptiva, por la destrucción de vínculos con la familia biológica y por ser irrevocable) o una simple, esto es, una que no sea plena (pudiendo producirse en este caso diferentes variantes que englobaré bajo la denominación de adopción simple). Las repercusiones prácticas de constituir uno u otro tipo de adopción para el adoptante español se centran básicamente en la mayor o menor dificultad que va a tener una vez que inste el reconocimiento e inscripción de la misma en nuestro país<sup>34</sup>.

## 1.2. Adopción de un menor español en el extranjero

Siempre que se vaya a adoptar a un español en el extranjero será preceptiva la concurrencia de la valoración positiva de la idoneidad del adoptante, tal y como el pfo. 4.º *in fine* del art. 9.5 CC (que también ha sido modificado por la DF 2.ª de la LO 1/1996) dispone:

<sup>30</sup> He de señalar que tras la reforma operada en este precepto por la Ley 21/1987, el mismo quedó redactado erróneamente por dos motivos: en primer lugar, se hacía referencia a la «ley del adoptante» cuando en realidad lo que debía decir era la «ley del adoptando». Además, en el pfo. 4.º *in fine* se hablaba del «conocimiento» de la entidad pública, cuando lo que debía decir era el «consentimiento» de la misma. La subsanación de estos errores no se realizó hasta la entrada en vigor de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, mediante la que se reformaron algunos artículos del CC en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. No obstante, el tenor literal que ostentaba el precepto antes de su modificación en 1990, obligó a la D.G.R.N. a resolver en diversas ocasiones de acuerdo con mismo, lo que originó en la práctica numerosas situaciones absurdas.

<sup>31</sup> V. Ana HERRÁN ORTIZ, «De la adopción y otras formas de protección de menores» en VVAA, *Compendio de Derecho de Familia*, Madrid, 2000, p. 532, y *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Madrid, 2000, p. 39. V. en el mismo sentido, Rosario ESPINOSA CALABUIG, «Una nueva reforma en materia de adopción internacional» en *RGD*, n.º 647, abril, 2000, p. 4346.

<sup>32</sup> V. José M.ª ESPINAR VICENTE, «La protección del menor y los distintos modelos de familia» en *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, p. 376.

<sup>33</sup> Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «La filiación y los alimentos» en VVAA, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, 1996, p. 189.

<sup>34</sup> Por ello, y para clarificar la exposición, procederé a estudiar los diferentes tipos de adopciones que se pueden realizar en el extranjero paralelamente al estudio de los problemas que genera el reconocimiento e inscripción en España de la adopción constituida ante autoridad extranjera.

*«En su caso, para la adopción de un español será necesario el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España.»*

Además, será necesario, en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios, aplicar la ley nacional del adoptando (que será la española) así como el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España. Todas estas medidas, en definitiva, lo que pretenden es proteger al menor garantizándole que su adopción va a ser constituida de acuerdo con las normas del Estado del que es nacional, a la vez que indirectamente se controla la aptitud del adoptante para ser padre, esto es, se analiza si es idóneo para ello. Se intentan así evitar negocios turbios, y en última instancia, el execrable tráfico de niños. Afortunadamente, la realidad práctica revela que el número de adopciones de estas características no es alarmante<sup>35</sup>.

## II. RECONOCIMIENTO DE LAS ADOPCIONES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO POR AUTORIDAD EXTRANJERA: ASPECTOS FORMALES Y SUSTANTIVOS

El reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero es muy importante puesto que es, en última instancia, el objetivo que persigue el adoptante: que la adopción que ha constituido sea reconocida como tal por nuestro país, y consecuentemente, que sea inscrita en nuestro Registro Civil, teniéndose al adoptado como hijo adoptivo suyo a todos los efectos que nuestra normativa recoge<sup>36</sup>. Por ello, en todos los países de recepción de menores se han ido poco a poco perfilando los requisitos y procedimientos por medio de los cuales se va a conceder eficacia a esa resolución extranjera constitutiva de una adopción<sup>37</sup>. No obstante, pese a ello, el reconocimiento (así como la inscripción) de la adopción no es obligatorio para los adoptantes sino facultativo, si bien, como he dicho antes, todos ellos instarán el reconocimiento y la subsiguiente inscripción (salvo en aquellos casos en que se sepa de antemano que existan problemas para ello o que se han llevado a cabo trámites irregulares<sup>38</sup>). Se está, aunque indirectamente, ante una vertiente más del derecho a la tutela judicial efectiva que recoge el art. 24 CE<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> V. como un ejemplo de las pocas Resoluciones existentes, la R.D.G.R.N. de 5 de octubre de 1993.

<sup>36</sup> El primer pfo. del art. 113 de nuestro CC establece que: «La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil». V. un comentario a este precepto en Manuel PEÑA y Bernaldo DE QUIRÓS, «Comentario a los arts. 108-111 del CC» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, en especial, pp. 832-846.

<sup>37</sup> V. a modo de ejemplo, Carlo FERDINANDO EMANUELE, «Il riconoscimento dei provvedimenti stranieri di adozione: interpretazioni giurisprudenziali e profili comparatistici» en *DFP*, n.º 3, año XXV, 1996, pp. 1184-1212. EMANUELE sostiene con razón que «Il riconoscimento dei provvedimenti stranieri di adozione costituisce, per tutti gli Stati, un problema che richiede una soluzione compatibile con i principi dell'ordenamento interno» (p. 1203 de la *ob. cit.*).

<sup>38</sup> De *lege ferenda*, sería interesante que se exigiera que los adoptantes soliciten el reconocimiento de la adopción y su posterior inscripción en el Registro Civil español. De esta manera, se podrían evitar múltiples problemas: se estaría salvaguardando el interés superior del menor que vería en todo momento reconocido su *status* jurídico en nuestro país, y se evitaría que este tipo de situaciones problemáticas se plantearan cuando él ya se encuentra inmerso en nuestra sociedad (piénsese por ejemplo, en el adoptado que solicita una pensión de orfandad). Por tanto, en mi opinión, debería imperativamente de exigirse que se tramite el reconocimiento e inscripción de la adopción, si bien es cierto que en la práctica las familias adoptivas son diligentes a la hora de regularizar en la situación del menor.

<sup>39</sup> V. José Manuel SUÁREZ ROBLEDANO, «Incidencia del art. 24 de la Constitución en el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras: régimen común y convencional» en *VVAA, Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1997, pp. 231-286.

El hecho de que la adopción fuera válida para el país que la constituyó, e incluso para muchos otros países, pero inválida para España, desembocaría en lo que se ha venido denominando *adopción claudicante*, que supone un claro perjuicio para los intereses del menor pues pese a estar ya residiendo en nuestro país y hacer vida familiar con el adoptante, no es considerado para nuestro Derecho como hijo del mismo (si bien es cierto que dicha convivencia puede hallarse amparada, y de hecho es lo que sucede en la práctica en supuestos de este tipo, bajo otras instituciones de protección del menor). Por todo ello, la importancia de cuáles son los requisitos exigidos por nuestra legislación para poder reconocer estas adopciones aumenta considerablemente. Como afirma la autora italiana AUTORINO STANZIONE<sup>40</sup> «*Il problema sta nella individuazione dei criteri rispetto ai quali deve essere accertata la conformità del provvedimento straniero*».

Hay que dejar claro si la adopción se constituyó mediante el régimen convencional o mediante el régimen autónomo. En el supuesto de que la adopción sea convencional del CHAI, será reconocida de pleno derecho siempre y cuando se adjunte el «certificado de conformidad al CHAI», esto es, el certificado de que la adopción se llevó a cabo de acuerdo con el Convenio (puesto que es posible en la práctica que pese a que ambos países sean parte del CHAI, la adopción se constituya al margen del mismo<sup>41</sup>). Pero esta afirmación debe ser matizada: nada impide que una adopción realizada conforme al Convenio (y que ha sido certificada por la autoridad competente como tal), lleve implícita una adopción que no se adapte en su totalidad a los efectos que genera esta institución en nuestro país (en definitiva, la adopción plena). Esta situación ha sido reconocida por el legislador cuando en el pfo. 2.º de la Exposición de Motivos de la Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del art. 9, apdo. 5, del CC<sup>42</sup> sostuvo que: «*Incluso en aquellos supuestos en los que la adopción haya sido certificada conforme al Convenio (artículo 23), su reconocimiento obligado por España no puede llegar a transformar automáticamente una adopción simple en una adopción con plenitud de efectos como es la española. Así tiene que admitirlo el mismo Convenio de la Haya que en su artículo 27 prevé la conversión de la adopción en el Estado de recepción*». Además, también debe confirmarse en todo caso que la adopción no sea contraria al orden público español y que proteja el interés superior del niño<sup>43</sup> (que también deberá estar configurado por el posible perjuicio que para el menor supondría el no reconocimiento de la adopción en nuestro país).

Por tanto, en estos últimos supuestos y en todos aquellos casos en los que la adopción se haya constituido al margen del régimen convencional (exista o no Convenio entre nuestro país y el país de origen), he de afirmar que para que dicha adopción pueda ser reconocida en España necesita cumplir con ciertos requisitos. Todos los actos de jurisdicción voluntaria emitidos por autoridades extranjeras que pretendan ser reconocidos por nuestro país deben someterse al control del órgano ante el que quieren hacer valer sus efectos. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>44</sup> sostienen que dicho órgano va a controlar que el acto contiene las siguientes condiciones (sustantivas y formales): «*1.º) Condiciones para acreditar la autenticidad del acto en el que se contiene*

<sup>40</sup> Gabriella AUTORINO STANZIONE, «Le adozione» en *Diritto di Famiglia*, Turín, 1997, p. 308.

<sup>41</sup> Lo cual es reprobable y jurídicamente incorrecto. Sin embargo, ha sido una práctica habitual en países como Rumania, donde el Comité Rumano de Adopciones ha venido tramitando las adopciones al margen de los Convenios de los que es parte (entre ellos el CHAI). V. Flora CALVO BABIO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas» en *La Ley*, año XIX, n.º 4628, 1998, p. 2.

<sup>42</sup> BOE n.º 119, de 19 de mayo de 1999.

<sup>43</sup> V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del menor» en VVAA, *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1997, pp. 157-168 (en especial, p. 188). Tal y como afirma esta autora, «(...) la falta de algún requisito establecido en el Convenio no es subsanable» (p. 189 de la *ob. cit.*).

<sup>44</sup> V. Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, 1999, pp. 307-308.

*el acto de jurisdicción voluntaria extranjero. En concreto, se exige: a) Legalización del documento (art. 600.4 LEC) u otro trámite que lo sustituya, —en particular la apostilla prevista en el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros—; b) Traducción al castellano del documento en que conste (art. 601 LEC). 2.º) Condiciones para acreditar la virtualidad del documento como vehículo o medio probatorio del acto que contiene (art. 600.3 LEC). Visto que el art. 11.1 CC sustituye al mencionado art. 600.3 LEC, esta condición significa que el acto de jurisdicción voluntaria debe contenerse en el tipo de documento que, a tal efecto, admita cualquiera de las leyes a las que remite, en modo alternativo, el citado art. 11.1 CC. (...) 3.º) Condiciones de control de validez sustancial del acto de jurisdicción voluntaria contenido en el documento. Debe realizarse un control de la Ley aplicada al acto de jurisdicción voluntaria —Ley aplicable a la capacidad de los sujetos y al fondo del asunto—. Esta exigencia se justifica porque los actos de jurisdicción voluntaria surten efectos constitutivos o materiales, y se halla parcialmente contemplada en los arts. 600.1 y 2 LEC. De este modo, el acto de jurisdicción voluntaria debe ser válido con arreglo a las Leyes designadas por las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado español. 4.º) Otras condiciones. En ciertos sectores, algunas normas específicas sobre la validez extraterritorial de actos de jurisdicción voluntaria en España exigen, además, un control de la competencia de la autoridad que interviene en el acto, la equivalencia de efectos entre la «institución extranjera» y la correspondiente institución española, y otros requisitos específicos. Este es el caso de la adopción internacional (art. 9.5.IV CC).»*

Para dilucidar el régimen que deben seguir los actos de jurisdicción voluntaria relativos a la constitución de adopciones por autoridades extranjeras y que pretendan ser reconocidos por nuestro país, ha de acudirse al pfo. 5.º del art. 9.5 CC (también modificado por la DA 2.ª de la LO 1/1996)<sup>45</sup> que dispone:

*«No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquella no se corresponden con los previstos por la legislación española. Tampoco lo será, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción.»*

Tal y como apunta BORRÁS RODRÍGUEZ<sup>46</sup>, «esta norma, que puede ser adecuada para instituciones como la kafalla, que no crea vínculo de filiación, no parece adecuada para adopciones simples que sí crean ese vínculo, aunque se mantengan ciertos vínculos con la familia biológica»; además «(...) subordina el reconocimiento a la obtención del certificado de idoneidad si el adoptante es español y está domiciliado en España en el momento de constitución de la adopción. Al respecto, dice el preámbulo de forma errónea que con esta norma se da «cumplimiento al compromiso adquirido en el momento de la ratificación de la Convención de Derechos del niño de Naciones Unidas que obliga a los Estados parte a velar porque los niños o niñas que sean adopta-

<sup>45</sup> V. María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera» en *ArC*, tomo I, 1999, pp. 1734-1735. Para esta autora dichos requisitos se concretan en básicamente en: «(...) el certificado de idoneidad, la prestación de los consentimientos para una adopción plena, las resoluciones de las autoridades competentes que han acordado la adopción y la similitud de efectos entre la adopción extranjera y los establecidos en nuestro sistema».

<sup>46</sup> V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del menor» en *VVAA, Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1997, pp. 157-168 (en especial, pp. 191-192). Hay que tener en cuenta que la mayoría de las veces «(...) en estos supuestos el niño acostumbra a estar ya en España y la situación es imposible de reconducir y va a desembocar en una nueva adopción en España y a un aumento de trámites. (...) Es demasiado taxativa y genérica la norma actual».

*dos en otro país gocen de los mismos derechos que los nacionales en la adopción». Confunde los derechos que confiere al niño con el vínculo de filiación con los requisitos para la constitución o reconocimiento de dicho vínculo. (...) Esta fórmula es mala porque la falta de certificado de idoneidad puede subsanarse y con ello también se crea un problema a la autoridad que debe darlo: ya no es previo ni en abstracto y además se ven forzadas en el tiempo y en contenido, pues sólo para casos graves va a negarse cuando se den circunstancias particulares y para no dejar al niño en un limbo jurídico». Al margen de estas acertadas críticas, surgen a primera vista dos cuestiones que debe analizar necesariamente la autoridad española una vez que se le plantea la eficacia de la adopción en nuestro país: por un lado, ha de comprobarse que efectivamente la autoridad extranjera que constituyó la adopción era la competente para hacerlo (lo cual es, en resumidas cuentas, un problema de competencia judicial internacional<sup>47</sup>, enmarcado en el Derecho Procesal Civil Internacional) y, por otro lado, el análisis de la Ley aplicada a la constitución de la adopción (lo cual es sin duda, una cuestión de Derecho Civil). Asimismo, se considera preceptivo por el legislador que el adoptante español cuente con el correspondiente certificado de idoneidad expedido por la entidad pública competente. No menos importante deja de ser también el problema de cuál es la autoridad competente española para llevar a cabo el reconocimiento de la adopción. Además, al analizar la doctrina de la D.G.R.N. se comprueba como habitualmente viene oponiéndose al reconocimiento principalmente por la ausencia de equivalencia de efectos (básicamente, el RCC exige que la adopción conlleve la ruptura de los vínculos entre el adoptado y su familia biológica, que sea irrevocable, y que la condición de hijo adoptivo esté totalmente equiparada a la de hijo biológico, con la consiguiente integración del adoptado en la familia adoptiva). Paralelamente, existen también Resoluciones que niegan el reconocimiento por otras muchas razones (tales como la ausencia de intervención de las autoridades encargadas de la tramitación de dichas adopciones, o bien la falta de presentación de la certificación de la correspondiente entidad pública acreditativa de la idoneidad de los adoptantes)<sup>48</sup>.*

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS<sup>49</sup> propone una peculiar solución para evitar que entren en España menores extranjeros cuyas adopciones no van a ser reconocidas por nuestro país. Esta autora se plantea la posibilidad de que no se permita entrar en España a ningún adoptado cuya adopción no sea reconocida previamente por nuestro país, independientemente de que ésta haya sido reconocida por las autoridades del país de origen (como sucede en la mayoría de los casos, aunque no en todos<sup>50</sup>). Sería siempre la delegación consular de nuestro país en el país de origen del adoptado la encargada de reconocer la adopción, lo cual implicaría necesariamente que tan sólo una vez inscrita la adopción el adoptado podría entrar en España, evitándose también así ulteriores problemas tales como los de visados (pues entraría con pasaporte español al haber adquirido

<sup>47</sup> V. José María ESPINAR VICENTE, «Concepto límites y caracteres de la competencia judicial internacional» en *Curso de Derecho Internacional Privado Español (Derecho Procesal Civil Internacional)*, Madrid, 1993, pp. 5-27. El autor plantea la diferencia que existe entre: jurisdicción (término utilizado por los procesalistas) y competencia judicial internacional (término usado por los internacionalprivatistas). La jurisdicción es la competencia jurisdiccional internacional que se predica de frente a los órganos extranjeros; mientras que con el segundo término se está haciendo referencia al volumen de negocios (de tráfico jurídico externo) cuyo conocimiento se atribuye a cada orden jurisdiccional, en uso de su soberanía y a partir de sus concepciones en cada momento histórico concreto.

<sup>48</sup> Patricia 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)» en *AC*, tomo I, vol. 2.º, 1998, p. 14. V. nota al pie n.º 2.

<sup>49</sup> V. Patricia 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)» en *AC*, tomo I, vol. 2.º, 1998, pp. 14-26.

<sup>50</sup> V. Flora CALVO BABIO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas» en *La Ley*, año XIX, n.º 4628, 1998, pág. 1.

la nacionalidad por la adopción), de no concurrencia de documentación (como por ejemplo, el certificado de idoneidad, que podría ser tramitado en ese momento), y en última instancia, se estaría evitando que se produjeran en la práctica *adopciones claudicantes*. Además, de esta manera se solucionarían también los supuestos en los que no siendo los adoptantes españoles, éstos residan en España y adopten a un menor no español<sup>51</sup>. Desde mi punto de vista, el grave inconveniente que tiene esta solución es que en la práctica los trámites pueden eternizarse, pudiendo de esta manera surgir nuevos problemas (como por ejemplo: ¿qué sucederá con las adopciones que no sean reconocidas?), sin contar el coste emocional que implica para las familias adoptivas el tener que estar separados de ese menor (o, en el mejor de los casos, si sus circunstancias se lo permiten, el tener que permanecer un considerable lapso de tiempo en el país extranjero) además del coste económico. El no dejar entrar al menor en España implicaría enormes dificultades para poder constituir su adopción ante Juez español. No obstante, considero que si los trámites administrativos se pudieran realizar en un plazo de tiempo razonable (entiéndase breve), podría ser ésta una muy buena manera de operar en este campo de cara al futuro. El legislador debería tener en cuenta muy seriamente esta propuesta en las sucesivas reformas que de esta materia tenga a bien realizar.

## 2.1. La institución adoptiva en distintos regímenes jurídicos extranjeros

Es necesario sistematizar cuáles son las modalidades adoptivas existentes en los ordenamientos extranjeros para estudiar los problemas de reconocimiento con los que las adopciones constituidas a su amparo se encuentran una vez que pretenden tener eficacia en nuestro país. Paralelamente he analizado el régimen jurídico de algunos países de origen de los menores que no han sido elegidos al azar: hay países firmantes del CHAI y países que no son parte del mismo, países en los que la adopción es plena y países en los que no lo es. De esta manera se pretende ofrecer un abanico amplio y revelador de la multitud de variantes que pueden influir de cara a un ulterior reconocimiento de la adopción en nuestro país. Sin embargo, clasificar las diversas modalidades de adopciones existentes no es tarea fácil pues los requisitos que exigen los países no guardan estricto paralelismo unos con otros. Pese a ello, es indispensable para poder arrojar luz sobre esta controvertida cuestión, por lo que partiendo de las características generales de las distintas legislaciones se propone la siguiente clasificación que, al estar realizada desde el punto de vista de nuestro Derecho, diferencia la adopción plena de todos aquellos tipos de adopción que no pueden tener tal consideración.

### 2.1.1. *Adopción plena. Los casos de Colombia, la República del Perú, Rumania y la Federación de Rusia*

En España, desde la entrada en vigor de la Ley 21/87, la adopción es plena puesto que su constitución destruye los vínculos del adoptado con su familia biológica, los crea con su familia adoptiva (adquiriendo, en el caso de adopciones de menores extranjeros por adoptantes españoles, la

---

<sup>51</sup> «En aplicación del sistema autónomo, cuando los adoptantes son extranjeros y están domiciliados en España, salvo que el adoptado sea español, el acceso al Registro no sólo no es obligatorio, sino que no es posible. El reconocimiento de la adopción, por tanto, no ha de plantearse necesariamente en un plazo breve desde su constitución; si tal reconocimiento fuese preciso para la salida del niño del país donde fue constituida su adopción, tendría que plantearse como cuestión principal». Patricia 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)» en *AC*, tomo I, vol. 2.º, 1998, p. 26.

nacionalidad española) y es irrevocable. Tales características son las tres notas que definen a la adopción plena tal cual nuestro Derecho la entiende<sup>52</sup>. Por ello, cuando los efectos de la adopción constituida en el extranjero coinciden con los de la legislación española, puede afirmarse que se trata de una adopción plena (puesto que la nuestra lo es)<sup>53</sup>. Esta adopción es reconocida «automáticamente», es decir, de pleno derecho, por nuestro país en el sentido de que una vez que se insta el reconocimiento, éste es realizado sin mayor problema, así como la inscripción (previa comprobación, claro está, de que concurren los demás requisitos sustantivos y formales necesarios). Consecuentemente, va a poder ser inscrita en el Registro Consular de la Oficina Consular española<sup>54</sup> o bien en el Registro Civil Central en España (por aplicación del art. 9.5 del Código Civil español<sup>55</sup>).

En el Reino Unido<sup>56</sup>, Italia<sup>57</sup>, Holanda y Suecia, entre otros muchos países de recepción de menores, la adopción es también plena, si bien cada uno ellos la regula de manera diferente. En Ale-

<sup>52</sup> V. María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera» en *ArC*, tomo I, 1999, p. 1740.

<sup>53</sup> V., como ejemplo de reconocimiento de adopciones en las que algún aspecto no se identifica totalmente con la legislación española y que pese a ello se reconocen como adopciones plenas, las R.D.G.R.N. sobre reconocimiento de adopciones de menores vietnamitas de 30 de marzo y de 1 de junio de 1999, y la de 6 de mayo de 2000.

<sup>54</sup> V. los criterios para la actuación consular en supuestos de adopción internacional a demanda de adoptantes españoles domiciliados en España, aprobados el 7 de noviembre de 1996 por la Comisión de Política de Visados y de Cooperación Internacional (delegada de la Comisión Interministerial de Extranjería).

<sup>55</sup> Este artículo ha sido modificado por la Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del art. 9, apdo. 5, del CC (que, en definitiva, lo que viene a hacer es añadir un párrafo final a este precepto) en el sentido de que no se impedirá el reconocimiento de las adopciones internacionales cuando la ley extranjera prevea un derecho de revocación de la adopción si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.

<sup>56</sup> La Ley de 16 de octubre de 1989 de bienestar del niño (*The Children Act 1989*) que entró en vigor el 1 de mayo de 1991 se aplica en Inglaterra y en el País de Gales y concentra las principales normas de derecho privado y público referentes a menores. Esta Ley vino a modificar la denominada *Adoption Act* de 1976 (que a su vez entró en vigor el 1 de enero de 1988). Los principios básicos que inspiran esta normativa pueden sintetizarse en los siguientes: se consagra la responsabilidad paternal como base de todo el ensamblaje de protección de los menores; las actuaciones que se deban llevar a cabo para evitar perjuicios para el menor deben realizarse sin dilación alguna, para garantizar de esta forma sus derechos; por encima de todo ha de respetarse a la familia como tal, evitando llevar a cabo actuaciones que pongan en peligro la autonomía e integridad de la misma; requerir por parte de las Administraciones públicas, siempre que sea posible, la intervención de los padres o tutores de los menores en todas aquellas actuaciones que les incumban directa o indirectamente. No obstante la Ley de 1989 no introduce modificaciones relevantes en el campo de la adopción, donde debe entenderse vigente la Ley de adopción de 1976 (en la que salvo que la ley lo permita expresamente, tan sólo se puede adoptar plenamente a los menores de edad). Puede consultarse la siguiente bibliografía sobre la adopción en el Reino Unido: J. FLAUSSE-DIEM, «Angleterre» y A.-F. GESSNER, «Angleterre», ambos en *VVAA*, «L'adoption dans les principales législations européennes (Étude de droit interne et de droit international privé)» en *RIDC*, n.º 3, vol. II, 1985, pp. 539-556 y pp. 733-750, respectivamente; William DUNCAN, «Regulating Intercountry Adoption —an International Perspective» en *Frontiers of Family Law*, Centre for Family Law and Family Policy, University of East Anglia, Ed. Wiley, Norwich, 1993, pp. 40-51; Joanna GREENFIELD, «Intercountry adoption: a comparison between France and England» en *Adoption & Fostering*, vol. 19, n.º 2, 1995, pp. 31-36; Teresa PICONTÓ NOVALES en su obra, *La protección de la Infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*, Zaragoza, 1996, p. 174 y ss.; A. BAINHAM y S. CRETNEY, *Children. The modern law*, Bristol, 1993, pp. 215-221, 232-237; Jeremy ROSENBLATT, *International adoption*, Londres, 1996, p. 17 y ss.

<sup>57</sup> A partir de la promulgación de la Ley 184/1983, de 4 de mayo, sobre la disciplina de la adopción y el acogimiento de menores (que entró en vigor el 1 de julio del mismo año), la protección de los menores en Italia tendrá un carácter preventivo de ulteriores problemas. Se pretende actuar antes de que surjan situaciones de desamparo o desprotección, mediante la vigilancia continua de aquellos menores y sus familias que se prevea que pueden encontrarse en estas circunstancias. Esta Ley sustituyó a la antigua Ley 431/1967, de 5 de junio, que si bien en su momento supuso un gran avance para la institución (pues cambió radicalmente el concepto imperante hasta el momento sobre la adopción que se basaba principalmente en la concepción romana de la institución: el adoptado pasaba bajo la *potestas* de su padre adoptivo si bien continuaba siendo considerado hijo de sus padres biológicos), se había quedado obsoleto ante el boom experimentado en Italia con relación a las adopciones internacionales y por otras cuestiones de técnica jurídica. La Ley 184/1983, que regula por primera vez en Italia la adopción internacional, establece que sólo pueden adoptar niños extranjeros aquellos italianos que cumplan los requisitos para adoptar en Italia. Hay que apuntar la modificación que ha sufrido esta norma en 1998 por la Ley n.º 476, de 31 de diciembre, de ratificación y ejecución del Convenio de la Haya de 1993 (*Gazzeta Ufficiale*, n.º 8, de

mania se precisa que concurren las siguientes circunstancias: que la adopción respete el interés del menor, que la realice conjuntamente un matrimonio y que, en el caso de que se realice a título individual, no exista un vínculo matrimonial.

---

12 de enero de 1999). Existe un organismo, el Centro Italiano para la Adopción Internacional (CIAI) que es una asociación de familias que han adoptado a menores extranjeros así como de trabajadores sociales especialmente preocupados por el problema del abandono de los menores. Es apolítica, aconfesional y carece de fines lucrativos. Fue constituida el 26 de enero de 1968 y erigida como Ente Moral por el Decreto Presidencial n.º 899 de 16 de diciembre de 1981. Por un Decreto Ministerial de 21 de mayo de 1986 del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Ministerio de Gracia y Justicia, el CIAI ha sido autorizado para llevar a cabo en todo el territorio nacional prácticas de adopción de menores extranjeros. Ha sido reconocido por el Ministerio de Justicia (Decreto Ministerial de diciembre de 1981) y autorizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores para tramitar adopciones internacionales (Decreto interministerial de mayo de 1986). Los interesados en adoptar niños extranjeros deben presentar una solicitud al Tribunal de Menores de su distrito de residencia, manifestando su interés en la adopción de un niño extranjero. Este Tribunal realiza, a través de los Servicios Sociales una investigación psicosocial para determinar la capacidad de los solicitantes y con base a la misma emite un certificado de idoneidad para la adopción, documento imprescindible para acceder a una adopción internacional. El proceso de selección es bastante riguroso. Una vez constituida la adopción en el extranjero, como garantía para el menor se establece que únicamente se puede conceder la adopción en Italia una vez que haya transcurrido un año de prueba (durante el que se haya podido constatar el perfecto acoplamiento del menor a su nuevo hogar). V., sobre el CIAI, los artículos de Gabriella MERGUICI, «Adoptar con el Centro Italiano para la Adopción Internacional» en el *Boletín de Estudios y Documentación del Comité español para el bienestar social (Nuevas Políticas para la infancia y adolescencia)*, n.º 5, 1995, pp. 87-96; «Las entidades colaboradoras de Adopción Internacional» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999. V. la siguiente bibliografía sobre la adopción (internacional) en Italia: Francisco VEGA SALA, «La reciente reforma de la adopción en Italia (Ley n.º 431 de 5 de junio de 1967)» en *ADC*, tomo 22, fasc. 3, 1968, pp. 643-654; Franco MOROZZO DELLA ROCCA, «Brevi note in tema di adozione internazionale» en *DFP*, julio-septiembre, año XIII, 1984, pp. 754-762; Paola Anna Pillitu, «Sull'adottabilità in Italia di misure di protezione riguardanti minori italiani all'estero» en *RDC*, vol. 2, año XXX, 1984, pp. 559-621; VVAA, «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori (l. 4 maggio 1983, n. 184)» en *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n.º 1 y 2, año VII, 1984, pp. 130-159; E. BRAND, «Italie» y G. KOJANEC «Italie», ambos en VVAA, «L'adoption dans les principales législations européennes (Étude de droit interne et de droit international privé)» en *RIDC*, n.º 3, vol. II, 1985, pp. 631-652 y pp. 817-832, respectivamente; Paolo VERCELLONE, «Evolución del régimen jurídico de la adopción en Italia. Aspectos metajurídicos de la acción judicial en materia de protección de menores» en *Aspectos jurídicos de Protección a la Infancia*, Madrid, 1985, pp. 155-174; Angelo DAVI, «Problemi di diritto internazionale privato relativi all'applicazione della nuova legge italiana sull'adozione» en *DFP*, tomo I, año XVII, 1988, pp. 481-511; Massimo DOGLIOTTI, «Affidamento e adozione» en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, vol. VI, tomo 3, Milán, 1990, pp. X-538; Tommaso AULETTA, *Il Diritto de Famiglia*, Turín, 1993, pp. 299-334; Guido ALPA, «VI. La famiglia. Adozione» en *Instituzioni di Diritto Privato*, Turín, 1994; Monica GUGLIEMI, «Adozione del single: rapporti tra norme comunitarie e legislazione statale» en *Giustizia Civile*, 1994, pp. 2110-2113; Alessandra VIVIANI, «Adozione di minori stranieri e principi fondamentali dell'ordinamento italiano» en *Giustizia Civile*, 1994, pp. 433-441; Mario BESSONE y OTROS, «L'adozione e l'affidamento» en *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Bologna, 1995, pp. 270-330; Massimo BIANCA, Guido PATTI y Salvatore PATTI, *Lessico di Diritto Civile*, Milán, 1995, pp. 23-29; Fabrizio COSENTINO, «Le frontiere mobili dell'adozione: interessi del minore, politiche del diritto, prospettive di riforma (a proposito di un recente libro pubblicato negli Stati Uniti)» en *RCDP*, año XIII, n.º 3, 1995, pp. 495-521; Massimo DOGLIOTTI, «L'adozione internazionale e la Convenzione de L'Aja» en *DFP*, 1995, pp. 263-272; Alberto GERMANO, «L'adozione internazionale dalla legge 4 maggio 1983 N. 184 alla Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1983» en *DFP*, 1995, pp. 1567-1591; Gabriela MERGUICI, «Adoptar con el Centro Italiano para la Adopción Internacional» en el *Boletín de Estudios y Documentación del Comité español para el bienestar social (Nuevas Políticas para la infancia y adolescencia)*, n.º 5, Madrid, 1995, p. 87 y ss.; Annamaria DELL'ANTONIO, «Bambini e famiglie nell'adozione internazionale. Il supporto delle istituzioni» en *Diritti e Giustizia*, suplemento al n.º 0, mayo 1996; Massimo DOGLIOTTI, «Il procedimento di adozione nazionale ed internazionale» en *DFP*, año XXV, octubre-diciembre de 1996, pp. 1560-1567; Teresa PICONTÓ NOVALES, *La protección de la Infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*, Zaragoza, 1996; Adriana BEGHÉ LORETI, «Problemi e prospettive dell'adozione internazionale» en VVAA, *Famiglia e adozione internazionale: esperienze normative e servizi*, Dir. Eugenia SCABINI y Pierpaolo DONATI, Studi interdisciplinari sulla famiglia, n.º 15, Milán, 1996, pp. 15-36; Luigi FADIGA, «L'adozione internazionale e i tribunali per i minorenni» en VVAA, *Famiglia e adozione internazionale: esperienze normative e servizi*, Dir. Eugenia SCABINI y Pierpaolo DONATI, Studi interdisciplinari sulla famiglia, n.º 15, Milán, 1996, pp. 37-53; Francesco GALGANO, «Adozione» en *Dizionario Enciclopedico del Diritto*, vol. I, Milán, 1996, pp. 38-39; Giovanni MANERA, «Se i provvedimenti esterle di adozione di minori stranieri abbiano o meno

• *Régimen jurídico de la adopción en Colombia*<sup>58</sup>

La normativa que regula esta materia se basa principalmente en el Código del Menor (Ley 1403, de 18 de diciembre de 1992, que vino a sustituir al Decreto Ley 2737 de 27 de noviembre de 1989, del Código del Menor). Colombia pertenece al grupo de países firmantes del CHAI (mediante la Ley 265 de 25 de enero de 1996), el cual posteriormente ratificó, entrando en vigor para el país el 1 de noviembre de 1998. El Ministerio de Asuntos Sociales de España ha firmado un Acuerdo interinstitucional con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar<sup>59</sup> en materia de adopción el 13 de noviembre de 1995. Este protocolo, como ya se apuntó, funciona en la práctica y ayuda a agilizar enormemente los trámites de las adopciones de menores colombianos por parte de ciudadanos españoles.

La adopción es plena e irrevocable<sup>60</sup>. Por ello, se extinguen los vínculos biológicos con la familia biológica y se crean (parentesco civil) con la del adoptante, adquiriendo el adoptado los apellidos de éste<sup>61</sup>.

El proceso se inicia enviando una solicitud dirigida al organismo competente en materia de adopción del país incluyendo indicaciones acerca del menor que se desea adoptar<sup>62</sup>. Todos los trámites se realizan dentro de la más estricta legalidad y la resolución de adopción es irrevocable. Pue-

afficacia automatica in Italia dopo l'entrata in vigore della legge N. 218 del 1995» en *DFP*, 1996, pp. 1163-1175; Paolo MOROZZO DELLA ROCCA, «Adozione plena, minus plena, e tutela delle radici del minore» en *RCDP*, n.º 4, año XIV, 1996, pp. 683-692; Elena URSO, «L'adozione dei minori. Prime riflessioni su una riforma più volte annunciata» en *RCDP*, año XIV, n.º 3, 1996, pp. 535-560, y de la misma autora, «L'adozione dei minori nella prospettiva di una riforma» en *RCDP*, año XIV, n.º 4, 1996, pp. 711-737; Angelo VACCARO, «L'adozione internazionale e la Convenzione de L'Aja» en *DFP*, año XXV, vol. 25, Iusse 3, 1996, pp. 1127-1162; Gabriella AUTORINO STANZIONE, «Le adozione» en *Diritto di Famiglia*, Turín, 1997, pp. 285-313.

<sup>58</sup> V. sobre la adopción en Colombia: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, *Orientaciones para la adopción de los menores colombianos*, Ministerio de Trabajo, Santa Fé de Bogotá, 1994; Yineth LOZANO PINTO, «La nueva regulación de la adopción en el derecho colombiano» en *ADC*, tomo XLIX, fasc. III, julio-septiembre, 1996, pp. 1183-1189; Claudia Liliana HURTADO FRANCO y José Ignacio ROJO NOREÑA, *Adopción Internacional de menores colombianos y derecho internacional privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fé de Bogotá, 1997; Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, «La protección de la niñez y la adolescencia, contexto político institucional y legal» documento presentado para el *Primer Congreso sobre Adopciones Internacionales*, organizado por ASEFA y celebrado en Madrid en octubre de 1998; Olga VELASQUEZ DE BERNAL, «Las familias adoptantes: realidad e intervención profesional. Actuaciones en Colombia», conferencia pronunciada en la 5.ª mesa redonda del *Primer Congreso sobre Adopciones Internacionales*, organizado por ASEFA y celebrado en Madrid en octubre de 1998; M.ª Jesús DUSSAN LUBERTH, «Convenio de la Haya: problemas de orden práctico en su aplicación. Análisis del procedimiento», conferencia impartida en el *Congreso sobre Adopción Internacional: procedimientos legales e integración social*, organizado por el Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción, celebrado del 25 al 27 de febrero, Barcelona, 1999; Isaac TENA PIAZUELO, «La adopción internacional entre España y Colombia: un breve apunte en relación al Convenio de La Haya» en *Noticias Jurídicas*, marzo, 2003.

<sup>59</sup> El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), con sede en Santa Fé de Bogotá, es el organismo competente en materia de adopción. Se creó por la Ley 75 de 1968 con el fin primordial de: «Proveer la protección del menor y en general, el mejoramiento de la estabilidad y el bienestar de las familias». Posteriormente se reorganiza mediante la Ley 7.ª de 1979 y por el Decreto n.º 2388 del mismo año. Seguidamente se le vuelven a aumentar sus facultades (mediante el Decreto Ley n.º 2737, del Código del Menor, de 1989), concretamente las relativas a la materia adoptiva puesto que se afirma que desde ese momento «Solamente podrán desarrollar programas de adopción, el ICBF y las instituciones debidamente autorizadas por éstos». Tan sólo un año más tarde se volvió a ampliar su ámbito de actuación mediante el Decreto 1471 de 1990.

<sup>60</sup> El art. 88 del Código del Menor dispone que: «La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que lo la tienen por naturaleza».

<sup>61</sup> La Sentencia colombiana C-562 de 30 de noviembre de 1995 estableció que: «(...) la finalidad de la adopción es la de crear entre adoptante y adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos de sangre. No se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos con lazos de sangre (...)».

<sup>62</sup> Los documentos que, en principio, siempre piden las autoridades de este país a los adoptantes son: registro o actas civiles de nacimiento y matrimonio; sentencia de divorcio en caso de matrimonios anteriores; tres cartas de recomen-

de tardarse entre año y año y medio, y los padres (que deben estar casados desde al menos tres años antes de iniciarse los trámites) deben viajar a Colombia para conocer al niño y permanecer allí aproximadamente un mes hasta que se dicte la sentencia judicial de adopción<sup>63</sup>.

Pueden adoptar las personas plenamente capaces, pudiendo tratarse de matrimonios (con el consentimiento de ambos cónyuges), solteros, pareja de hecho (siempre que demuestren que conviven ininterrumpidamente desde hace más de tres años<sup>64</sup>), viudos o separados, siendo la edad mínima para poder adoptar los 25 años. En todo caso, es necesario que los solicitantes garanticen idoneidad física, mental, moral y social para suministrar hogar adecuado y estable a un menor. Tienen prioridad las solicitudes de pareja que carecen hijos o aquellas que teniendo un hijo biológico o adoptivo desean un segundo hijo y solicitan la adopción de grupos de hermanos o de niño/as mayores de siete años o con dificultades físicas o mentales.

Los menores que se pueden adoptar son los que han sido declarados en abandono, los que han sido dados en adopción por sus padres o aquellos cuya adopción la ha autorizado el Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. También pueden adoptarse a los mayores de 18 años siempre que el adoptante hubiere cuidado de él antes de que tuviera los 18 años. En todo caso, el adoptante siempre deberá tener como mínimo 15 años más que el adoptado<sup>65</sup>.

- *Régimen jurídico de la adopción en la República del Perú*<sup>66</sup>

Perú firmó el 3 de agosto de 1990 mediante la Resolución Legislativa n.º 25278 la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificándola en octubre de 1990<sup>67</sup>. Los principios vigentes en esta Convención han sido recogidos en el «Código de los Niños y Adolescentes»<sup>68</sup> (promulgado por la Ley 27337, de 21 de julio de 2000, pro-

---

dación (expedidas por personas que conozcan a los solicitantes, las cuales deben aportar una fotocopia de su DNI, que certifiquen su capacidad para adoptar); justificante de su capacidad económica (certificado de empresa y declaración de renta); compromiso de seguimiento de la CA; autorización de la Dirección General de la Policía para la entrada del menor en España; en caso de matrimonios anteriores, se deben presentar las sentencias de separación o divorcio donde consten las razones que lo motivaron; fotografías de los solicitantes (tamaño carnet), de la pareja y de su domicilio; certificado de idoneidad; certificado médico (en el que conste el estado físico así como la ausencia de enfermedad mental) e informes psicosociales.

<sup>63</sup> Tras la Circular n.º 001731 de 4 de mayo de 1999 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, todos los ciudadanos extranjeros que vayan al país a realizar trámites administrativos o judiciales de adopción deberán solicitar a los Consulados de Colombia que correspondan la visa temporal de visitante especial, que para los ciudadanos españoles está exenta del pago de tasas. Los requisitos que deben presentarse para solicitar este tipo de visado son los siguientes: escrito de la entidad colombiana acreditando la asignación del menor; pasaporte original y dos fotocopias de la hoja que contenga los datos de identidad; dos fotografías de cada uno de los adoptantes; y diligenciar dos formularios que se entregarán en los respectivos Consulados.

<sup>64</sup> Se consideran pruebas idóneas para demostrar en Colombia la convivencia extramatrimonial las cinco que se hallan recogidas en el art. 105 del Código del Menor.

<sup>65</sup> La asignación de menores según la edad del solicitante se realiza de la siguiente manera: de 0 a 3 años: solicitantes de 25 a 30 años; de 3 a 6 años: solicitantes de 36 a 44 años; y para los mayores de 7 años: solicitantes de más de 45 años.

<sup>66</sup> Información recopilada básicamente en su totalidad en la Oficina de Adopciones perteneciente a la «Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia» del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH) de la ciudad de Lima (Perú). Hay que tener en cuenta que desde el 1 de mayo de 2002 Perú suspendió la constitución de adopciones así como la recepción de nuevos expedientes de adopción internacional salvo los de la campaña de sensibilización (niños con necesidades especiales).

<sup>67</sup> V. Fermín G. CHUNGA LAMONJA, «La adopción de menores en Perú y la Convención sobre los Derechos del Niño» en *Revista de Derecho Vox Juris*, Universidad San Martín de Porres, año 3, n.º 3, 1993, pp. 113-120.

<sup>68</sup> V. una breve referencia a este Código de los Niños y Adolescentes de Perú en el artículo de Diego ESPÍN CÁNOVAS, «Aproximación a la Ley Orgánica de protección jurídica del menor de 15 de enero de 1996» en *ARAJL*, n.º 27, 1997,

mulgada el 2 de agosto de 2000 y publicada el 7 de agosto del mismo año<sup>69</sup>). El 16 de noviembre de 1994 firmó el CHAI (que posteriormente ratificó el 14 de septiembre de 1995 y que entró en vigor el 1 de enero de 1996), lo cual es muy importante puesto que para que los extranjeros (e incluso los peruanos no residentes en Perú) puedan adoptar a un menor peruano es obligatorio que exista un convenio en materia de adopción internacional. La Ley más importante en esta materia es la n.º 26981 de 3 de octubre de 1998 de Procedimiento Administrativo de Menores de Edad declarados judicialmente en abandono (que sustituyó a la promulgada el 3 de octubre de 1994), ley que ha sido desarrollada por el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo n.º 001-99. El Ministerio de la Presidencia del Perú ha firmado un Protocolo con el Ministerio de Asuntos Sociales de España en materia de adopción internacional el 21 de noviembre de 1994.

El órgano competente en el país para tramitar adopciones es la Oficina de Adopciones (en adelante OA), que es la Autoridad Central<sup>70</sup> en materia de adopciones y tiene competencias normativas y de control. Pertenece a la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH), creado el 29 de octubre de 1996. La OA cuenta con un Consejo de Adopciones<sup>71</sup>, que se encarga de desarrollar el programa de adopción, asesorar y supervisar el funcionamiento de las instituciones autorizadas a desarrollar programas de adopción, proponer la firma de convenios en materia de adopción con los gobiernos de otros países y firmar estos convenios con las instituciones autorizadas por sus respectivos gobiernos. La Resolución Ministerial n.º 459-94-PRES aprobó un reglamento que autoriza a instituciones públicas o privadas a desarrollar programas de adopción, previa evaluación y autorización del PROMUDEH. Estas instituciones<sup>72</sup> garantizarán plenamente los derechos de los menores a su cargo, que únicamente podrán entregar una vez que se hayan cumplimentado todos los requisitos según lo que prevé la Ley.

Actualmente no se permite adoptar a las parejas no casadas. En un principio se permitía a los solteros adoptar, estuvieran casados o no (siempre que tuvieran entre treinta y cuarenta y cinco años y fueran heterosexuales, si bien sólo podían adoptar niños con más de tres años), pero la legislación ha cambiado tras el Consejo de Adopciones de 23 de septiembre de 1998, al estimarse que es interés superior del niño el contar con padre y madre casados. Los matrimonios que deseen adoptar deben tener una diferencia de edad mínima de 18 años con el adoptado y no deben tener más de 55 años, pues de ser así, solo podrán adoptar niños mayores de siete años<sup>73</sup>. Excepcionalmente se atenderán solicitudes de personas de hasta 60 años como máximo siempre que deseen adoptar a un niño mayor de seis años o con discapacidad. En caso de que los adoptantes cuenten con hijos biológicos, éstos deberán estar de acuerdo con la decisión de sus padres. Se les exige a

---

pp. 107-133 (en particular, pp. 114-115). V. con anterioridad al Código, Javier ROLANDO PERALTA ANDIA, *Derecho de Familia en el Código Civil*, Lima, 1996, pp. 299-318; Gerardo TREJOS, «La protección internacional de la familia y de los menores» en *Revista de Derecho Vox Juris*, Universidad San Martín de Porres, año III, n.º 3, 1993, pp. 219-233.

<sup>69</sup> Que vino a sustituir al promulgado por el Decreto Ley n.º 26102 del 24 de diciembre de 1992.

<sup>70</sup> Las oficinas de adopciones del interior del país dependen de la central y también cumplen funciones de carácter normativo y de control. Se encargan de proponer, ejecutar y fiscalizar la política a seguirse en materia de adopciones, así como de desarrollar programas de adopción en el ámbito local de su jurisdicción de acuerdo con la política y autorización de la OA central.

<sup>71</sup> El Consejo de Adopciones está integrado por seis miembros: dos representantes del PROMUDEH, uno del Ministerio de Justicia y tres de colegios profesionales de psicólogos, abogados y asistentes sociales respectivamente.

<sup>72</sup> V. sobre las instituciones que participan en el proceso adoptivo en Perú, Patricia CÁCERES DE VILLACORTA, «Intervención de los organismos responsables del bienestar de la infancia. Los menores susceptibles de adopción internacional», conferencia pronunciada en la 3.ª mesa redonda del *Primer Congreso sobre Adopciones Internacionales*, organizado por ASEFA y celebrado en Madrid en octubre de 1998.

<sup>73</sup> Los menores de 0 a 3 años podrán ser adoptados por personas de entre 25 y 25 años; los que tengan entre 4 y 5 años, por personas de entre 36 y 45 años. Si el menor es mayor de 6 años, podrá ser adoptado por personas de entre 46 a 55 años.

los adoptantes: solvencia moral, estabilidad emocional, optimismo, confianza, seguridad y capacidad de respetar al menor. Deben disfrutar de una capacidad intelectual normal, lo que se traduce en el caso de las parejas en que por lo menos uno de los cónyuges tenga secundaria completa o su equivalente. Además, deben tener una estabilidad económica así como una vivienda que garantice la atención de las necesidades básicas de alimentación, salud y educación del adoptado<sup>74</sup>.

Una vez presentada la oportuna solicitud<sup>75</sup> los preadoptantes que reúnen todos los requisitos (lo cual es valorado por la OA, pues es a ella donde ha de enviarse toda la documentación solicitada), son declarados aptos por este mismo órgano e inscritos en el Registro de Preadoptantes Aptos. Posteriormente el Consejo de Adopciones de la OA designa a un menor con auto de abandono (dictado por el Juez tras una investigación tutelar previa, el cual establece su situación de abandono físico y moral, o sea, abandono total). El Juez dispone la guarda provisional del menor a cargo de los preadoptantes aptos por un periodo de diez días y ordena el externamiento. Establecida la empatía entre los adoptantes y el menor de edad designado<sup>76</sup> (constatable mediante un informe de control de guarda elaborado por el asistente social adscrito al Juzgado), y tras permanecer aproximadamente dos meses en el país y ratificar ante notario la solicitud, se inicia el proceso legal de adopción a cargo de la OA que emite una resolución administrativa en virtud de la cual constituye la adopción, puesto que tras la Ley 26981 la constitución de la adopción ha dejado de ser competencia judicial. En esa resolución administrativa se solicita de oficio que se anule la antigua partida de nacimiento y que se expida una nueva en la que no conste la calidad de hijo adoptivo. El proceso de adopción suele durar aproximadamente de ocho meses a un año.

La adopción es plena pues produce la ruptura con los padres biológicos y la generación del vínculo de filiación entre el adoptado y los adoptantes, con lo que el menor se integra en la familia adoptiva como hijo en todos los sentidos, e irrevocable.

- *Régimen jurídico de la adopción en Rumania*

Rumania firmó el CHAI el 29 de mayo de 1993, ratificándolo posteriormente (concretamente el 28 de diciembre de 1994, mediante la Ley 84/1994). Dicho Convenio entró en vigor el 1 de mayo de 1995. También Rumania tiene firmado con España un Protocolo para la coordinación de las adopciones internacionales<sup>77</sup> de fecha de 2 de abril de 1993. La legislación nacional en mate-

---

<sup>74</sup> Los documentos que exigen las autoridades peruanas y que en su mayoría se encuentran enumerados en el art. 7 del Protocolo de adopción internacional firmado entre España y Perú en 1994, son: carta de solicitud dirigida a la Directora de la Secretaría Técnica de Adopciones según el modelo establecido, 3 cartas de honorabilidad, copias de los pasaportes, certificado de nacimientos de los hijos (en caso de que los hubiera), certificado de matrimonio, certificado de nacimiento de los solicitantes, fotografía de los solicitantes, del hogar y entorno familiar, certificado de idoneidad, informes psicosociales, certificado de penales, certificado médico oficial (físico y mental), certificado de requisitos de la entrada del menor, certificado de residencia (empadronamiento) y compromiso de seguimiento de la CA.

<sup>75</sup> De acuerdo a lo previsto en el Código de los Niños y Adolescentes (art. 130) «*Los extranjeros no residentes en el Perú que desearan adoptar a un niño o adolescente peruano presentarán su solicitud de Adopción, por medio de los representantes de los centros o instituciones autorizados por ese país para tramitar adopciones internacionales. Lo harán ante la Oficina de Adopciones o las instituciones públicas debidamente autorizadas por ésta. Estas organizaciones actuarán respaldadas en convenios celebrados entre el Estado del Perú y los Estados correspondientes, o entre los organismos reconocidos por su Estado de origen y el Estado Peruano*». V. Gloria GONZÁLEZ NAVARRO, «Las familias adoptantes: realidad e intervención profesional. Actuaciones en Perú», conferencia pronunciada en la 5.ª mesa redonda del *Primer Congreso sobre Adopciones Internacionales*, organizado por ASEFA y celebrado en Madrid en octubre de 1998.

<sup>76</sup> Los adoptandos mayores de diez años tienen derecho a manifestar su decisión de ser adoptados o no, decisión que se considera vinculante.

<sup>77</sup> En el Anexo al Protocolo entre el Comité Rumano de adopciones y el Ministerio de Asuntos Sociales español se encuentran enumerados quienes pueden adoptar en Rumania así como cuáles son los niños adoptables en dicho país, a la

ria de adopción está compuesta básicamente por la Ley 11/1990 sobre el acepto de la adopción del Parlamento de Rumania, por la Ordenanza de Urgencia sobre adopción n.º 25, de 12 de junio de 1997 (aprobada por la Ley 87/1997) y por la Ordenanza de Urgencia sobre la protección del niño en dificultades n.º 26 de 12 de junio de 1997<sup>78</sup>. También es importante la Decisión del Gobierno 16/1997, sobre criterios de autorización de los organismos privados que desenvuelven actividades en el campo de la protección de derechos del niño por medio de la adopción así como la Decisión del Gobierno 502/1997 en lo que concierne a la organización y funcionamiento del Comité Rumano de Adopciones (el CRA). En enero de 2001 se dictó la Ordenanza de Urgencia 12/2001 relativa a la creación de la Autoridad Nacional para la Protección del Niño y Adopción, por lo que desde entonces el CRA ha pasado a ser un departamento de la Autoridad Nacional para la Protección del Niño y Adopción.

Por lo que respecta a los requisitos de los adoptantes, en Rumania pueden adoptar matrimonios, que siempre tendrán preferencia (habrán de llevar tres años casados como mínimo, si bien en determinados casos se admiten matrimonios con menos de tres años de casados), así como los solteros, pero no las parejas de hecho. En ningún caso han de tener más de dos hijos biológicos. La diferencia de edad que deben tener con el adoptado tiene que ser como mínimo de 18 años, y como máximo de 35 para la madre y 40 para el padre. Los adoptandos, por su parte, habrán de ser niños registrados desde hace más de seis meses por el Comité Rumano de Adopciones Agencia Nacional de Protección a la Infancia), que es el organismo competente. Deben ser siempre menores de edad al tiempo de constituirse la adopción. Todos los documentos<sup>79</sup> que se presenten deben estar traducidos al rumano y siempre es preceptiva la intervención de las ECAIS, que son acreditadas por un periodo de un año. La adopción es plena, irrevocable y es constituida por el Juez.

El 6 de abril de 2001 el Comité Rumano de Adopciones, argumentando que el país se había visto sometido a la presión internacional como consecuencia de las múltiples denuncias de importantes irregularidades en la tramitación de los expedientes de adopción (tales como excesivos costes o enriquecimientos injustos), tomó la drástica decisión de suspender provisionalmente todas las tramitaciones de las adopciones internacionales, si bien las solicitudes que ya se encontraban en curso de tramitación serán atendidas. Lo que Rumania pretende es garantizar de una manera más fehaciente el principio de subsidiariedad de la adopción internacional frente a la nacional así como modificar el sistema de «puntos»<sup>80</sup> por el que se realizaban las asignaciones. Hasta el momento (marzo de 2003) la situación no se ha resuelto y las familias españolas no han obtenido respuestas claras sobre su situación<sup>81</sup>.

---

vez que se enumeran diferentes aspectos del procedimiento por el que va a desarrollarse la adopción. No obstante, este protocolo no suele aplicarse realmente en la práctica.

<sup>78</sup> V. Cristian TABACARU, «La adopción internacional en Rumania» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.

<sup>79</sup> Los documentos (debidamente actualizados, legalizados y traducidos al rumano) que Rumania solicita a los adoptantes son: solicitud dirigida al organismo competente en materia de adopción del país, certificado de matrimonio, certificado de nacimiento (del solicitante y de los hijos que tuviere), certificado de idoneidad, informes psicosociales, certificado de antecedentes penales, certificado de solvencia económica, certificado médico oficial, documento expedido por la Dirección General de la Policía española en el que se autorice la entrada del menor en España y el compromiso de aceptar el seguimiento posterior a la adopción durante, al menos, dos años o cuando así lo requiera el Comité Rumano de Adopciones.

<sup>80</sup> Los «mejores» niños eran preasignados a las familias que tenían más puntos (que se otorgaban con base en criterios un tanto dudosos).

<sup>81</sup> Precisamente ha sido a raíz del problema con Rumania por lo que los recientes decretos autonómicos permiten la tramitación en dos Estados cuando en uno de ellos el proceso se paralice. En este sentido, por ejemplo, el art. 41. 2 del Decreto 5/2003, de 14 de enero, del procedimiento y valoración de solicitudes de adopción internacional y acogimiento familiar y selección de adoptantes y acogedores establece que: «Con carácter general, no podrán tramitarse simultáneamente dos o más

- *Régimen jurídico de la adopción en la Federación de Rusia*

Constituir una adopción en Rusia puede ser complicado debido a las barreras administrativas de las autoridades rusas que, además, no pueden hacer frente a las redes ilegales que existen. La legislación estatal está compuesta por el Reglamento n.º 917 de la adopción de niños de nacionalidad rusa, por ciudadanos de la Federación Rusa y extranjeros (aprobado por la Disposición del Gobierno de la Federación rusa el 15 de septiembre de 1995), y sobre todo, por el Código del Matrimonio y de la Familia de la URSFR de 1996, por la Ley Federal de 30 de junio de 1998 de la Federación Rusa que modifica y complementa el Código de Familia y por la Orden Ministerial n.º 2482 del Ministerio de Educación de la Federación de Rusia de 28 de junio de 2002. La Federación Rusa no ha ratificado el CHAI (aunque sí lo firmó el 7 de septiembre de 2000), ni tampoco un Protocolo bilateral con España.

La tramitación de la adopción<sup>82</sup>, que es plena<sup>83</sup>, debe realizarse necesariamente a través de una ECAI<sup>84</sup>, siendo el organismo competente en el país el Ministerio de Educación así como todas las delegaciones (órganos administrativos) que éste posea en todo el territorio. Pueden adoptar los matrimonios (exigiéndose que al menos uno de los cónyuges tenga 25 años o más, tal y como sucede en nuestro país) y los solteros mayores de edad. En ambos casos se debe tener al menos 16 años más que el adoptado<sup>85</sup> y siempre más de veinticinco años. En este país no se admite la adopción por parte de las parejas de hecho. Los adoptados han de ser menores de edad, huérfanos, abandonados, con padres privados de la patria potestad o que hayan manifestado por escrito su conformidad a la adopción. Para poder constituir la adopción debe existir un acta favorable de las delegaciones de Interior.

Los adoptantes han de viajar a Rusia para conocer al menor asignado. Posteriormente han de solicitar por escrito la confirmación del Ministerio de Educación de que el niño ha estado registrado en el Banco de Datos. También han de llevar a cabo la solicitud para demandar la adopción del menor. La adopción, que tiene carácter secreto, se lleva a cabo por decisión administrativa del comité ejecutivo del *Soviet* (máxima autoridad del municipio equivalente al ayuntamiento). Únicamente transcurridos diez días tras la adopción se permite al menor salir del país. Como la adop-

---

*solicitudes de adopción internacional, salvo cuando en un país se paralice la tramitación de todos los expedientes de adopción internacional ya iniciados, sin que se pueda prever su reanudación en plazo próximo. En caso de producirse la reanudación de los expedientes paralizados, los solicitantes deberán optar por uno de los dos abiertos y desistir del otro).* Otras CCAA han modificado en este punto su normativa autonómica, como por ejemplo hace la Resolución de 26 de noviembre de 2001 de Canarias, por la que se acuerda temporalmente la admisión y tramitación de solicitudes de adopción internacional en Rumania y excepcionalmente tramitar un mismo expediente en varios países a los solicitantes de adopción en Rumania.

<sup>82</sup> Las autoridades rusas exigen la presentación de: una solicitud dirigida al organismo competente en materia de adopción del país, certificado de matrimonio, certificado de idoneidad, informes psicosociales, certificado de ingresos o certificado expedido en el lugar de trabajo, indicando el sueldo anual, certificado médico oficial y permiso de entrada y residencia expedido a favor del niño adoptado.

<sup>83</sup> En Rusia hay casi noventa regiones (que podrían ser equiparadas a los efectos que aquí interesan a nuestras CCAA) y en algunas de ellas (principalmente las caucásicas, como Chechenia o Rusetia), debido a su religión musulmana, se ponen muchos inconvenientes a la realización de adopciones internacionales. Pese a ello, puede afirmarse que, con carácter general, la Federación Rusa reconoce y admite la adopción plena de sus menores nacionales por parte de ciudadanos extranjeros.

<sup>84</sup> V. Vladímir RIAZANTSEV, «Las familias adoptantes: realidad e intervención profesional. Actuaciones en la Federación de Rusia», conferencia pronunciada en la 5.ª mesa redonda del *Primer Congreso sobre Adopciones Internacionales*, organizado por ASEFA y celebrado en Madrid en octubre de 1998. Rusia ha estado barajando, desde principios del año 2001, la inclusión en su normativa de la obligación de que las ECAIS que actúen en su territorio tengan como mínimo cinco años de antigüedad en el desarrollo de las funciones de tramitación de adopciones internacionales. Si esta norma llega a aprobarse, muchas ECAIS españolas verán retirada su acreditación para poder trabajar con dicho país y pocas podrán optar a ser acreditadas en el mismo.

<sup>85</sup> La asignación de menores según la edad de los solicitantes se lleva a cabo de la siguiente manera: de 0 a 4 años: solicitantes de 25 a 25 años; de 4 a 7 años: solicitantes de 36 a 42 años; de 7 a 8 años: solicitantes de 43 a 45 años; y si el menor tiene más de 8 años, el solicitante deberá ser mayor de 45 años, sin límite de edad.

ción (que sólo es revocable en casos excepcionales mediante decisión judicial en pro del interés del niño) es plena, se produce una ruptura de los vínculos que existían con sus padres biológicos y el nacimiento de estos vínculos con los adoptantes y sus familias. Pese a ello, han de enviarse periódicamente a la autoridad rusa competente los informes de seguimiento postadoptivos.

### 2.1.2. Clases y problemas de las adopciones no plenas

Otros países<sup>86</sup>, como es el caso de Francia<sup>87</sup> o de Portugal<sup>88</sup>, regulan junto a la adopción plena, o bien con carácter exclusivo, la llamada adopción simple, en la que, si bien se crean vínculos de filiación entre el adoptado y la familia adoptiva, no se rompen los vínculos del adoptado con su familia de origen, por lo que la misma puede quedar sin efecto<sup>89</sup>. RODRÍGUEZ BENOT<sup>90</sup> dife-

<sup>86</sup> V. una síntesis clara de los sistemas vigentes en países de nuestro entorno, en Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 69 y ss. En Alemania, por ejemplo, esta figura no es admisible para los menores de edad, pero sí para los mayores de edad en los supuestos previstos en el art. 1767 del BGB, o sea, cuando la adopción esté justificada moralmente debido a que con anterioridad a la mayoría de edad del adoptado se hubiesen establecido vínculos paterno filiales entre adoptante y adoptado. En estos supuestos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la adopción de menores con las siguientes diferencias: no se crearán relaciones de parentesco entre el cónyuge del adoptante y el adoptado, ni entre el cónyuge del adoptado y el adoptante; subsistirán los derechos y obligaciones del adoptado y sus descendientes respecto de la familia biológica, salvo que la ley disponga lo contrario y, por último, el derecho de alimentos es *prioritario* entre adoptante y adoptado y sus descendientes. Esta adopción simple de un mayor de edad es revocable, al aplicarse lo previsto en el art. 1769 BGB para la revocación de las adopciones de los menores de edad. El mismo origen que el expuesto (esto es, la imposibilidad de poder constituir una adopción plena) tiene en Italia la denominada «adopción particular», que puede ser constituida en tres supuestos diferentes: (i) la adopción del hijo del cónyuge del adoptante, ya sea biológico o adoptivo; (ii) la adopción de parientes huérfanos hasta el sexto grado o de las personas que tenían con el adoptado una relación afectiva estable con anterioridad a la desaparición de los padres biológicos; y (iii) el fracaso o la imposibilidad de constituir un acogimiento preadoptivo.

<sup>87</sup> Francia es el segundo país del mundo, tras EEUU, de recepción de menores (llegaron en 1998, 3777 niños adoptados en el extranjero). Puede adoptarse de forma simple tanto a mayores como a menores de edad. La adopción simple, que se utiliza básicamente en los casos de adoptandos que no pueden ser adoptados de forma plena, puede transformarse en plena si se dan los requisitos para ello. V., sobre la adopción en Francia, FRANCISCO VEGA SALA, «La reciente reforma de la adopción en Francia (Ley de 11 de julio de 1966 y Decretos de 2 de diciembre de 1966 y 12 de enero de 1967)» en *ADC*, tomo 20, fasc. 3, 1967, pp. 565-573; D. HUET-WEILLER «France» y J.-M. BISCHOFF, «France», ambos en *VVAA*, «L'adoption dans les principales législations européennes (Étude de droit interne et de droit international privé)» en *RIDC*, n.º 3, vol. II, 1985, pp. 611-630 y pp. 799-816, respectivamente; Jean-Pierre ROSENCZVEIG, «La adopción y acogimiento familiar en Francia» en *Menores*, Cuarta Época, n.º 2, 1987, pp. 29-48; Joanna GREENFIELD, «Intercountry adoption: a comparison between France and England» en *Adoption & Fostering*, vol. 19, n.º 2, 1995, pp. 31-36; Alain BÉNAVENT, *Droit Civil: La Famille*, París, 1998, pp. 481-507; Danielle HOUSSET, «Un impossible circulaire: Lecture de la Circulaire du 16 février 1999 (parue au J.O. du 2 avril) du ministère de la Justice, relative à l'adoption internationale» en *ACCUEIL (Enfance et Familles d'adoption)*, n.º 2, mayo, 1999, pp. 30-32; Frédérique GUIMELCHAIN, *L'adoption en 10 leçons. Toutes les démarches pas à pas*, Genève, 1999. Para GUIMELCHAIN, la adopción plena francesa puede ser definida como «L'adoption plénière entraîne la rupture totale des liens de filiation de l'enfant avec sa famille d'origine. Elle assimile l'enfant adopté à l'enfant légitime (enfant né d'un mariage): l'un et l'autre ont les mêmes droits. Elle ne peut concerner que les enfants de moins de quinze ans» mientras que «L'adoption simple confère à l'adoptant l'autorité parentale; l'adopté ajoute au sien le nom de l'adoptant et il dispose des mêmes droits successoraux qu'un enfant légitime. Mais il conserve tous ses droits dans sa famille d'origine. L'adoption simple est révoquée mais le jugement de révocation doit être motivé». V. pp. 139-140 de la *ob. cit.*

<sup>88</sup> V., por todos, Almiro RODRIGUES, «A adopção: um antes; e depois?» en *Infância e Juventude (Revista do Instituto de Reinserção Social)*, Ministério da Justiça, n.º 2, abril-junio, 1997, pp. 31-70.

<sup>89</sup> La adopción es revocable, por ejemplo, en los siguientes países: Bulgaria, Dinamarca, Hungría, Israel, Rumania y Yugoslavia. En otros países la revocabilidad tiene unos límites, pero puede producirse. Éste es el caso de Suiza, donde se puede anular una adopción si concurren vicios del consentimiento en la misma, si bien únicamente en los dos años siguientes de haberse constituido. En Gran Bretaña o en Sri Lanka así como en algunos países de América Latina, la revocación puede darse si se va a producir una nueva adopción.

<sup>90</sup> Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apdo. 5, del Código Civil en materia de adopción internacional» en *REDI*, vol. LI, n.º 2, 1999, p. 812.

rencia la adopción simple de la plena en uno, varios o todos de los siguientes puntos: «(...) por un lado en que aquella el vínculo jurídico entre el hijo adoptivo y la familia de origen no se quiebre totalmente; por otro lado, en que quepa la revocación de la adopción ya constituida (por voluntad ora del hijo adoptivo, ora del adoptante, ora mutua); en tercer lugar, en que los ordenamientos que conservan la adopción simple no le otorguen los mismos efectos que a la adopción plena en lo que concierne al contenido de la filiación (relaciones paterno-filiales); y, por fin, en que la autoridad extranjera ante la que se constituya la adopción no posea carácter judicial».

El problema principal con el que se encuentra el adoptante español que ha constituido una adopción de estas características es el de su reconocimiento, puesto que, como afirma BALLESTEROS DE LOS RÍOS<sup>91</sup>, siguiendo los términos en los que se expresa la R.D.G.R.N. de 1 de septiembre de 1995 (sobre eficacia en España de adopción simple constituida en El Salvador)<sup>92</sup> «no hay ninguna norma de Derecho internacional privado español ni ningún compromiso internacional asumido por España que obligue a nuestro país en el sentido de convertir automáticamente la adopción simple constituida en el país de origen en la adopción con plenitud de efectos prevista en el país de acogida».

Partiendo de la clasificación propuesta por DE LORENZO BROTONS<sup>93</sup>, que a su vez sigue en este punto a CALVO BABIO, pueden diferenciarse cuatro tipos de estas adopciones en función de los efectos y de los vínculos creados por las mismas.

#### **a) Adopciones simples propiamente dichas. La kafala islámica y la «adopción» en la República de La India**

Estas adopciones no crean vínculo alguno entre el adoptado y sus adoptantes, por lo que consecuentemente no originan la destrucción de los mismos entre el adoptado y su familia biológica. Básicamente<sup>94</sup> son las que se llevan a cabo en los países árabes (mediante la institución de la *Kafala*) y en la República de La India. No obstante, existe una importante diferencia en el régimen jurídico existente en los países citados: mientras que en la mayoría de los países islámicos no es posible adoptar a un menor, ni tampoco se permite la salida del mismo para que la adopción se constituya en el Estado extranjero, en La India, sin embargo, sí se reconoce la adopción con carácter general, pero lo que no se admite es que un extranjero constituya una en su territorio, permitiéndose que el menor salga del país (normalmente bajo una institución de protección de menores, que pudiera identificarse a rasgos generales, con lo que en nuestro Derecho se entiende por acogimiento preadoptivo) para ser adoptado en el país del adoptante según lo previsto en la legislación nacional de éste.

<sup>91</sup> María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera» en *ArC*, tomo I, 1999, p. 1751.

<sup>92</sup> V. un comentario a esta Resolución (que trata un caso de adopción constituida con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo art. 9.5 CC tras la LO 1/1996), Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, «Nota a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1995» en *REDI*, vol. XLVIII, n.º 1, 1996, pp. 362-364. V. también sobre adopción simple salvadoreña, Carlos ESPLUGUES MOTA, «Reconocimiento en España de adopciones simples constituidas en el extranjero (En torno a la Resolución D.G.R.N., de 27 de enero de 1996, sobre inscripción de adopción salvadoreña)» en *AJA*, año VI, n.º 250, 1996, pp. 1-4.

<sup>93</sup> Cristina DE LORENZO BROTONS, «Adopciones internacionales irregulares o no reconocidas en España: situación jurídica de los menores extranjeros desplazados a España con motivo de su adopción» en *RMTAASS*, n.º 20, 1999, p. 105 (V. nota n.º 12).

<sup>94</sup> La Circular de 16 de febrero de 1999 del Ministerio de Justicia francés determinó qué países tienen «prohibida» la adopción: Argelia, Comores, Bangladesh, Irán, Malasia, Mauritania, Sudán, Egipto, Libia, Marruecos y Pakistán.

- *La adopción en los países musulmanes: la kafala*<sup>95</sup>

Los países musulmanes (tales como Marruecos o Argelia) sólo reconocen una categoría de niños: los nacidos legítimos<sup>96</sup>. No contemplan la figura de la adopción dentro de sus legislaciones puesto que la consideran contraria a su religión<sup>97</sup>. La *Charia* Islámica (Ley del Corán) no sólo no concede valor alguno a la adopción, sino que en diversos pasajes la prohíbe<sup>98</sup>. Sería impensable que se permitiera a extranjeros no residentes en el país y que no profesan la religión musulmana<sup>99</sup>, «adoptar» a un menor. La institución más parecida a la adopción (aunque en realidad se parece más al acogimiento permanente del art. 173 bis. 2 CC) es una especie de guarda legal llamada *kafala*, que es regulada de diferente manera en los países islámicos. Esta institución no crea ningún vínculo de filiación o parentesco entre el menor y la familia que lo acoge, manteniendo ambos el mismo estado civil que ostentaban con anterioridad a su constitución. Con carácter general, consiste en que el padre o la madre biológicos de un menor (o bien ambos conjuntamente) entregan a su hijo a una pareja sin hijos (previa firma de un contrato aprobado por el *abdul*) que se compromete a mantenerlo. En Marruecos<sup>100</sup> por ejemplo, la *kafala* se constituye mediante autoriza-

<sup>95</sup> V. Témi TIDAFI, «La kafalah: une réponse culturelle et religieuse» en *Familles de substitution*, Atelier, Forum mondial des ONG, Malta, 1993.

<sup>96</sup> V. M.<sup>a</sup> Asunción ASÍN CABRERA, «La imagen del menor en el Derecho de Familia islámico: Problemas culturales de identidad e integración» en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*, Madrid, 1999, pp. 155-166.

<sup>97</sup> V. Martine AUDUSSEAU-POUCHARD, «La posición de las diferentes religiones» en *Adoptar un hijo hoy*, Barcelona, 1997, pp. 265-269. Concretamente, MANDIROLA BRIEUX sostiene que: «El concepto de la adopción en el Derecho Islámico no abarca la incorporación de un individuo extraño al grupo familiar que lo acoge, de hecho la figura de la adopción plena no existe. Se trata de una figura que se relaciona con un deber de solidaridad y de humanismo, pero preservando la identidad propia del adoptado. (...) La idea básica de la adopción es el principio de no dejar a nadie en el desamparo, un musulmán no debe hacerlo». Pablo MANDIROLA BRIEUX, *Introducción al Derecho Islámico*, Madrid, 1998, p. 113.

<sup>98</sup> El Corán establece que: «Dios no adopta» y «a vuestros hijos adoptivos, Alá no los convierte en vuestros hijos biológicos» y continúa «(...) Él no ha hecho a tus hijos adoptivos tus hijos (...) Llámale por los nombres de sus padres: ello es justo para Dios. Pero si no conoces los nombres de sus padres, llámale como tus hermanos en la fe (...)». Como sostiene TIDAFI, «Estos versos están abiertos a la interpretación, lo que explica que la kafalah es en la práctica diferente según el país. Mientras que todos los países, con excepción de Túnez, prohíben la adopción sin reservas, más y más juristas y estudiosos de los preceptos del Corán encuentran los versos citados abiertos a la interpretación». Témi TIDAFI «La kafalah: une réponse culturelle et religieuse» en *Familles de substitution*, Forum mondial des ONG, Malta, 1993, p. 8. No obstante, con carácter general puede afirmarse que para esta religión, todos los musulmanes pertenecen a Dios, por lo que no es posible dar el apellido a un menor acogido. Pese a ello, como se ha apuntado, la situación no es la misma en todos los países islámicos (y como se verá, en Argelia, actualmente, sí es posible dar el apellido al menor acogido bajo la *Kafala*). V. Salomé ADROHER BIOSCA, «Adopción de menores africanos en Europa» en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*, Madrid, 1999, pp. 143-154 (en especial, p. 149). Túnez, que es uno de los países más progresistas, introdujo (mediante la Ley n.º 58-27, de 4 de marzo de 1958, sobre tutela pública, tutela oficiosa y adopción) la institución de la adopción (de una manera muy similar a nuestra adopción plena) en su legislación, si bien reservada exclusivamente a adoptantes no musulmanes.

<sup>99</sup> Para solventar este inconveniente, en la práctica, los adoptantes se convierten «temporalmente» al Islam.

<sup>100</sup> V. el DAHIR n.º 1-93-165 de 10 de septiembre de 1993 y art. 83.3. del Código del Estatuto Personal y de Sucesiones marroquí. Deben aportarse los siguientes documentos (todos ellos traducidos por traductor jurado al francés): partida literal o extracto de nacimiento de cada uno de los esposos, certificado de matrimonio de al menos tres años de antigüedad, certificados médicos, certificado de contrato de trabajo así como de los ingresos económicos de cada cónyuge, informe psicosocial, certificado de antecedentes penales y dos fotografías de cada cónyuge. Una vez en Marruecos, deberán también presentar: la demanda legalizada de adopción, un certificado legalizado de residencia durante el proceso, fotocopias compulsadas en Marruecos de los certificados de conversión de los cónyuges, una carta de presentación del Cónsul español, si se adopta en Rabat (previa presentación del informe de idoneidad expedido por la Comunidad Autónoma correspondiente), certificado de residencia durante el proceso y fotocopias compulsadas en Marruecos de los pasaportes de cada uno de los esposos.

ción administrativa y acta notarial. Se precisará, en los supuestos analizados, además, una autorización judicial para viajar fuera de Marruecos junto al menor en cuestión.

La legislación musulmana que más concreta esta figura es la argelina<sup>101</sup>. En este sentido, el art. 116 del Código de Familia de Argelia, establece que: «*El negocio jurídico a través del cual una persona toma a su cargo a un menor, de manera voluntaria, para mantenerlo, educarlo y protegerlo como lo hiciera un padre para su hijo. Esta obligación surge a partir de un acto jurídico*». Mientras que el art. 118 del mismo cuerpo legal dispone: «*La persona (siempre un hombre, nunca una mujer) con título para cuidar a un niño o kafil debe ser musulmán, sensible, honesto, capacitado para ofrecer apoyo y protección al niño o makfoul (acogido)*». La *Kafala* otorga la tutela legal del menor, la administración de sus bienes e incluso la posibilidad de designarlo legatario (tal y como recogen los arts. 121 a 123 de la ley argelina). A partir de la *fetwa* otorgada por el Consejo Superior Islámico Argelino en 1991<sup>102</sup>, el *kafil* puede dar su apellido al menor acogido. Como sostiene RODRÍGUEZ BENOT<sup>103</sup>, «*(...) por su contenido y finalidad la kafala se configura tan sólo como una institución protectora de carácter formal*».

En estos casos, en principio, no deberían constituirse «adopciones» puesto que no se estaría respetando la ley nacional del adoptado que llega incluso a prohibirlas expresamente<sup>104</sup>. Si pese a ello se constituye la *Kafala* (pensando en que la misma sea reconocida posteriormente en nuestro país como una adopción), no podrá serlo porque no cumple los requisitos que nuestra legislación prevé al efecto<sup>105</sup>;

<sup>101</sup> Túnez también tiene una regulación específica sobre esta institución, mientras que Marruecos se encuentra en una situación intermedia entre el silencio y la positivación. V. Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala)» en *RGD*, n.º 647, abril, 2000, p. 4421 (nota al pie n.º 9).

<sup>102</sup> V. *Journal Officiel* de 22 de enero de 1992, p. 94.

<sup>103</sup> V. Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala)» en *RGD*, n.º 647, abril, 2000, p. 4427.

<sup>104</sup> V. Horatia MUIR WATT, «Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale (1)» en *RCDIP*, n.º 3, 1999, pp. 469-492.

<sup>105</sup> V., sobre adopción marroquí, las Resoluciones de la D.G.R.N. de 9 de febrero de 1989, de 1 de abril de 1992, de 14 de mayo de 1992, de 18 de octubre de 1993, de 13 de octubre de 1995 (2.ª) y de 1 de febrero de 1996. Concretamente, la R.D.G.R.N. de 14 de mayo de 1992 sostuvo que: «*(...) la adopción constituida ante las autoridades marroquíes competentes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento español. No supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de estos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el matrimonio que se hace cargo de un menor ha de atender a sus necesidades y manutención*». En la actualidad España ha firmado dos convenios bilaterales con Marruecos que ya han entrado en vigor. Por un lado, el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil, administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE n.º 151, de 25 de junio de 1997 y Dahir n.º 1-98-150 del 30 de mayo de 1999), que se aplica en materia de reconocimiento recíproco de la *Kafala*, sin que sea necesario el exequátur (como pone de manifiesto el Auto del TS de 13 de octubre de 1998). V., sobre este último convenio, Federico F. GARAU SOBRINO, «La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales, documentos públicos con fuerza ejecutiva y laudos arbitrales en materia civil, mercantil y administrativa» en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*, Madrid, 1999, pp. 167-179. Por otro lado, el Convenio entre España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE n.º 150, de 24 de junio de 1997). V., sobre este último convenio, M.ª Asunción ASÍN CABRERA, «La imagen del menor en el Derecho de Familia islámico: Problemas culturales de identidad e integración» en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*, Madrid, 1999, pp. 164-166; José Antonio PÉREZ BEVIÁ, «El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 139-162.

no puede, ni siquiera considerarse como adopción simple<sup>106</sup> (figura que, por otra parte, ha desaparecido de nuestro ordenamiento). ESTEBAN DE LA ROSA<sup>107</sup> sostiene que «*Cuando se solicita el reconocimiento ante las autoridades españolas de una kafala, la primera cuestión que se le plantea al operador jurídico es la de qué efectos aparece la homologación de esta institución y si serán compatibles con los principios básicos de nuestro ordenamiento*». Evidentemente, como sostiene esta autora, «*Teniendo en cuenta que la kafala, en ningún caso, puede producir las mismas consecuencias jurídicas que la adopción plena (...) y que, sin duda, constituye una medida de asistencia, mantenimiento y cuidado de la persona del niño, no hay inconveniente en homologarla al acogimiento, de tal forma que pueda surtir los efectos que despliega esa medida en nuestro Derecho*». De la misma opinión es RODRÍGUEZ BENOT<sup>108</sup> cuando sostiene que: «*(...) el contenido de esta institución (esto es, del acogimiento), viene a coincidir en lo esencial con el de la kafala; de este modo, una nueva apelación al principio del favor filii abocaría a la competente autoridad española que hubiera de decidir acerca del alcance de la kafala a considerarla similar al acogimiento y, en consecuencia, a admitir su acceso al Registro civil español en la forma prevista para las adopciones menos plenas (...)*». La única solución en estos casos, con carácter general, será la realización *ex novo* de la adopción en nuestro país, siempre y cuando se den todos los requisitos para ello (quedando de lado la cuestión de cuál es exactamente el valor y trascendencia que tendrá la constitución de una adopción plena sobre ese menor para su país de origen<sup>109</sup>), en tanto en cuanto no existe en la actualidad otro mecanismo que solvete esta situación.

- *La adopción en la República de La India*

La India no es un país parte del CHAI y tampoco tiene un Protocolo bilateral en esta materia con nuestro país. La legislación nacional se encuentra compuesta básicamente por los Conceptos que regulan la materia relativa a la adopción de menores n.º 13-33-85 CHR (AC), de 4 de julio de 1989, por la Resolución n.º 1267 de 5 de julio de 1994 y por los Principios de la Agencia Central de Recursos para la Adopción (el CARA) en materia de adopción internacional, extraídos de las decisiones de la Corte Suprema de La India de 1995. Esta normativa cuenta con una particularidad: se basa en los mismos principios que se asientan en el CHAI (prioridad del interés del menor sobre cuantos otros concurren; evitar el tráfico de menores; promover la cooperación conjunta de las Autoridades de ambos Estados; así como garantizar la libre renuncia del menor por los padres biológicos).

<sup>106</sup> V. Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «Adopción y *Kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales» en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*, Madrid, 1999, p. 201, notal al pie n.º 27.

<sup>107</sup> Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, *El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico*, Granada, 2000, pp. 280-287.

<sup>108</sup> V. Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «Adopción y *Kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales» en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*, Madrid, 1999, p. 203.

<sup>109</sup> RODRÍGUEZ BENOT apuesta por la cooperación internacional mediante la vía convencional para solucionar estos problemas. Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «Adopción y *Kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales» (en especial, el apdo. IV. Análisis del valor y efectos en el seno del ordenamiento de un país musulmán de una adopción plena) en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*, Madrid, 1999, pp. 203-206.

La India, como ya se ha apuntado, si bien no contempla la adopción con extranjeros (únicamente se constituye una «tutela con finalidad adoptiva») permite que la adopción se constituya posteriormente en el país de los adoptantes. La tramitación se lleva a cabo siempre a través de las ECAIS (pues así lo exige la legislación del país), los orfanatos (algunos de los cuales son agencias indias de adopción reconocidas) y el CARA (*Central Adoption Resource Agency*). Este país ofrece garantías seguras de adopción a parejas estériles (o sin hijos), pero cuesta bastante en el caso de parejas no casadas o con hijos. Sí pueden adoptar las mujeres solteras, pero no se admiten las solicitudes interpuestas por hombres solteros. En todo caso, los adoptantes no deben tener más de cincuenta años de edad. Los menores indios susceptibles de ser adoptados habrán de contar necesariamente con una resolución que les haya declarado en estado de abandono: según el ordenamiento interno del país serán aquellos menores huérfanos y los que se encuentren abandonados (ya sea porque no se conoce el paradero de sus padres, porque los mismos han renunciado a ellos en la forma legalmente establecida al efecto, o porque se trata de niños incapacitados físicamente).

Las agencias acreditadas por España y por La India se encargan de tramitar la documentación<sup>110</sup>. Una vez que se presenta la solicitud en un orfanato, éste solicitará a los VCA de su zona la emisión de un documento denominado también VCA, que no es otra cosa que la constancia por escrito de que dicho organismo ha intentado (durante un periodo mínimo obligatorio de dos meses) colocar en una familia india a ese menor que el orfanato propone dar en adopción a extranjeros sin que haya obtenido resultados positivos. No obstante, es posible que los orfanatos requieran documentación o requisitos adicionales, existiendo distintos periodos de espera según cuál sea el orfanato en el que se está tramitando la adopción, sin que haya posibilidad de cambiar de orfanato ni de iniciar un procedimiento paralelo en otro (puesto que una vez que se presenta la solicitud en uno, se cierran las puertas al cambio de orfanato así como a la posibilidad de poder adoptar en otro hasta tanto no se finalice la tramitación del primer expediente). Una vez que se tiene el VCA el orfanato preasignará un menor (generalmente una niña, puesto que por razones culturales del país son éstas las que sufren mayor índice de abandono), cuya documentación (foto, datos generales sobre su vida, informe médico) será enviada por el orfanato a la ECAI. Ésta la envía a la Administración autonómica correspondiente y si se obtiene su visto bueno, la ECAI comunicará la preasignación al solicitante, que debe decidir si acepta o no a ese menor en concreto. Si la familia acepta (lo cual ha de hacerse constar ante Notario), ha de enviarse dicho documento de acep-

---

<sup>110</sup> La documentación a presentar, que ha de estar todo ella traducida al inglés por un traductor jurado, por los solicitantes es la siguiente: solicitud dirigida al organismo competente en materia de adopción del país, fotografía de los solicitantes y de su vivienda, certificado de matrimonio, certificado de profesión, certificado de propiedades, referencias bancarias, certificado de haberes anuales de trabajo (empresa, categoría, antigüedad, sueldo), certificado de idoneidad, informes psicosociales, declaración de salud ante notario, declaración de los solicitantes sobre su deseo de serles concedida la custodia del menor (ante notario), compromiso de los solicitantes de proporcionar al menor la educación necesaria (ante notario), compromiso de seguimiento, poder a un oficial del CARA, compromiso de la CA de ayudar al menor en caso de aparición de problemas posteriores y compromiso de pago de los gastos (ante notario). Por poner un ejemplo de la complicación de la tramitación de los documentos que hay que presentar para solicitar una adopción, voy a señalar el recorrido burocrático que ha de realizar un certificado bancario de un solicitante español antes de ser enviado a La India. Realmente este ejemplo es válido par la mayoría de los demás países. En primer lugar, una vez que se ha emitido el certificado acreditativo del estado de las cuentas bancarias por el banco en cuestión, éste ha de obtener el visto bueno del Banco de España en la ciudad de residencia del solicitante, para pasar posteriormente a información del Banco de España de Madrid. Seguidamente, un notario ha de certificar su autenticidad (así como la de las demás firmas que aparecen hasta el momento en el certificado) y después, el Decano del Colegio de los Notarios de la CA del solicitante hará lo mismo. De ahí, el documento ha de pasar al Ministerio de Justicia, que dará su visto bueno y si el país no es de habla hispana (como sucede en el caso de La India), habrá de ser traducido al idioma correspondiente. Tras ello, da su visto bueno a todo el procedimiento el Ministerio de Asuntos Exteriores español, y justamente hará lo propio la Embajada del país en España, que será la última autoridad que corroborará la autenticidad del documento que, junto al resto del expediente, será enviado a la autoridad competente de dicho país extranjero.

tación al orfanato indio que solicitará al CARA el denominado «NOC» (*Non objection certificate*). Una vez obtenido el mismo, se celebra el juicio (compuesto básicamente de dos fases: una de audiencia y otra en la que se dicta la sentencia, con el compromiso de que en España se va a constituir la adopción) y seguidamente, el orfanato gestionará la obtención del pasaporte indio del menor. Es en este momento cuando la familia española habrá de viajar a La India, a recoger al menor en el orfanato. Seguidamente habrán de solicitar en la Embajada de España en este país el visado español para que el menor pueda entrar en territorio español sin complicaciones. Será una vez que el menor llega a España cuando se inicien los trámites (generalmente mediante la presentación por parte de la entidad pública competente de la CA en cuestión de la propuesta de adopción) para constituir la adopción. La «tutela con finalidad adoptiva» a favor de un extranjero se constituye por resolución judicial y es irrevocable.

Además de los gastos de viajes y estancia (como mínimo de quince días), el Gobierno de La India fija una especie de donación obligatoria (para el mantenimiento del menor hasta que sea adoptado) que varía entre los trescientos y los seis mil euros (siendo lo más habitual que se trate de unos tres mil euros). En total, todos los gastos de tramitación de la adopción de un menor indio pueden cifrarse en una media de doce mil y quince mil euros, viajes y estancias incluidos.

Los seguimientos del menor que La India obliga a realizar, durante un periodo de aproximadamente cinco años, son en la actualidad catorce. Los informes en los que se refleja el estado del menor y su adaptación habrán de enviarse por triplicado (al CARA, a la Corte que constituyó la adopción y al orfanato en el que residía el menor).

### **b) Adopciones simples con efectos atenuados. El caso de Costa Rica**

Estos efectos atenuados se producen generalmente en dos vertientes diferentes: por un lado, el menor no deja de pertenecer a su familia biológica (si bien es cierto que se extingue la patria potestad en favor del adoptante) y, por otro lado, son adopciones que pueden ser revocadas. Además, en muchas ocasiones, como consecuencia de que no se produce la ruptura de vínculos con la familia de origen, el menor no ingresa (como sí sucede en las adopciones plenas) en la familia extensa del adoptante, quedando reducidos sus vínculos únicamente a la persona del adoptante<sup>111</sup>. Estas adopciones existen en bastantes países iberoamericanos<sup>112</sup>, entre los que cabe citar: Argentina, Bolivia<sup>113</sup>, Brasil<sup>114</sup>, Costa Rica, Ecuador, Honduras, algunos Estados de México<sup>115</sup>, Repú-

<sup>111</sup> En el caso de Paraguay, por poner un ejemplo concreto, la adopción no produce la extinción de vínculos entre el adoptado y su familia biológica y consecuentemente no los crea para con su familia adoptiva, limitándose únicamente a atribuir al adoptante la patria potestad del adoptado. V., sobre adopciones paraguayas las R.D.G.R.N. de 24 de junio y de 1 de septiembre de 1995 (1.ª).

<sup>112</sup> V. Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «La eficacia de la adopción simple (el reconocimiento en España de las adopciones simples constituidas al amparo de ordenamientos iberoamericanos)», en *Estudios sobre adopción internacional*, Coord. Nuria GONZÁLEZ MARTÍN y Andrés RODRÍGUEZ BENOT, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, n.º 69, 2001, p. 365 y ss.

<sup>113</sup> V. María MATEO PÉREZ, «La adopción en Bolivia» en *Revista de Treball Social*, n.º 144, diciembre de 1996, pp. 18-27.

<sup>114</sup> Desde abril de 2001 se recomienda por el Ministerio de Asuntos Sociales no tramitar adopciones con Brasil puesto que en dicho país se están constituyendo adopciones que están siendo recurridas por fiscales brasileños al constatar que las mismas no habían seguido con rigor el procedimiento de tramitación establecido. Incluso se están recurriendo adopciones de menores que ya se encuentran en el extranjero con sus familias adoptivas, todo ello originado, según el Ministerio, por la gran reticencia existente en ese país a dejar que los niños brasileños sean dados en adopción a extranjeros. Realmente estos casos no se han producido en todos los estados brasileños, pero ante la incertidumbre, el Ministerio ha tomado la decisión de desaconsejar adoptar en Brasil a los españoles.

<sup>115</sup> V. Flora CALVO BABIO, «Nota a la R.D.G.R.N. de 1 de abril de 1996» en *REDI*, vol. XLIX, n.º 1, 1997, pp. 256-259; Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, «Nota a la R.D.G.R.N. de 16 de septiembre de 1996» en *REDI*, vol. L, n.º 1, 1998,

blica Dominicana<sup>116</sup>, Paraguay, Uruguay<sup>117</sup> y Venezuela. Analizar qué sucede con este tipo de adopciones pudiera parecer complicado pero a la luz de lo que dispone actualmente nuestro ordenamiento jurídico, no existe otra solución que el no reconocimiento de las mismas, con la consiguiente constitución *ex novo* de la adopción en España<sup>118</sup>. Este criterio es, además, el que ha venido manteniendo la D.G.R.N.

• *La adopción en Costa Rica*

Costa Rica es un país firmante del Convenio de la Haya de 1993, concretamente desde el 29 de mayo de 1995 (el cual ratificó el 30 de octubre de 1995 y entró en vigor el 1 de febrero de 1996). La legislación nacional se centra en la Ley 6045 de 1977, de Reforma del Código de Familia y en el Código Civil y de Familia (Ley n.º 7538 de 1995). La adopción, que puede ser simple o plena, se tramita a través de Entidades Públicas y Entidades Mediadoras Acreditadas de Adopción Internacional, siendo el organismo competente en el país el Patronato Nacional de la Infancia, el PANI (Sección de Adopciones)<sup>119</sup>. La legislación de este país exige que los adoptantes tengan como mínimo 25 años y como máximo 60 años, siendo en todo caso la diferencia de edad con el adoptado de 15 años como mínimo. Únicamente pueden adoptar los matrimonios que lleven casados un mínimo de cinco años, si bien los solteros pueden realizar una adopción simple. Generalmente, tiene prioridad la adopción de niños mayores de cinco años o de grupos de tres hermanos.

c) *Adopciones semiplenas revocables: la persistencia de derechos sucesorios frente a la familia de origen*

Si bien mediante este tipo de adopción el menor pasa a formar parte de la familia extensa del adoptante, considerándosele un miembro más a todos los efectos, no se rompen todos los víncu-

---

pp. 310-314. V. la R.D.G.R.N. de 24 de enero de 1997. V. también, Jorge Mario MAGALLÓN IBARRA, «La adopción internacional en la legislación civil mexicana» y Nuria GONZÁLEZ MARTÍN, «Convención de la Haya del 29 de mayo de 1993, sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de adopción internacional: el caso de México-España» ambos en *Estudios sobre adopción internacional*, Coord. Nuria González Martín y Andrés Rodríguez Benot, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, n.º 69, 2001, pp. 47-78 y 157-204, respectivamente.

<sup>116</sup> V. sobre denegación de reconocimiento de adopción dominicana constituida antes de la entrada en vigor de la LO 1/1996, Flora CALVO BABIO, «Nota a la R.D.G.R.N. de 12 de julio de 1996» en *REDI*, vol. XLIX, n.º 2, 1997, pp. 270-273.

<sup>117</sup> V. Dora BAGDASSARIAN, Mabel RASINES DEL CAMPO y María Inés SAPRIZA DE MERCANT, «La adopción en los países integrantes del Tratado del Mercosur» en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 10, 1995, pp. 71-76; Roberto PARGA LISTA, «La adopción simple no es obstáculo para la posterior legitimación adoptiva» en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 11, 1996, pp. 31-33.

<sup>118</sup> RODRÍGUEZ BENOT se plantea que hubiera sido más acertado añadir art. 9.5 CC un nuevo párrafo en el sentido que se manifestó la enmienda n.º 1 a la Ley 18/1999, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, serie B, n.º 178-1, 18 de marzo de 1998): el adoptante también podrá renunciar «(...) en la misma forma a cualquier otro derecho previsto en la Ley extranjera siempre que dicha renuncia se haga en beneficio del adoptado». V. Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apdo. 5, del Código Civil en materia de adopción internacional» en *REDI*, vol. LI, n.º 2, 1999, p. 817.

<sup>119</sup> Los documentos que pide el país a los solicitantes son: solicitud en modelo oficial dirigida al Patronato Nacional de la Infancia, certificado de matrimonio, certificado de estado económico, compromiso de seguimiento, certificado de idoneidad, informes psicosociales, certificado de nacimiento de ambos cónyuges, certificado médico de no padecer enfermedades, dos fotografías tamaño carnet (recientes y de frente) y certificado de penales. Todos estos documentos deben estar legalizados y posteriormente autenticados en el Consulado de Costa Rica, excepto la solicitud de adopción.

los con la familia biológica ya que sigue conservando derechos sucesorios frente a la misma. De ahí el calificativo de «semiplenas»: se acercan más a las adopciones plenas que a las simples. Este tipo de adopciones se llevan a cabo, por ejemplo, en algunos Estados de México y en Nepal (respecto de los varones<sup>120</sup>, puesto que las adopciones de niñas nepalíes no pueden ser revocadas)<sup>121</sup>. En mi opinión, hay que diferenciar el grado de no producción de estos efectos que conlleve la adopción: si concurren los efectos principales (creación y ruptura de vínculos), como sucede en estas adopciones, y sólo se carece de alguno de los efectos accesorios o bien su carencia es únicamente parcial y no trascendente, pudiera la adopción reconocerse e inscribirse<sup>122</sup>. Habrá que estar, no obstante, al caso concreto. Por otra parte, en la mayoría de los supuestos se trata de adopciones revocables, problema diferente que estudiaré en el siguiente apartado.

**d) Adopciones plenas revocables: el problema de la revocabilidad de la adopción. La adopción en la República Popular de China**

Las adopciones plenas revocables gozan, en principio, de todas las características de las adopciones plenas salvo de una: no son irrevocables, puesto que pueden ser revocadas a instancia judicial o bien voluntariamente (por el propio adoptado, o por el adoptante, o bien de ambos conjuntamente). En principio, parece que no habría problema en aceptar la «revocabilidad» judicial de la adopción siempre y cuando se entienda que la misma equivale a la posibilidad que tienen nuestras autoridades judiciales de extinguir la adopción en determinados supuestos, si bien jurídicamente hablando, desde el punto de vista de nuestro Derecho, es erróneo hacer alusión a la «revocación judicial», pues lo adecuado es hablar de que el Juez extingue la adopción. Por lo menos ésta es la conclusión a la que parece haber llegado la D.G.R.N.<sup>123</sup>. Además, en puridad, lo que puede revocar el adoptante es en última instancia, el consentimiento prestado, pero no la adopción en sí puesto que la misma no la constituye él sino el Juez.

El CHAI guarda silencio sobre este problema, por lo que, independientemente de que la adopción se lleve a cabo de acuerdo o no con lo previsto en el mismo, habrá de ser cada Estado el que debe definir su posición particular con relación al reconocimiento de adopciones constituidas en países con estas características. Este tipo de adopciones se llevan a cabo en algunos Estados de México y en China, entre otros países<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> De acuerdo con lo previsto en el apdo. 11 del Capítulo 15 del Código Legal sobre adopciones del Nepal, las adopciones no pueden ser revocadas excepto por los padres (de manera unilateral) en aquellos casos en los que sus hijos adoptados varones despilfarran dinero, no les proporcionen comida o vestido, les abandonen o les maltratan.

<sup>121</sup> V., con relación al reconocimiento de las adopciones nepalíes, el apartado dedicado a los problemas de reconocimiento de las adopciones que atentan contra el orden público español, sito en el siguiente epígrafe.

<sup>122</sup> De la misma opinión parece manifestarse Xavier CAMPÀ I FERRER, «Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 242, cuando dispone que en supuestos de este tipo «(...) y constatado que se han aportado estos consentimientos, debiera, a mi entender, el Juez Encargado del Registro Civil Central reconocer e inscribir dichas adopciones, directamente sin necesidad de que se constituyan ex novo ante la autoridad competente española. Esto ocurre en muchos países como en Méjico, en donde en algunos de sus Estados federados no contemplan otra adopción que la simple o semiplena. Sin embargo, al ser un país que ha ratificado el Convenio de la Haya, la entidad pública del Estado receptor debe tomar la precaución de solicitar la ampliación de los consentimientos a los efectos de los mencionados en el art. 27. En realidad en estas adopciones se dan todos los presupuestos de la adopción plena, debiendo prevalecer la voluntad manifestada por los padres biológicos o por la propia institución tutelar y por los adoptantes a la, a veces, deficiente regulación legal que impide la constitución de la adopción plena en estos países».

<sup>123</sup> Concretamente puede consultarse la R.D.G.R.N. de 11 de marzo de 1997 que reconoce una adopción constituida en Venezuela por la competente autoridad extranjera pese a que la legislación de dicho país prevé expresamente la posibilidad de revocación judicial de la adopción (V., en especial el FJ 3.º de la citada Resolución).

<sup>124</sup> Si bien Francia, por ejemplo, hasta hace poco regulaba la institución adoptiva como irrevocable, tras la Ley de 6 de febrero de 2001 que modifica algunos artículos del CC francés, la adopción ha devenido irrevocable (art. 370.5).

Con relación a la trascendencia de un posible derecho de revocación que concediera al adoptante el ordenamiento extranjero en el que se constituyó la adopción, como sostiene ESPINOSA CALABUIG<sup>125</sup>, «*Sea cual sea el alcance de la revocación, ésta supondrá la restauración del vínculo originario entre el niño y su familia biológica*». Se produce, pues, una colisión entre lo previsto en nuestra legislación a este respecto, al configurarse la adopción como irrevocable. Por este motivo, las adopciones constituidas en países que admitían (bien al adoptante, bien al adoptado o bien a ambos) la posibilidad de revocación de la institución no eran reconocidas en España, a pesar de que por parte de los adoptantes se venía alegando en los recursos que presentaban ante la D.G.R.N., que «*(...) dado que la revocación constituye un derecho concedido a la voluntad de los padres, éstos nunca podrían ejercerlo, con base a su ley nacional, lo que conduce necesariamente a transformar la adopción (...) en irrevocable. (...) Se crea, pues, una especie de ficción de la irrevocabilidad de una adopción, que originariamente sí es revocable, permitiendo la renuncia a ese derecho en el país de recepción (...). De esta manera se facilita la equiparación total de efectos entre ambas adopciones, tal y como exige el artículo 9.5 y, en consecuencia, su inscripción en el registro*»<sup>126</sup>. Obviamente, esta argumentación no convencía a la D.G.R.N. que continuamente desestimaba los recursos. La respuesta a este problema llegó con la entrada en vigor<sup>127</sup>, el mismo día de su publicación (el 20 de mayo de 1999, según lo previsto en su DF), de la Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del art. 9 apdo. 5 del CC<sup>128</sup>, que añadió un párrafo final a dicho apartado estableciendo:

*«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.»*<sup>129</sup>

<sup>125</sup> Rosario ESPINOSA CALABUIG, «Una nueva reforma en materia de adopción internacional» en *RGD*, n.º 647, abril, 2000, p. 4352.

<sup>126</sup> Rosario ESPINOSA CALABUIG, «Una nueva reforma en materia de adopción internacional» en *RGD*, n.º 647, abril, 2000, p. 4353.

<sup>127</sup> V. con relación a la situación existente antes de la entrada en vigor de la nueva normativa, María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera» en *ArC*, tomo I, 1999, pp. 1743-1745.

<sup>128</sup> BOE n.º 119, de 19 de mayo de 1999.

<sup>129</sup> Esta modificación fue ya criticada cuando era tan sólo una Proposición de Ley, concretamente la n.º 122/000157, presentada por el Grupo Parlamentario Popular. (V. BOCG. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie B. 18 de marzo de 1998, n.º 178-1). CAMPÀ I FERRER sostenía que «*Sin discutir la bondad de la propuesta, creemos que sería el momento oportuno para plantear una modificación más ambiciosa que intente superar las contradicciones y lagunas que adolece la regulación vigente en materia de adopción internacional y el defectuoso art. 9.5 del Código Civil que plantea no pocos problemas de interpretación que deben superarse aplicando el principio de favor adoptionis en interés superior del menor*». Xavier CAMPÀ I FERRER, «Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España» en *VVAA, Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 246. Otros autores se manifestaron en su momento exigiendo una reforma integral de este precepto. V. Luis SALA TORREGASA, «El reconocimiento de las adopciones internacionales en España» en *VVAA, Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, pp. 262-263. Para ECHEZARRETA FERRER, esta modificación es de «*(...) cuestionable legalidad ya que resulta difícil aceptar la posibilidad de renunciar a derechos tan inalienables como el derecho a la filiación biológica cuando la ley nacional aplicable lo reconoce. (...) difícilmente esa renuncia va a ser reconocida en el país de origen ya que se verá en ella una agresión a sus más arraigados principios. De aquí que sólo con conseguir trasladar al menor a su país de origen se desvanecen los efectos de la renuncia, e incluso sin que llegara a producirse el traslado sería difícil excepcionar el reconocimiento en España de una sentencia extranjera que declare la nulidad de la renuncia realizada en nuestro país*». Mayte ECHEZARRETA FERRER, «Ley aplicable a la privación de la patria potestad en un procedimiento de adopción internacional» en *RDF*, n.º 5, octubre, 1999, p. 259, nota al pie n.º 30 y p. 259. Es más, en el mismo debate parlamentario de la Ley 18/1999 ya se puso de manifiesto por algunos grupos parlamentarios el carácter estrictamente reducido de esta reforma. V. en este sentido, el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión n.º 65, celebrada el martes 16 de marzo de 1999, n.º 643, pp. 18746-18748.

Como establece la Exposición de Motivos de la citada Ley, «*Si ésta es la única diferencia<sup>130</sup> entre la adopción extranjera y la española, parece justo abrir algún camino para que, sin necesidad de que la adopción se constituya ex novo en España por vía judicial, pueda reconocerse eficacia en nuestro ordenamiento a tales adopciones extranjeras*». Esta norma<sup>131</sup>, dado que tiene eficacia retroactiva (tal y como dispone su DT única<sup>132</sup>), implica que la existencia en el país de origen de un derecho de revocación de la adopción en favor del adoptante no impedirá el reconocimiento de dicha adopción en España si previamente el adoptante ha renunciado a tal derecho de alguna de las dos formas que recoge el nuevo párrafo del art. 9.5 CC (mediante documento público<sup>133</sup> o bien, por comparecencia ante el encargado del Registro Civil, ya sea en España o en el Consulado de nuestro país en el extranjero<sup>134</sup>), siempre que, claro está, ésta sea la única diferencia entre la legislación extranjera y la nuestra<sup>135</sup>.

<sup>130</sup> Obviamente si no es la única diferencia existente, no por haber renunciado al derecho de revocación en la forma prevista se va a reconocer la adopción. V., al respecto, la R.D.G.R.N. (2.ª) de 5 de abril de 2000 sobre denegación del reconocimiento e inscripción de una adopción simple constituida en Guatemala (puesto que el CC de Guatemala en su art. 247 prevé la creación de vínculos jurídicos únicamente entre el adoptado y el adoptante) pese a que los padres adoptivos renunciaron al derecho de revocación que la ley guatemalteca les concedía (V. especialmente, el FJ 3.º). Concretamente, la R.D.G.R.N. de 18 de mayo de 2001 establece que: «(...) mientras que la adopción guatemalteca solo produce efectos entre adoptante y adoptado; el primero no es siquiera heredero legal del segundo; el adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca, y el adoptado menor de edad al morir el adoptante vuelve al poder de sus padres naturales, hay que concluir que la adopción constituida en Guatemala por un matrimonio español en favor de una menor guatemalteca, nacida el 30 Abr. 1997, no guarda puntos de contacto con la adopción del CC español y no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que contiene el art. 1 de la Ley del Registro Civil, so pena de producir graves equívocos en cuanto a la eficacia de la adopción inscrita. Por tanto para que la adopción guatemalteca pueda transformarse en España en adopción plena es preciso la intervención de la autoridad judicial española competente». El Auto de la AP de Asturias (Sección 7.ª) de 30 de marzo de 2001 se pronunció en un sentido similar. Guatemala fue denunciada por UNICEF desde hace ya mucho tiempo por tráfico de menores: se sustraían niños para ser adoptados. La adopción judicial es de sólo el 1 % de las que se constituyen en dicho país, lo cual revela claramente que la gran mayoría se constituyen ante notarios o abogados, careciendo por tanto de las garantías que inspira en principio todo procedimiento judicial. Esta realidad viene refrendada por la circunstancia de que no existe en Guatemala un organismo público de protección de menores. Ante esta situación, el Parlamento europeo instó a todos los países a hacer presión para que la situación cambiara en Guatemala, lo cual ha ocasionado la suspensión por parte de todas las CCAA (a instancias del Ministerio de Asuntos Sociales) de la tramitación de los procedimientos adoptivos con dicho país desde principios de 2001. Únicamente Cataluña se ha reservado el derecho de separarse de este acuerdo cuando lo considere oportuno. También en la 2.ª Comisión especial de la Conferencia de la Haya de seguimiento del CHAI se habló de la problemática que originan las adopciones constituidas en Guatemala pese a que este país no era miembro del CHAI. La conclusión a la que se llegó es que lo más conveniente era «invitar» a Guatemala a ratificar el CHAI para de esta manera intentar controlar los problemas de las adopciones allí constituidas.

<sup>131</sup> V., con relación a la justificación de la promulgación de una norma *ad hoc* para tan singular situación de tráfico externo, Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apdo. 5, del Código Civil en materia de adopción internacional» en *REDI*, vol. LI, n.º 2, 1999, pp. 810-818 (en especial p. 811).

<sup>132</sup> DT única: «*Lo dispuesto en la presente Ley será también de aplicación a las adopciones constituidas con anterioridad a su entrada en vigor*». Esta disposición constituye una excepción al principio general de irretroactividad de las leyes establecido en el art. 2.3 CC. Según ESPINOSA CALABUIG, «*Esta decisión de otorgar a la Ley de 1999 un carácter retroactivo puede tener consecuencias incalculables, en el caso de que sean muchas las adopciones provenientes de países en los que éstas tienen un carácter pleno revocable y, habiendo sido resueltas negativamente, hayan tenido que recurrir a otras vías como su asimilación a la figura del acogimiento*». Rosario ESPINOSA CALABUIG, «Una nueva reforma en materia de adopción internacional» en *RGD*, n.º 647, abril, 2000, p. 4356.

<sup>133</sup> Si el documento público es otorgado por una Autoridad española no habría mayor problema para admitirlo. Pero si se otorga ante una Autoridad extranjera debería reunir los siguientes requisitos para que pueda desplegar eficacia en España: «(...) prueba de la veracidad o autenticidad del documento público extranjero (...) y prueba de su contenido». V. Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apdo. 5, del Código Civil en materia de adopción internacional» en *REDI*, vol. LI, n.º 2, 1999, p. 815. En el mismo sentido, V. José Luis IRIARTE ÁNGEL, «Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 125.

<sup>134</sup> José Luis IRIARTE ÁNGEL, «Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 125.

<sup>135</sup> V. Rosario ESPINOSA CALABUIG, «Una nueva reforma en materia de adopción internacional» en *RGD*, n.º 647, abril, 2000, pp. 4356-4357.

Si ello sucede, es decir, si finalmente se reconoce e inscribe una adopción en la que el adoptante español ha renunciado al derecho de revocación de la misma que le concede la legislación extranjera y posteriormente ejerce en el extranjero tal derecho, tal actuación no tendría, a mi juicio, efecto alguno sobre la institución adoptiva, que perviviría para nuestro ordenamiento de la misma manera que lo hacía con anterioridad al ejercicio de la revocación por parte del adoptante. Tampoco deberían existir problemas en los supuestos en los que la legislación extranjera no permita la renuncia al derecho de revocación de la adopción por otorgar a este derecho el carácter de irrenunciable, puesto que el acto de renuncia al mismo tendría eficacia únicamente para nuestro país.

- *Régimen jurídico de la adopción en China*

China no es un país firmante del CHAI<sup>136</sup> y tampoco tiene un protocolo bilateral en esta materia con nuestro país. Su normativa en esta materia está constituida por la Ley de Adopción de la República Popular China aprobada en la 23.<sup>a</sup> Asamblea del Séptimo Comité Permanente del Congreso Nacional Popular el 29 de diciembre de 1991 (que entró en vigor en abril de 1992), por las normas de desarrollo referentes a la adopción de niños chinos por extranjeros en la República Popular China promulgada por el Ministerio de Justicia de 10 de noviembre de 1993 y por la Orden del Presidente de la República Popular China n.º 10 de 4 de diciembre de 2000 (que modifica la Ley de Adopción). En este país también tiene gran relevancia el derecho consuetudinario. El Centro Chino de Adopciones (*China Centre for Adoptions Affairs*), con sede en Beijing, que es el organismo nacional competente, ha establecido unas disposiciones relativas a la adopción internacional de fecha de 18 de junio de 2001.

En China pueden adoptar los solteros<sup>137</sup> y también los matrimonios (descartándose por tanto la posibilidad de adopción por las parejas de hecho). Además todo adoptante en China debe tener al menos 30 años de edad y ser capaz de educar y alimentar al adoptado. Se permite adoptar un solo menor. Sin embargo, tal y como prevé el art. 8 de la Ley de 29 de diciembre de 1991, se está exento de cumplir estos requisitos si se adopta a un niño minusválido. Otro requisito más que deben cumplir en todo caso los adoptantes varones solteros, es tener una diferencia de edad de al menos 40 años con respecto al adoptando, siempre que éste se trate de una niña<sup>138</sup>. Los menores susceptibles de ser adoptados en este país son los huérfanos, los niños abandonados o aquellos cuyos padres biológicos no puedan hacerse cargo de ellos o bien no se localicen. La persona que entrega al niño en adopción refleja tal circunstancia por escrito, la cual se inscribe en el Registro Civil y se eleva por el notario a escritura pública.

La tramitación<sup>139</sup> de la adopción se puede llevar a cabo por las Entidades Públicas no siendo necesaria la intervención de ECAIS, si bien la complejidad del procedimiento hace aconsejable la

---

<sup>136</sup> No obstante se encuentra en trámites para entrar a formar parte del CHAI. De hecho, puede afirmarse que China ha venido inspirándose en el Convenio a la hora de tramitar las adopciones de sus menores y que la trayectoria de las gestiones puede calificarse de ejemplar (incluso mucho mejor que la de algunos Estados parte del CHAI).

<sup>137</sup> China ha introducido un nuevo requisito que han de cumplimentar los solicitantes de adopción solteros: se exige una declaración jurada y certificada de la tendencia sexual del solicitante. El motivo de esta exigencia se encuentra, como se habrá imaginado, en evitar entregar a un menor chino a una persona homosexual, cosa prohibida por la legislación nacional china.

<sup>138</sup> Los trámites de la adopción pueden costar unos diez mil euros aproximadamente.

<sup>139</sup> Los documentos que exigen las autoridades chinas son: solicitud dirigida al Centro Chino de Adopciones con las firmas notariadas, o bien «acta de manifestaciones» notariada, certificado de matrimonio, certificado de profesión, certificado de propiedades, expediente original y cinco copias, certificado de idoneidad, informes psicosociales, certificado de nacimiento, certificado de penales (que caducará al año de haber sido expedido), certificado médico oficial de salud fisi-

intervención de las mismas. En primer lugar, tras reunir toda la documentación que exige este país a los solicitantes de adopción y después de haberla traducido y legalizado, la misma se envía (vía ECAI o vía CA) a China, concretamente al Centro Chino de Adopción. Una vez allí, el expediente pasa por cuatro Departamentos diferentes (por el de Admisión, por el de Revisión I, o Traducción, por el de Revisión II o de Cotejo de la Documentación, y finalmente por el de Asignaciones), obteniéndose, si todo va bien, la preasignación de un menor que se envía a España junto a un certificado médico y una fotografía reciente del mismo. Una vez que la CA da el visto bueno a esta preasignación, la misma será dada a conocer a la familia, que deberá pronunciarse sobre si la acepta o no. En caso afirmativo, se envía de nuevo esta documentación al Centro Chino de Adopción para que éste a su vez muestre su conformidad, invitando oficialmente a la familia a viajar a China para recoger al menor en el plazo aproximado de un mes. Tras constituirse la adopción y haber satisfecho la familia adoptante un «donativo» de unos 3.000 dólares al orfanato donde se hallaba el menor, el proceso concluye cuando el notario de la República Popular entrega al menor, administrativamente hablando, a los adoptantes. El menor ya puede viajar a España junto a su nueva familia, si bien deberán llevarse a cabo dos seguimientos postadoptivos a los seis y doce meses tras la constitución de la adopción (preceptivos para China desde septiembre de 1999), proporcionando asimismo fotografías del menor, informes médicos del mismo, datos acerca de su adaptación, etc.<sup>140</sup>.

Una de las características más relevantes de la adopción china que deben tener en cuenta los adoptantes españoles es su revocabilidad (arts. 25 y 26 de la Ley de 1991), si bien ésta se posibilitará únicamente cuando el adoptante inculcara los derechos básicos del adoptado (abandono, maltrato). Llama la atención también el hecho de que si una vez alcanzada la mayoría de edad del adoptado, las relaciones entre éste y sus padres adoptivos se encuentran deterioradas, sean cuales fueren los motivos, la adopción también puede ser revocada debido a la obligación jurídica de convivencia entre padres e hijos que existe en la legislación china (obligación desconocida en nuestro país)<sup>141</sup>. En la actualidad, el problema de la revocación de la adopción puede ser obviado (de cara al reconocimiento de la misma) por el adoptante español si, como se ha visto, renuncia a tal derecho en el tiempo y forma legalmente previsto<sup>142</sup>.

---

ca y mental (según un modelo oficial), talón bancario de 365 dólares a nombre del Centro Chino de Adopciones en concepto de tramitación del expediente de adopción, talón bancario de 100 dólares si el expediente es enviado traducido por un traductor jurado (o bien de 200 dólares si la traducción es hecha por China) a nombre del Centro Chino de Adopciones, visado de salida del menor otorgado por el Consulado de España en China, así como el dejar constancia en un documento escrito de quién será la persona que ejercerá como tutora del niño en el caso de que éstos faltasen, indicando cuáles son las responsabilidades que adquieren con respecto al niño. Toda la documentación habrá de estar legalizada por el Ministerio de Asuntos Exteriores y autenticada por el Consulado de China.

<sup>140</sup> M. Elizabeth VONK, Peggy J. SIMMIS y Larry NACKERUD, «Political and Personal Aspects of Intercountry Adoption of Chinese Children in the United States» en *Families in Society: The Journal of Contemporary Human Services*, n.º 5, vol. 80, septiembre-octubre, 1999, pp. 496-505.

<sup>141</sup> V. José Luis IRIARTE ÁNGEL, «Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español» en *Estadato personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 107 (V. también, p. 122 de la *ob. cit.*).

<sup>142</sup> Incluso antes de la entrada en vigor de la modificación del art. 9.5 CC en materia de revocación de las adopciones chinas, ya la D.G.R.N. se había pronunciado permitiendo la inscripción y argumentando que si bien «*El artículo 25, en efecto, de esta Ley admite que durante la minoría de edad del adoptado, el adoptante y la persona que hubiera dado al niño en adopción acuerden dar por terminada la adopción (...) es dudoso que esta norma sea aplicable a los casos en que la adopción se haya concedido por la institución que ha recogido a un niño abandonado, pues parece referida a la adopción convenida entre los padres biológicos y los adoptivos. Además (...) dicho artículo 25 solo se aplica en los casos en que se produzcan dentro del territorio de la República Popular y no, por tanto, cuando, como aquí sucede, los adoptantes han vuelto a España y en ella están domiciliados hoy con la niña adoptada (...)*» (R.D.G.R.N. de 29 de mayo de 1997).

## 2.2. Reconocimiento de las adopciones constituidas al amparo del Convenio de la Haya de 1993

BORRÁS RODRÍGUEZ<sup>143</sup>, afirma con acierto que si bien: «(...) *el Convenio es muy flexible en cuanto a lugar de constitución y es muy beneficioso en cuanto la adopción en la que se ha seguido el procedimiento previsto en el Convenio es objeto de un reconocimiento de pleno derecho (...) es muy estricto en la exigencia del cumplimiento con carácter previo de todos los requisitos previstos en su texto. (...) no debe desplazarse a un niño a España con procedencia de un Estado parte en el Convenio si no se han cumplido todos los requisitos previstos en el mismo, con lo que no cabe cumplimentar a posteriori requisitos que se exigen ex ante y particularmente, el informe de idoneidad*». Ante tal panorama analizaré las facilidades e inconvenientes que, por lo que respecta al reconocimiento, implican las adopciones constituidas cuando adoptante y adoptado son nacionales de Estados parte del CHAI.

### 2.2.1. *El certificado de conformidad de la adopción con el CHAI: el reconocimiento de pleno derecho*

Una de las finalidades del Convenio consiste en asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el mismo (art. 1 c.). Si las adopciones no cumplen lo estipulado en el CHAI, éstas no pueden ser inscritas en el Registro Civil español (y debería instarse la constitución *ex novo* de la adopción en España)<sup>144</sup>. El Convenio únicamente entiende comprendidas bajo su ámbito a las adopciones que establecen un vínculo de filiación (art. 2.2) por lo que pueden englobarse dentro del mismo tanto las adopciones plenas como las simples.

En su art. 26.1 el CHAI establece que el reconocimiento de la adopción supone admitir necesariamente y en todo caso (independientemente de lo que establezca la legislación interna de cada Estado parte), por un lado, la existencia de un vínculo de filiación entre el adoptado y sus adoptantes, y por otro, la responsabilidad de los padres con su hijo adoptivo. Dependerá ya de la legislación interna de cada Estado parte (cosa que sí sucede en el caso de España) el que efectivamente se produzca la ruptura del vínculo de filiación que existía entre el adoptado y sus progenitores, junto a los de parentesco con el resto de su familia biológica<sup>145</sup>.

El reconocimiento de pleno derecho, tal y como prevé el art. 23 CHAI, se consigue con la expedición de un «certificado de conformidad al Convenio» por parte de la Autoridad Central competente que constituye la adopción (o sea: la del Estado de origen, en el caso de que la adopción se haya constituido allí, o la del Estado receptor, España, en nuestro caso, si la adopción se constituye aquí). Este certificado vendrá avalado por ambas Autoridades, si bien el CHAI no puntua-

<sup>143</sup> V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «El Convenio de la Haya en materia de adopción internacional: una visión desde España» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999, p. 13.

<sup>144</sup> V. María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera» en *ArC*, tomo I, 1999, p. 1748.

<sup>145</sup> Como afirma BORRÁS RODRÍGUEZ, «*Si esa ruptura del vínculo con la familia biológica se produce, significa «derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados», sin que ello impida la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción*». V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «El Convenio de la Haya en materia de adopción internacional: una visión desde España» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999, pág.13.

liza en ningún momento cuál ha de ser su contenido exacto<sup>146</sup>. De esta manera, el reconocimiento operará no sólo en los dos Estados que han tramitado la adopción, sino que también deberá tener eficacia, en principio, en todos los Estados contratantes del Convenio, si bien, como apunta RODRÍGUEZ BENOT<sup>147</sup>, no existe una obligación para los Estados parte del CHAI de reconocer todas y cada una de las adopciones constituidas al amparo del mismo. Otra interpretación, seguramente derivada probablemente de la expresión «reconocimiento de pleno derecho» empleada por el Convenio, sería errónea pues en el fondo, esta expresión no quiere decir otra cosa que el reconocimiento es automático, por lo que no es necesario un ulterior proceso.

El contar con un certificado que acredite que la adopción se llevó a cabo según lo que establece el CHAI, implica además que «(...) *el certificado de idoneidad (...) requisito indispensable para el reconocimiento de las adopciones en España, deja de serlo (...)*» puesto que la certificación «(...) *debe confirmar cuándo y quién emitió el certificado de idoneidad de los adoptantes*»<sup>148</sup>. Por tanto, el certificado de conformidad implica necesariamente la existencia previa del certificado de idoneidad del adoptante. De una interpretación *a sensu contrario* del art. 23 CHAI, se concluye que: «(...) *una adopción no certificada conforme al Convenio por la Autoridad competente del Estado contratante en el que ella haya tenido lugar no se reconocerá de pleno derecho en los demás Estados contratantes*»<sup>149</sup>.

Únicamente existen dos circunstancias, además del supuesto de que la adopción constituida sea simple, que imposibilitarían el reconocimiento automático en España de una adopción constituida al amparo del CHAI (pese a contar ésta con el certificado que la acredite como constituida de acuerdo con el mismo): que concurren razones de orden público<sup>150</sup> que así lo aconsejen o que el interés superior del menor se dirija en el mismo sentido (art. 24 CHAI)<sup>151</sup>.

Con carácter general, e independientemente de que cada país concrete a nivel interno, los efectos que se reconocen a partir de ese momento a la adopción constituida son los siguientes: la creación del vínculo de filiación entre el menor y los padres adoptivos así como el nacimiento de responsabilidad de los padres adoptivos respecto de su hijo.

ADROHER BIOSCA<sup>152</sup>, con la que coincide, sostiene que «*En el caso de una adopción de la Haya constituida en el extranjero no tenga el certificado de conformidad no debe reconocerse en España aunque cumpla con todos los requisitos previstos en el art. 9.5 del CC*». Sin embargo, la

<sup>146</sup> No obstante, en la Primera Comisión de Aplicación del CHAI celebrada en octubre de 1994 se presentó un modelo de certificado para, a la vez de facilitar de esta manera a los Estados la redacción de dicho certificado, unificar estos documentos en los Estados parte del Convenio.

<sup>147</sup> Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero (una relectura del art. 9.5 CC a la luz del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993)» en *Estaduto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 190.

<sup>148</sup> Cristina DE LORENZO BRÓTONS, «El Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional: la difícil transición hacia la puesta en práctica» (conferencia pronunciada en uno de los grupos de trabajo de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999, pp. 3-4.

<sup>149</sup> Cristina DE LORENZO BRÓTONS, «El Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional: la difícil transición hacia la puesta en práctica» (conferencia pronunciada en uno de los grupos de trabajo de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999, p. 4.

<sup>150</sup> Respecto a lo que debe o no entenderse por orden público con relación al reconocimiento de las adopciones internacionales, me remito al apartado relativo a esta excepción dentro del epígrafe de las adopciones internacionales constituidas al margen del CHAI.

<sup>151</sup> El art. 24 CHAI dispone: «*Sólo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño*».

<sup>152</sup> Salomé ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 121.

D.G.R.N. ha sido flexible y en ocasiones ha obviado que pese a ser el país de origen del menor firmante del Convenio de la Haya no se haya aportado el certificado de conformidad<sup>153</sup>. El problema ya se puso de manifiesto a lo largo de la elaboración del CHAI de la siguiente manera: ¿podía un Estado reconocer según su Derecho interno una adopción que se haya llevado a cabo al margen del CHAI pese a ser preceptivo en dicho caso concreto la aplicación del mismo? ¿Estaría ese Estado incumpliendo el CHAI al reconocer esa adopción? Considero que lo correcto, jurídicamente hablando, es no reconocer la adopción tramitada al margen del CHAI siendo éste aplicable<sup>154</sup>, pese a que PARRA ARANGUREN<sup>155</sup> sostuvo que, dado que el CHAI guarda silencio sobre este punto, dicha posibilidad es perfectamente viable sin que se incurra en ningún tipo de incumplimiento (pudiendo únicamente tal proceder originar una queja en virtud del art. 33 CHAI). En mi opinión, tal afirmación implicaría dejar una vía abierta al incumplimiento reiterado de una norma imperativa en nuestro ordenamiento.

### 2.2.2. *El sistema de conversión de la adopción del art. 27 del CHAI: supuestos en los que la normativa extranjera no prevé la ruptura de vínculos entre el adoptado y su familia de origen*

El reconocimiento de pleno derecho (automático) de la adopción que cuenta con el certificado de conformidad al CHAI lo condiciona el Convenio a que la institución adoptiva produzca ambos efectos (creación y ruptura de vínculos) en los dos Estados (es decir, tanto en el país de recepción como en el país de origen). Dado que en nuestro país esto es así<sup>156</sup>, no habría ningún problema, en principio, si un español lleva a cabo una adopción con un Estado contratante del Convenio en el que, de acuerdo con su legislación nacional, la adopción contemple también este doble aspecto. Pero ¿qué sucedería si la legislación de ese Estado extranjero no reconociera que la adopción también supone una ruptura de vínculos entre el adoptado y su familia biológica<sup>157</sup>? Se trata de supuestos de adopciones simples, que también tienen cabida en el CHAI. De hecho esta situación se da con relativa frecuencia, pues son bastantes los países de origen de menores que no recogen en su regulación interna la ruptura de vínculos entre el adoptado y su familia de origen.

De acuerdo con el art. 27 del Convenio, podría el Estado receptor del menor «convertir» esa adopción, adecuándola a su normativa interna. Dicho precepto<sup>158</sup> dispone:

*«Si la adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio, dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto si: a) la ley*

<sup>153</sup> V. en este sentido, la R.D.G.R.N. (3.ª) de 24 de septiembre de 2002, sobre adopción ecuatoriana, en la que se llega a la conclusión de que pese a no contar con el certificado de conformidad al CHAI, la adopción es inscribible (siempre y cuando, en ese caso concreto, se aporte por los solicitantes el certificado de idoneidad).

<sup>154</sup> En contra, entre otros, Flora CALVO BABIO, «Nota a las Resoluciones de la D.G.R.N. de 25 de marzo (2.ª) de 6 de mayo, de 23 de julio y (2.ª) de 19 de septiembre de 1998» en *REDI*, vol. LI, n.º 1, 1999, p. 237.

<sup>155</sup> Gonzalo PARRA ARANGUREN, *Rapport explicatif «Actes et documents de la Dix-septième session»*, tome II, *Adoption-coopération*, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haya, 1994, p. 478 y ss. y p. 612.

<sup>156</sup> V. José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1999, p. 468.

<sup>157</sup> El efecto de la creación de vínculos en todo caso habría de reconocerlo puesto que el art. 26 del CHAI impone a ambos Estados, independientemente de lo que establezca al respecto su legislación interna, reconocer dicho efecto así como el de creación de responsabilidad del adoptante para con el adoptado.

<sup>158</sup> *A sensu contrario* al expresarse este precepto en términos de posibilidades, es decir, al admitir que podrá facultativamente cada Estado en cuestión legislar sobre este punto como le parezca oportuno, puede afirmarse que no es una norma imperativa.

*del Estado de recepción lo permite y b) los consentimientos exigidos en el art. 4, apartados c) y d) han sido o son otorgados para tal adopción.»*

Será por tanto necesario que la ley del Estado de recepción (esto es, de España, en nuestro caso) así lo permita<sup>159</sup> y que consten los consentimientos requeridos para constituir la adopción, tal y como dispone el Convenio en su art. 4 (si bien, nada obsta, en mi opinión, a que en el caso de que faltaran pudieran prestarse con posterioridad)<sup>160</sup>. «*La pregunta es: ¿Lo admite nuestro ordenamiento?»*<sup>161</sup>. Como ya tuve ocasión de argumentar, considero que una interpretación restrictiva es precisamente la más garantista con el interés superior del menor, por lo que si nuestro ordenamiento interno hubiera previsto expresamente la conversión, la adopción se convertiría, reconociéndose, y se procedería a su inscripción. Pero si nada se hubiera establecido al respecto, como parece que así ha ocurrido (ya que no hay norma alguna que recoja específicamente el fenómeno de la conversión)<sup>162</sup>, ¿qué sucederá?, ¿se denegará el reconocimiento de la adopción que ha sido constituida según lo establecido en el CHAI únicamente porque se incumpla alguno de los efectos anteriormente mencionados y porque nuestro país ha omitido legislar acerca de la conversión de este tipo de adopciones?

Independientemente de la postura que se mantenga al respecto, hay que reconocer que en nuestro Derecho no se encuentra previsto expresamente un sistema de conversión como el que alude el CHAI. Por ello, como sostiene RODRÍGUEZ BENOT<sup>163</sup>, la cuestión pasa necesariamente por la interpretación que se lleve a cabo del párrafo 4.º del art. 9.5 CC, que establece:

*«Los consentimientos exigidos por tal ley podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente.»*

Este autor sostiene que la respuesta será: «*(...) afirmativa, si se opta por una interpretación amplia o flexible favor minoris (...), y negativa si se acoge a un criterio hermenéutico restrictivo como viene haciendo la D.G.R.N. (que mantiene la exigencia de constituir una nueva adopción)*».

<sup>159</sup> Parte de la doctrina se ha cuestionado el alcance de la expresión: «*si la ley del Estado de recepción lo permite*» puesto que esta permisión ¿a qué hace referencia?, ¿se refiere a que permita que se reconozca tal adopción o a que el Estado en cuestión permita la adopción plena? Evidentemente, dependiendo del enfoque que se dé a esta cuestión la respuesta a la misma podrá ser totalmente diferente. En mi opinión, el precepto hace alusión expresa a que la ley del Estado de recepción permita la posibilidad de la conversión de la adopción, porque si se interpretara la expresión «*permite*» como alusiva a que el Estado permite la adopción que tenga como uno de sus efectos la ruptura de vínculos con la familia biológica, se estaría sosteniendo que siempre que esto sea así dicho Estado se vería en la obligación de aceptar la conversión por haber ratificado el CHAI cosa que desde mi punto de vista es errónea. V., en contra, Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, «Nota a la R.D.G.R.N. de 16 de septiembre de 1996» en *REDI*, vol. L, n.º 1, 1998, p. 314.

<sup>160</sup> V. el Auto de la AP de Barcelona, sección 18.ª, de 22 de octubre de 1999.

<sup>161</sup> V. Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala)» en *RGD*, n.º 647, abril, 2000, p. 4435.

<sup>162</sup> V. Cristina DE LORENZO BROTONS, «Adopciones internacionales irregulares o no reconocidas en España: situación jurídica de los menores extranjeros desplazados a España con motivo de su adopción» en *RMTAASS*, n.º 20, 1999, pp. 106-107. En el mismo sentido se manifiesta BORRÁS RODRÍGUEZ, que critica el proceder de España con relación a la ratificación de los Convenios ya que «*(...) se ratifica un convenio sin adaptar antes la legislación interna y, aunque sean convenios self-executing, se necesita, o es conveniente que la legislación interna tenga los mecanismos idóneos para hacer más fácil su aplicación. Éste es el caso concreto de la adopción, puesto que no hay previsto un procedimiento particular para la transformación de la adopción simple en plena*». V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «El Convenio de la Haya en materia de adopción internacional: una visión desde España» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999, pág. 15.

<sup>163</sup> Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apdo. 5, del Código Civil en materia de adopción internacional» en *REDI*, vol. LI, n.º 2, 1999, p. 816.

Lo cierto es que aunque tradicionalmente se había venido utilizando esta disposición como un mecanismo de conversión de la adopción simple extranjera en la adopción plena española, tras la entrada en vigor de la LO 1/1996 que exige la equivalencia de efectos entre ambas adopciones, la cuestión no es tan simple y no es suficiente con la prestación de los consentimientos exigidos para que pueda reconocerse la adopción. GONZÁLEZ BEILFUSS<sup>164</sup> ha criticado que el legislador no suprimiera este precepto ya que si se quiere impedir que la conversión se produzca únicamente con la prestación de tales consentimientos, en tanto en cuanto, se exige la equivalencia de efectos entre la adopción extranjera que pretende convertirse y la adopción española, «(...) resulta incoherente dejar el precepto inalterado, mientras que si se quiere posibilitar la conversión hubiera sido necesario desarrollar esta figura».

En mi opinión, paralelamente al hecho de que considero que es necesaria una modificación de la normativa en esta materia (básicamente en el sentido de instaurar un sistema específico de conversión de la adopción simple a la adopción plena, tal y como prevé el CHAI), creo más acorde al respeto del principio de seguridad jurídica la postura que viene sosteniendo la D.G.R.N. (esto es, la necesidad de constituir una nueva adopción) que no parece vulnerar el principio del interés superior del menor<sup>165</sup>. A favor de esta interpretación se manifiesta BORRÁS RODRÍGUEZ<sup>166</sup> cuando afirma que: «Si se trata de un supuesto en que se ha constituido una adopción simple en el extranjero, no existiendo proceso específico para la transformación, deberá procederse a la constitución de una adopción plena en España (...)». No obstante, como afirma ADROHER BIOSCA<sup>167</sup>, hay que reconocer que en la práctica en pocas Resoluciones la D.G.R.N. se ha planteado el examen de la ley aplicable.

### 2.3. Reconocimiento de las adopciones constituidas en un país que tiene firmado un Convenio bilateral con España en materia de reconocimiento

España ha firmado convenios bilaterales con otros países en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en los que, si bien no reducen su ámbito material de aplicación a las resoluciones constitutivas de adopciones, sí incluyen expresamente dentro del

<sup>164</sup> Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional» en *REDI*, vol. XLVIII, tomo I, 1996, p. 501 y ss.

<sup>165</sup> Obviamente el interés del menor se vería mejor garantizado si la adopción que se constituyó a su favor en su país de origen se viera reconocida en España sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento adoptivo. Pero dado que en la práctica no existe un mecanismo de conversión de la adopción simple a la plena (pese a que el mismo sí se encuentra previsto en el CHAI), debe considerarse esta opción como la más garantista de cuantas se disponen del interés superior del menor. Pudiera verse una previsión de la conversión de la adopción simple a la plena en la enmienda n.º 3 a la actual Ley 18/1999 presentada por el Grupo Parlamentario de CiU (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, serie B, n.º 178-1, 18 de marzo de 1998), que no fue aceptada, cuando en uno de sus párrafos (en el 2.º) sostenía que: «Cuando una adopción constituida en el extranjero hubiese sido certificada de conformidad a lo establecido en los Convenios y Tratados aplicables en materia de adopción internacional, y aún en el caso de que en el Estado de origen la adopción no tenga por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, el Juez encargado del Registro Civil Central podrá inscribir tal adopción con plenos efectos si se han aportado los consentimientos exigidos para ello».

<sup>166</sup> V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «El Convenio de la Haya en materia de adopción internacional: una visión desde España» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999, pág.16.

<sup>167</sup> V. Salomé ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 127. Esta autora cita, a modo de ejemplo, la R.D.G.R.N. de 6 de marzo de 1997 como ejemplo de Resolución en la que la D.G.R.N. sí se planteó el análisis de la ley aplicada a la constitución de la adopción. (V. nota al pie n.º 61 de la *ob. cit.*).

mismo los actos de jurisdicción voluntaria (donde, como ya he puesto de manifiesto, deben entenderse comprendidas las resoluciones por las que se constituyen las adopciones)<sup>168</sup>. Si la adopción que pretendiese tener eficacia en nuestro país hubiera sido constituida en uno de esos Estados, se debería acudir al procedimiento que prevé para el reconocimiento el correspondiente Convenio<sup>169</sup>. Obviamente, esta regla encuentra una importante excepción: si el país en cuestión también es parte del CHAI y la adopción se llevó a cabo según lo establecido en el mismo, el reconocimiento debe seguir el curso del CHAI. Tal cuestión no puede ser, en mi opinión, resuelta de otra manera (pues pudiera pensarse, por ejemplo, que fuera aplicable el Convenio bilateral en materia de reconocimiento y no el CHAI). Deberá en todo caso acudirse al CHAI (previsto específicamente, entre otras cosas, para el reconocimiento de las adopciones celebradas entre Estados contratantes del mismo) y no al Convenio bilateral (que tiene un ámbito material mucho más amplio). No obstante, la aplicación práctica de este tipo de Convenios en materia de reconocimiento de adopciones no es muy importante por lo que a nuestro país se refiere, en tanto en cuanto que la mayoría de los países con los que España ha firmado Convenios de este tipo son países de recepción de menores, y no de origen, por lo que no considero relevante detenerme en esta cuestión<sup>170</sup>.

#### 2.4. Reconocimiento de las adopciones constituidas al margen del Convenio de la Haya de 1993

El reconocimiento de las adopciones que no se han constituido conforme a lo estipulado en el CHAI y nuestro país no tiene firmado un Convenio bilateral en materia de reconocimiento de actos de jurisdicción voluntaria con el país extranjero en el que se constituyó la adopción, ha de

<sup>168</sup> Lógicamente estos Convenios bilaterales nada tienen que ver con los protocolos o acuerdos interinstitucionales a los que se ha aludido en apartados precedentes, porque en esta ocasión sí se trata de Convenios propiamente dichos, ratificados por los Parlamentos de los países firmantes (y no ante meros acuerdos de intenciones pactados entre organismos públicos competentes en materia de adopción, como sucede en el caso de los protocolos).

<sup>169</sup> V. Carlos ESPLUGUES MOTA, «El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España» en *RDIPP*, año XXXIII, n.º I, 1997, pp. 71-72; y del mismo autor, «Sobre la adopción internacional» en *RJCM*, n.º 23 (n.º especial: Protección del Menor), 1998, pp. 302-304.

<sup>170</sup> Los Convenios bilaterales en esta materia de los que España es parte son los siguientes:

1. Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales arbitrales y actos auténticos en materia civil y mercantil entre España y Francia, hecho en París el 28 de mayo de 1969 (art. 2). BOE n.º 63, de 14 de marzo de 1970. V. sobre el reconocimiento de decisiones extranjeras mediante el Convenio citado, José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, «Reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras» en *REDI*, vol. XXXIV, n.º 2-3, 1982, pp. 498-503.

2. Convenio sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre España e Italia, hecho en Madrid el 22 de mayo de 1973 (art. 12). BOE n.º 273, de 15 de noviembre de 1977.

3. Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania, hecho en Bonn el 14 de noviembre de 1983 (art. 1). BOE n.º 40, de 16 de febrero de 1988 (correc. de errores en BOE n.º 230, de 24 de septiembre de 1992).

4. Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y Austria, hecho en Viena el 17 de febrero de 1984 (art. 1). BOE n.º 207, de 29 de agosto de 1985.

5. Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Madrid el 13 de abril de 1989 (art. 15). BOE n.º 164, de 10 de julio de 1991 (correc. de errores en BOE n.º 193, de 13 de agosto de 1991).

6. Convenio entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987 (art. 2). BOE n.º 31, de 5 de febrero de 1992.

7. Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001 (arts. 15 y 16).

someterse al régimen previsto a tal efecto en nuestro ordenamiento jurídico que exige una serie de requisitos para que una adopción constituida al margen del derecho convencional pueda ser reconocida en España. El problema que plantea la ausencia de alguno (o algunos) de los requisitos con los que debería contar la adopción constituida en el extranjero es el de dilucidar su relevancia en cuanto a denegar el reconocimiento. Es decir, ¿son requisitos totalmente imprescindibles debiendo por ello proceder a la denegación del reconocimiento pese a que concurran los sustantivos? La cuestión no es pacífica en nuestra jurisprudencia registral, que hasta el momento se ha venido expresando en múltiples sentidos, lo que no hace más que aumentar la incertidumbre. Lo que sí parece estar claro, en principio, es que el Juez Encargado del Registro Civil ante el que se insta el reconocimiento (que, ante la falta de norma expresa que indique otra cosa, debe entenderse el competente)<sup>171</sup>, ha de comprobar que se cumplen los requisitos establecidos por las normas españolas.

Así las cosas, no hay que perder de vista el principio del interés superior del menor que debe informar cuantas decisiones se tomen con relación al mismo: ¿la aplicación de este principio puede suponer en la práctica que se pueda reconocer la adopción que carece de los requisitos formales para su validez por considerar que tal proceder es el único que garantiza el interés superior del adoptado en ese caso concreto? Esta cuestión cobra especial protagonismo con relación a los requisitos formales de la adopción, pues indudablemente será más difícil argumentar que una adopción que no cumple con los requisitos sustantivos exigidos por nuestra legislación no atenta contra el interés superior del menor, lo cual no sucede con la exigencia de que concurran los requisitos formales. También habrá que puntualizar la importancia de cada uno de estos requisitos (pues puede que no todos tengan el mismo valor), así como la posibilidad de que los mismos puedan ser o no subsanados y la trascendencia que supone tal proceder a la hora de efectuar el reconocimiento.

RODRÍGUEZ BENOT<sup>172</sup> plantea dos posibles soluciones a este problema, dependiendo del alcance que se le conceda a la expresión «efectos de la filiación» que recoge el art. 9.5. 4.º CC: por un lado, podría estimarse como necesario que la institución extranjera cuente tanto con el contenido *ad intra* del *status filii* (o sea, con el conjunto de derechos y obligaciones que vinculan al padre y/o madre con el hijo) así como con el contenido *ad extra* (ruptura o mantenimiento de los vínculos de filiación así como a la revocabilidad o no de la adopción); y por otro lado, podría defenderse que sólo el contenido *ad intra* del *status filii* ha de valorarse para proceder a reconocer una institución adoptiva extranjera. Para este autor, la segunda de las opciones es la que debe seguirse, debido a las siguientes razones: «1.ª Una primera de alcance teleológico: El favor filii (...) aconseja sostener la solución más satisfactoria posible en pro del interés del hijo, entendiendo por tal el favorecimiento de la convalidación o conversión en plena de la adopción simple válidamente constituida en el extranjero. (...) 2.ª Una segunda de orden literal: La citada Ley de protección jurídica del menor de 1996 ha añadido un nuevo párrafo 5.º al artículo 9.5.º del Código Civil cuya primera frase establece que «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española». Como se habrá apreciado, se habla de «adopción» constituida en el extranjero, como lo es la menos plena; luego a sensu contrario habría de ser reconocida en España

<sup>171</sup> V. Rosario ESPINOSA CALABUIG, «Una nueva reforma en materia de adopción internacional» en *RGD*, n.º 647, abril, 2000, p. 4347.

<sup>172</sup> V. Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala)» en *RGD*, n.º 647, abril, 2000, p. 4429 y ss. V. en idéntico sentido, el artículo del mismo autor, «La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero (una relectura del art. 9.5.º CC a la luz del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993)» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 191 y ss.

como adopción la constituida en el extranjero, si los efectos de aquélla se correspondiesen con los previstos por la legislación española, lo que podría ocurrir si se completaran ante una autoridad competente la prestación de ciertos consentimientos. 3.<sup>a</sup> La tercera (...) es de carácter sistemático: (...) la necesidad de realizar una interpretación de conjunto de nuestro sistema sobre reconocimiento de adopciones constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero que, teniendo en cuenta los intereses en presencia, asuma como superior el postulado del favor minoris (...)). En mi opinión, es la primera y no la segunda de las opciones que este autor plantea la que garantizará el interés superior del menor, en el sentido de que la adopción constituida en su país de origen debe tener necesariamente efectos similares a los que recoge nuestra legislación, lo que evitará conflictos futuros. No comparto, sin embargo, la segunda argumentación por él esgrimida relativa a que cuando nuestro CC hace alusión a la palabra «adopción» ha de interpretarse tal referencia hecha tanto a la plena como a la menos plena, por la sencilla razón de que nuestro ordenamiento únicamente reconoce en la actualidad un sistema de adopción: la plena. Sería absurdo obligar al legislador, cada vez que haga alusión a dicho término, a utilizar la coletilla de «plena», en tanto en cuanto se sobreentiende que es plena porque no existe otra. Por todo ello, es por lo que considero que habrán de tenerse en cuenta necesariamente los aspectos que a continuación expongo para que nuestro país pueda proceder a reconocer una adopción extranjera.

Los puntos que, en mi opinión, debe controlar la autoridad española que conoce del reconocimiento de la adopción constituida al margen del CHAI para determinar si la misma puede o no ser reconocida e inscrita en nuestro Registro Civil<sup>173</sup> se concretan en los siguientes<sup>174</sup>: la competencia de la autoridad extranjera que constituyó la adopción; la aplicación al procedimiento de constitución de la adopción de la Ley adecuada; la regularidad formal de los documentos que se le presentan (tanto para comprobar que se llevaron a cabo por los cauces formales como para corroborar su autenticidad); la equivalencia de efectos con la adopción española; el cumplimiento por parte del adoptante español de los requisitos que le impone nuestro ordenamiento jurídico (y, muy en particular, de la concurrencia del certificado de idoneidad que le avala para adoptar); y, por último, la ausencia de contrariedad con el orden público español.

#### 2.4.1. Control de la competencia de la autoridad extranjera que constituyó la adopción

ESPINAR VICENTE<sup>175</sup> plantea una doble interpretación de lo que deba entenderse por «competente autoridad extranjera». En este sentido sostiene que «(...) de un lado puede referirse a que el adoptante debe acreditar, en el momento del reconocimiento, que el órgano extranjero autorizante era realmente competente para constituir la adopción de acuerdo con las normas de conflicto de autoridades de su propia ley. Por otro lado, puede querer decir que la autoridad competente debe ser considerada como tal por el propio Sistema español». Aunque no deba detenerme en cuestiones de Derecho Procesal Civil Internacional, considero que para el Derecho español la autoridad extranjera competente para constituir una adopción que pretende ser reconocida en nuestro país es la de la nacionalidad o residencia habitual del adoptante o del adoptado en virtud de lo previsto en el art. 22 adpos. 3 y 5 LOPJ que se bilateraliza a estos efectos, tal y como sostiene la

<sup>173</sup> V. con relación al problema de derecho transitorio a raíz de la entrada en vigor de la LO 1/1996, Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, «El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español» en *BIMJ*, año LV, n.º 1888, 2000, p. 837 y ss.

<sup>174</sup> De otra manera llega a una conclusión similar ESTEVE GONZÁLEZ. V. Lydia ESTEVE GONZÁLEZ, «Nota a los Autos del Registro Civil Central de 21 de junio y de 4 de septiembre de 1996» en *REDI*, vol. XLIX, n.º 1, 1997, pp. 259-264.

<sup>175</sup> José M.ª ESPINAR VICENTE, «La protección del menor y los distintos modelos de familia» en *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, p. 375.

doctrina mayoritaria<sup>176</sup> así como algunas R.D.G.R.N. (entre las que pueden citarse, por ejemplo, las de 9 de junio de 1993 ó 4 de julio de 1994). No obstante, otros autores sostienen que, habrá que estar a lo que disponga la normativa nacional del país de origen<sup>177</sup>, ya que nuestro CC se limita a exigir que la autoridad que constituyó la adopción sea la competente, sin especificar nada más. Esta última postura también ha sido avalada en algunas ocasiones por la D.G.R.N.<sup>178</sup> En cualquier caso, concluyo con ESPINAR VICENTE<sup>179</sup> en que «*La expresión competente autoridad extranjera debe entenderse necesariamente referida al hecho de que, en cada situación concreta, puedan apreciarse unas conexiones capaces de enervar cualquier sospecha en torno al eventual carácter exorbitante con el que hubiese podido actuar la autoridad extranjera*».

Lo que sí es cierto es que el requisito de la competencia de la autoridad extranjera que constituyó la adopción se ha convertido en la práctica en esencial en tanto en cuanto la D.G.R.N. ha venido denegando el reconocimiento de la adopción constituida por autoridad incompetente extranjera. En este sentido la Resolución de 16 de marzo de 1994 estableció que: «*(...) No puede reconocerse (...) en este ámbito registral y sin perjuicio de lo que pudiera decidir la jurisprudencia civil ordinaria, validez ni eficacia para unas adopciones constituidas por autoridad incompetente según nuestras normas de conflicto*».

#### 2.4.2. *Identificación y control de la ley extranjera aplicada al proceso constitutivo de la adopción: necesidad de que se haya aplicado la ley del adoptando por lo que respecta a la capacidad y consentimientos necesarios*

De acuerdo con nuestro Derecho (art. 9.5 pfo. 4.º CC) habrá de comprobarse si la autoridad extranjera aplicó la ley nacional del adoptando, al menos, en dos aspectos concretos: por un lado, debe constatar la aplicación de la ley extranjera en lo relativo a la capacidad del menor para ser adoptado (es decir, si el mismo se encontraba o no en situación de adoptabilidad según lo establecido en el ordenamiento de su país), y por otro lado, ha de quedar claro que se cumplió con lo establecido en dicha ley extranjera en lo referente a la prestación de los consentimientos necesarios para poder constituir la adopción (entendidos estos consentimientos no en sentido estricto, sino en sentido amplio: todas las declaraciones de voluntad necesarias para constituir la adopción).

Resulta interesante valorar en su justa medida la obligación que impone nuestro ordenamiento de que para que la madre pueda prestar válidamente su asentimiento a la adopción es preciso que hayan pasado como mínimo treinta días tras el parto (art. 177.2 2.º *in fine* CC). En el ámbito de las adopciones internacionales surge el problema de que se inste el reconocimiento de una adopción en la que la madre prestó su asentimiento con anterioridad a dicho plazo. A mi juicio,

<sup>176</sup> V. nota al pie n.º 23 del artículo de Rosario ESPINOSA CALABUIG, «Una nueva reforma en materia de adopción internacional» en *RGD*, n.º 647, abril, 2000, p. 4346. Pero, tal y como se pregunta ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ¿con base en qué criterios puede afirmarse que la autoridad que constituyó la adopción en el país de origen del menor es la competente para hacerlo? Así, si bien la mayoría de la doctrina internacionalista sostiene que ha de llevarse a cabo una bilateralización de los criterios que sirven para delimitar la competencia de los órganos judiciales españoles, esto es, usar los mismos criterios que la LOPJ establece, este autor afirma que tal solución debe ser puntualizada. V. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La adopción internacional» en *VVAA, La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, pp. 108-109.

<sup>177</sup> V. Bartolomé VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 1994, p. 441.

<sup>178</sup> V., por ejemplo, las Resoluciones de la D.G.R.N. de 9 de febrero de 1989, de 16 de marzo y de 4 de julio de 1994 (2.ª) de 10 de noviembre de 1997, de 6 de mayo de 1998.

<sup>179</sup> José M.ª ESPINAR VICENTE, «La protección del menor y los distintos modelos de familia» en *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, p. 375.

tal adopción deberá ser reconocida (siempre y cuando no existan otros inconvenientes, claro está) puesto que en materia de capacidad del adoptado y de los consentimientos que han de prestarse para constituir la adopción ha de regir la ley nacional del adoptando que seguramente admite esta posibilidad. En caso de que no la admitiera, la adopción no sería reconocida, pero no porque atente contra el art. 177.2. 2.º CC, sino porque incumple uno de los requisitos para poder serlo: la ausencia de la aplicación de la ley nacional del adoptado en los aspectos citados (capacidad y consentimientos necesarios). Por tanto, si por ejemplo, la ley del país extranjero dispone que el adoptando mayor de diez años debe consentir su adopción, y tal consentimiento no se prestó, la adopción no podrá ser reconocida en España (independientemente de que nuestro ordenamiento no establezca tal proceder hasta que el adoptando cuente con al menos doce años, como ya se ha visto), salvo, eso sí, que lo emita posteriormente. Mientras que el requisito de la capacidad para ser adoptado (entiéndase, encontrarse en situación de adoptabilidad) no puede ser subsanado una vez constituida la adopción, no ocurre lo mismo con los consentimientos necesarios para constituir la<sup>180</sup>, que sí pueden ser adjuntados con posterioridad, tal y como permite el art. 9.5 pfo. 4.º CC (inciso 2.º):

*«Los consentimientos exigidos por tal Ley podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente.»*

Estos ejemplos pueden ser extrapolados a todas aquellas posibles diferencias que puedan apreciarse entre las normas que rigen la prestación de las declaraciones de voluntad necesarias para constituir una adopción según nuestro Derecho y las declaraciones que efectivamente se llevaron a cabo en la práctica. Incluso, ha de llegar a afirmarse que la adopción constituida en el extranjero en la que no medió el consentimiento del adoptante (cosa que difícilmente se dará en la práctica, pues la mayoría de los ordenamientos se cuidarán mucho de introducir este requisito para poder constituir una adopción, máxime cuando el adoptante es un extranjero que pretende adoptar a un menor nacional), que como se ha visto es *conditio sine qua non* para poder constituir válidamente una adopción en nuestro país<sup>181</sup>, podría ser reconocida si tal requisito es el que se halla previsto en la ley nacional del menor adoptado. No obstante, no hay que olvidar que podrá utilizarse en un caso como el planteado la excepción de orden público que a tal efecto juega un papel fundamental, como se verá. Cuestión distinta es que la adopción, pese a adolecer de tales vicios sea reconocida e inscrita en nuestro Registro Civil porque lo único que cabría sería plantear una posible nulidad del vínculo adoptivo.

GONZÁLEZ CAMPOS<sup>182</sup> además de poner en duda la necesidad de esta exigencia impuesta por el legislador, apunta que el que el art. 9.5 CC no especifique si esa ley aplicable es la de la nacionalidad, la del domicilio o la de la residencia habitual del menor, se debe al afán premeditado del legislador de dar un cierto margen de maniobra al Juez Encargado del Registro Civil, siempre y cuando éste fundamente su decisión en el principio del interés superior del menor. Para este autor, valdría que se hubiera aplicado la ley más favorable a la constitución válida de la adopción. No obstante, el precepto tampoco aclara si la «capacidad y consentimientos necesarios» hacen referencia al adoptante, al adoptando o bien a ambos, aunque la D.G.R.N. ha interpretado que se trata de la ley nacional del adoptando<sup>183</sup>.

<sup>180</sup> V. José M.ª ESPINAR VICENTE, «La protección del menor y los distintos modelos de familia» en *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, pp. 376-377.

<sup>181</sup> Cuestión distinta es que tras el reconocimiento e inscripción de la misma se planteen problemas sobre la autenticidad de dichas declaraciones de voluntad, pues ello va íntimamente relacionado con los motivos de extinción de la adopción.

<sup>182</sup> V. Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Madrid, 1995, p. 515.

<sup>183</sup> V. la R.D.G.R.N. de 4 de julio de 1994.

En otro orden de cosas, también habrá de verificarse si se aplicó o no la ley interna del Estado donde fue constituida la adopción y, además, el Encargado del Registro Civil deberá indagar también si la Ley extranjera se aplicó adecuadamente. Precisamente la carencia de este requisito ha supuesto que la D.G.R.N. haya venido denegado el reconocimiento<sup>184</sup>. Como concluye IRIARTE ÁNGEL<sup>185</sup>, desde el punto de vista de la D.G.R.N. «(...) estamos ante un requisito imprescindible, cuya omisión daría lugar a que la adopción extranjera no tuviese efectos en España». En la práctica es algo que casi siempre se dará, por lo que no reviste mayores problemas<sup>186</sup>.

#### 2.4.3. *El control de los documentos extranjeros: en especial, el de la resolución constitutiva de la adopción*

La regla general, de acuerdo con lo previsto en el art. 11 CC<sup>187</sup>, es que habrá que estar a lo que disponga la legislación nacional del país donde se constituyó la adopción para valorar si se han cumplimentado todas las formas y cada una de las formalidades necesarias. Partiendo de ello, a la hora de solicitar el reconocimiento es preciso, además, que todos los documentos extranjeros aportados hayan sido debidamente traducidos al español (si es que estuvieran en lengua distinta, tal y como dispone el art. 86 RRC), legalizados y autenticados. No obstante, hay que tener en cuenta que el art. 89 RRC exime de la legalización a aquellos documentos sobre los que el Encargado del Registro Civil no tenga dudas sobre su autenticidad, bien porque le han llegado por vía oficial o bien por diligencia bastante. Si ello no fuera así, la legalización deberá llevarse a cabo, pues de lo contrario, según la D.G.R.N. se estaría ante un defecto formal que impide la inscripción de la adopción<sup>188</sup>.

Por su parte, la LEC 1/2000 recoge en sus arts. 317 a 323 los requisitos con los que han de contar, con carácter general los documentos públicos<sup>189</sup>. Concretamente, la R.D.G.R.N. de 28 de abril

<sup>184</sup> V. por ejemplo, la R.D.G.R.N. de 6 de marzo de 1997 en la que se deniega la inscripción de una adopción china porque la misma no reúne los requisitos previstos por la Ley china para la constitución de la adopción (también deniega el reconocimiento porque no se aporta el pertinente certificado de idoneidad).

<sup>185</sup> V. José Luis IRIARTE ÁNGEL, «Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 118.

<sup>186</sup> IRIARTE ÁNGEL pone de relieve el problema que revierte esta cuestión en los Estados plurilegislativos, tal y como lo es, por ejemplo, Méjico. Afirma que «(...) cuando la adopción se constituya en un Estado extranjero plurilegislativo, con distintas legislaciones sobre adopción aplicables en diferentes ámbitos de su territorio, es preciso tener en cuenta cual es la regulación vigente en la concreta unidad territorial donde la adopción se ha constituido». José Luis IRIARTE ÁNGEL, «Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 121. En contra de esta exigencia se manifiesta Carlos ESPLUGUES MOTA, «Sobre la adopción internacional» en *RJCM*, n.º 23 (n.º especial: Protección del Menor), 1998, p. 295.

<sup>187</sup> El art. 11 CC dispone que: «1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido (...). 2. Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse en el extranjero. (...)».

<sup>188</sup> V. la R.D.G.R.N. 1.ª de 22 de enero de 1998.

<sup>189</sup> Concretamente el art. 323 LEC 1/2000 se refiere a los documentos públicos extranjeros de la siguiente manera: «1. A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuirseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley. 2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos: 1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. 2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. 3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos».

de 1994 (relativa a una adopción nepalí) sostuvo que, si bien es preceptiva la legalización de los documentos relativos a la constitución de la adopción en el extranjero con carácter previo, puede procederse al examen del caso pese a que no se presentó el certificado de nacimiento de la menor adoptada (porque en ese país no se expiden tales certificados y porque además, la menor fue abandonada y no constaba inscrita)<sup>190</sup>. Transcribo parte del tenor literal del FJ 2.º de la citada Resolución por considerarlo muy ilustrativo: «*De lo que podría dudarse, por falta de la legalización preceptiva (art. 88 RRC), es de la autenticidad de los documentos aportados; ahora bien, no hay que olvidar que el artículo 89 del Reglamento del Registro Civil permite al Encargado, aún siendo preceptiva la legalización de los documentos extranjeros, prescindir de ésta, si le consta la autenticidad (...). A la vista de que el documento básico de la adopción se ha acompañado de su original en inglés y nepalí, incluso con las fotografías de los intervinientes, y dado que la traducción ha sido comprobada por el Consulado Real de Nepal en Barcelona, está justificada la decisión del Encargado de no exigir legalización*».

Existe otra vía para acreditar que el documento es auténtico: la apostilla. Se encuentra regulada en el Convenio por el que se suprime la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961<sup>191</sup>. La apostilla es una especie de sello que se adhiere al documento y que garantiza su autenticidad<sup>192</sup>. No obstante, es requisito imprescindible para poder acudir a esta vía de legalización que el país extranjero en cuestión sea parte, al igual que España lo es, del citado Convenio.

#### 2.4.4. *Concurrencia del certificado de idoneidad del adoptante expedido por la competente autoridad española*

En las adopciones internacionales<sup>193</sup> la importancia de que concurra el certificado declarando la idoneidad se pone de manifiesto claramente en la reforma del art. 9.5 del CC por la LO

<sup>190</sup> V. con relación a esta Resolución, el comentario de Pilar DOMÍNGUEZ LOZANO, «Comentario a la Resolución de la D.G.R.N. de 28 de abril de 1994» en *CCJC*, n.º 38, abril-agosto, 1995, pp. 433-440. Esta autora sostiene, entre otras razones, que la vía más adecuada para proteger en última instancia el interés superior del menor pasa por una interpretación restrictiva del art. 89 RRC. En este sentido se pregunta: «¿Se garantiza mejor el interés del menor flexibilizando la tramitación de la inscripción, aún a riesgo de debilitar los controles de verificación del acto extranjero?, o, por el contrario ¿la protección del adoptado exige más rigor en los controles en previsión de actuaciones o tráficós fraudulentos, clandestinos, o sencillamente desaconsejables en atención a su interés?». En mi opinión, y aunque he de reconocer que la argumentación de esta autora es razonable, considero que el art. 89 RRC no ha de ser interpretado restrictivamente por lo que a la adopción de menores extranjeros se refiere, sino que basta sencillamente con que sea aplicado con rigor: únicamente cuando al Encargado efectivamente le conste la autenticidad procederá a eximir del requisito de la legalización. De esta manera, se está también garantizando el interés del menor, puesto que el mismo no verá cómo el procedimiento de reconocimiento de su adopción se dilata en el tiempo únicamente porque falta tramitar el requisito formal de la legalización pese a constarle al Encargado la autenticidad de los documentos aportados.

<sup>191</sup> BOE n.º 229, de 25 de septiembre de 1978. V. también, el RD 2433/19878, de 2 de octubre así como la Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1978.

<sup>192</sup> Concretamente el art. 3 del citado Convenio establece a este respecto que: «*La única formalidad que puede exigirse para certificar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre de que el documento esté revestido, será la fijación de la apostilla (...), expedida por la autoridad competente del Estado del que dimana el documento*».

<sup>193</sup> Por lo que respecta a los supuestos de adopciones nacionales parece que no cabe otra posibilidad que adjuntar el certificado de idoneidad antes o durante el proceso judicial de constitución de la adopción, pero nunca después de haber recaído el Auto judicial (que en caso de faltar dicho certificado probablemente sea, salvo en supuestos excepcionales en los que el interés del menor quede garantizado y el Juez esté totalmente seguro de la idoneidad del solicitante, desestimatorio de las pretensiones del adoptante, esto es, no constitutivo de la adopción). En este sentido, ya el art. 176.2 CC, al hablar de la propuesta previa (que con carácter general ha de presentar la autoridad pública al órgano judicial), recoge la posibilidad de que la declaración de idoneidad pueda ser previa a la propuesta, afirmación que por otra parte refuerza la solución anteriormente expuesta.

1/1996<sup>194</sup>, que establece en su 2.º inciso que no será reconocida por nuestro país la adopción extranjera: «(...), mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción». Esta exigencia se erige como imprescindible a efectos del reconocimiento por nuestro país de la adopción constituida en el extranjero<sup>195</sup>: de no mediar el certificado declarando la idoneidad la adopción no podrá ser reconocida<sup>196</sup>, tal y como ha venido sosteniendo reiteradamente la D.G.R.N., de la misma manera que el no contar con el certificado de idoneidad imposibilita al Juez español para constituir una adopción<sup>197</sup>.

En efecto, la D.G.R.N. ha venido exigiendo como preceptiva la concurrencia del certificado que declara idóneo al adoptante para poder reconocer la adopción, sancionando a las que carecen de él con el no reconocimiento<sup>198</sup> (y obligando, en la mayoría de los casos, al adoptante a instar la constitución *ex novo* de la adopción en nuestro país). A raíz de una consulta del Director General de Asuntos Consulares, el 14 de marzo de 1996 el Director General de Registros y Notariado concluyó que: «(...) las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera, cuando el adoptante es español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción, requieren para su inscripción en el Registro español, siempre que ésta se haya solicitado después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que la entidad pública española competente declare la idoneidad del adoptante»<sup>199</sup>. Por todo ello es por lo que ESPINOSA CALABUIG<sup>200</sup> afirma que es necesario definir la falta del certificado de idoneidad «(...) no como un defecto formal fácilmente subsanable, tal como se ha hecho en alguna ocasión por la D.G.R.N., sino como un requisito sustancial imprescindible, cuya valoración deberá entenderse integrada en la fase previa a la constitución y posterior reconocimiento de la adopción».

Una cuestión interesante es la relevancia exacta de la situación que se produce cuando, a pesar de que el solicitante cuenta con un certificado de idoneidad previo a la constitución de la adop-

<sup>194</sup> «(...) dando de esta manera cumplimiento al compromiso adquirido en el momento de la ratificación de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas que obliga a los Estados parte a velar porque los niños o niñas que sean adoptados en otro país gocen de los mismos derechos que los nacionales en la adopción.». Exposición de Motivos II pfo. 28 de la LO 1/1996.

<sup>195</sup> V. María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera» en *ArC*, tomo I, 1999, p. 1735 y ss.

<sup>196</sup> V. a favor, José Manuel ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «El Registro Civil Central» en *BIMJ*, año LII, n.º 1834, 1 de diciembre de 1998, p. 3457 (donde sigue lo que la D.G.R.N. dispuso en la Resolución de 29 de noviembre de 1996: «La claridad de esta norma (refiriéndose al art. 23 del CHAI), que debe ser tenida en cuenta en su calificación por el encargado del Registro Civil (...) obliga a rechazar las inscripciones de las adopciones en tanto no se obtenga la oportuna declaración de idoneidad de los adoptantes suscrita por la competente entidad pública, de conformidad con las atribuciones que en materia de adopción internacional confieren a estas entidades tanto el artículo 25 de la citada la Ley de Protección Jurídica del Menor como el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, al que remite precisamente dicho artículo 25»). V. sobre la citada R.D.G.R.N., Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, «Nota a la R.D.G.R.N. de 29 de noviembre de 1996» en *REDI*, vol. L, n.º 1, 1998, pp. 315-317. En el mismo sentido se pronuncia la R.D.G.R.N. de 19 de septiembre de 1998 sobre adopción venezolana. No obstante, esta afirmación también podría verse matizada en algunos casos. Tal y como reconoce Patricia 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)» en *AC*, tomo I, vol. 2.º, 1998, p. 25 (y nota 68), si la concurrencia del certificado de idoneidad se exigiera mucho tiempo después de realizada la adopción, esta exigencia carecería de sentido.

<sup>197</sup> V., por ejemplo, el Auto de la AP de Zaragoza (2.º) de 15 de febrero de 2000, relativa a un procedimiento de constitución *ex novo* en España de una adopción de un menor mejicano.

<sup>198</sup> V., la R.D.G.R.N. de 6 de marzo de 1997 y tres Resoluciones de 16 de febrero de 1998.

<sup>199</sup> V., en este sentido y a modo de ejemplo, las Resoluciones de la D.G.R.N. de 29 de noviembre de 1996 y de 17 de enero de 1997.

<sup>200</sup> Rosario ESPINOSA CALABUIG, «Una nueva reforma en materia de adopción internacional» en *RGD*, n.º 647, abril, 2000, p. 4361.

ción emitido por la autoridad competente, el mismo fue emitido para otro país (piénsese, por ejemplo, que en el certificado se recoge que se es idóneo para adoptar en la Federación Rusa y sin embargo, se adopta en La India<sup>201</sup>). En la mayoría de las CCAA<sup>202</sup>, en el impreso de solicitud de valoración para la adopción internacional, existe una casilla en la que el solicitante debe hacer constar expresamente el país en el que desea adoptar<sup>203</sup>. Hay que cuestionarse, si realmente la inclusión por parte de la Administración pública del país para el cual es idóneo es un requisito esencial de dicho certificado o no. La solución a la que se llegue dependerá en demasía de dicha puntualización: si es un requisito esencial, no valdrá el certificado, y si no lo es, en principio, sí valdría. En mi opinión, en estos casos el Encargado del Registro Civil ha de constatar la ausencia de certificado de idoneidad, puesto que parto de la base de que si el certificado se ha emitido para un país en concreto es porque la Administración considera que se es idóneo para ese país y no para otro, salvo que se siguiera un nuevo proceso de valoración que concluyera satisfactoriamente para los intereses del solicitante. Ciertamente, también se podría defender que el certificado valga si la adopción se llevó a cabo con un país que puede identificarse fácilmente con aquel que consta en el certificado. Así, en el ejemplo al que antes hice referencia (o sea, cuando se fuera idóneo para adoptar en la Federación Rusa y realmente se adopte en La India), sí está clara que la realidad de ambos países es diametralmente opuesta. Pero ¿qué sucedería si se es idóneo para adoptar en Perú y finalmente se adopta en Ecuador? Como se sabe, éstos son países con historias y rasgos identificativos muy similares (cercana situación geográfica, mismo idioma, semejantes rasgos étnicos, etc.). Pienso que dada la importancia de la cuestión, la solución debe ser tajante: no reconocer en ningún caso ese certificado de idoneidad concedido para otro país, salvo que excepcionalmente se entrevea claramente que también se le hubiera declarado idóneo para adoptar en el país en el que finalmente adoptó, pues de lo contrario se estaría dejando abierta la posibilidad de elegir el país que se desee, independientemente de cuál sea aquel para el que se ha declarado idóneo, a lo que habría que añadir el sinfín de problemas prácticos que se plantearían (siendo el principal el averiguar un criterio válido que indique en qué casos se trata de países similares y cuando no)<sup>204</sup>. Sin embargo, considero que el certificado de idoneidad no debería incluir el país en el que se va a adoptar sino que éste debería ser emitido con carácter general, lo cual no merma de modo alguno la protección debida al menor y sí agiliza enormemente los trámites en caso de que se deba cambiar de país<sup>205</sup>.

Ante un supuesto parecido se estaría en aquellos casos en los que el certificado recoja un requisito de la idoneidad que incumple la adopción constituida: por ejemplo, se especifica que se es

<sup>201</sup> En la R.D.G.R.N. de 22 de enero de 1998, la Dirección General tuvo ocasión de analizar un supuesto muy similar al descrito. Concretamente, se denegó la inscripción a un menor rumano al contar los adoptantes con un certificado de idoneidad emitido por la autoridad competente (en el supuesto, la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid), pero en el que constaba expresamente que la idoneidad que se certificaba era para adoptar a un menor de origen indio.

<sup>202</sup> Ello no sucede en todas. Por ejemplo, la CA de Andalucía prevé expresamente en su normativa (art. 53.4 del Decreto 282/2002, de 12 de noviembre) que la declaración de idoneidad será válida para la solicitud de adopción que haya de tramitarse ante cualquier Estado.

<sup>203</sup> V. el modelo de Solicitud de Valoración para la Adopción Internacional que aparece en el libro de la Junta de Extremadura (Consejería de Bienestar Social: Dirección General de Infancia y Familia), *Guía de adopción*, Dir. y Coord. Francisco MERIDENO NIETO, 1999, p. 34.

<sup>204</sup> Piénsese que incluso en el supuesto planteado (Perú-Ecuador), podrían argumentarse válidamente un sinfín de diferencias entre ambos que pudieran desaconsejar la adopción. Todos y cada uno de los países presentan características particulares que los diferencian notablemente unos de otros.

<sup>205</sup> CALVO BABIO considera que el que el certificado de idoneidad incluya el país para el que el adoptante ha sido declarado idóneo para adoptar, puede tratarse de una práctica de la Administración que bien pudiera tacharse de inconstitucional, por cuanto se dirigen las adopciones hacia los países que se consideran adecuados. V. Flora CALVO BABIO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas» en *La Ley*, año XIX, n.º 4628, 1998, p. 2.

idóneo para adoptar a un menor de cinco años y se adopta a uno de quince. Habrá que entrar en el fondo del caso concreto. Por ello, la conclusión a la que ha de llegarse es que no basta con la mera presentación de la certificación acreditativa de la idoneidad para adoptar, sino que es preciso, también, que la misma se adapte a las concretas circunstancias de la adopción.

En todo caso, hay que afirmar que es imprescindible la concurrencia del certificado de idoneidad a lo largo del proceso adoptivo<sup>206</sup>. Si el mismo puede concurrir en cualquier momento o es preceptiva su existencia en uno determinado a partir del cual ya no es posible presentarlo, es otra cuestión<sup>207</sup>. Últimamente se discute mucho sobre si el certificado de idoneidad *ex post* (el otorgado con posterioridad a la constitución de la adopción) es válido o necesariamente debe ser emitido con anterioridad<sup>208</sup>. Piénsese, como sostiene SALA TORREGOSA<sup>209</sup>, que las Autoridades españolas no pueden vincular a todas las Autoridades extranjeras en el sentido de que se abstengan de constituir adopciones a favor de españoles residentes en España porque no han sido declarados idóneos para adoptar por nuestro país.

De los debates parlamentarios de la LO 1/1996 y de la Exposición de Motivos de dicha norma se infiere que no es jurídicamente defendible la concurrencia *ex post* de dicho certificado<sup>210</sup>. Pese a ello, hay opiniones en uno u otro sentido. Desde mi punto de vista, el certificado de idoneidad *ex post* será válido siempre y cuando no se esté hablando de adopciones celebradas de acuerdo con el CHAI (puesto que en estos casos es absolutamente necesario que el certificado conste desde un primer momento)<sup>211</sup>. Esta posibilidad parece deducirse del empleo por el legis-

<sup>206</sup> Parece manifestarse en contra ESPINAR VICENTE cuando afirma que «(...) sancionar la ausencia de la declaración de idoneidad con el no reconocimiento de la adopción nos parece excesivo. (...) La relación adoptiva existe donde se constituyó, las partes quisieron establecerla, el Estado del adoptando consideró idóneo al adoptando; no parece justo que se niegue el reconocimiento». V. José M.<sup>a</sup> ESPINAR VICENTE, «La protección del menor y los distintos modelos de familia» en *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, p. 379.

<sup>207</sup> Con relación a qué sucede con aquellas adopciones que cuando se empezaron a tramitar no se precisaba imperativamente por nuestra legislación la concurrencia del certificado de idoneidad y que pretenden ser reconocidas una vez que ya entró en vigor esta normativa, V. Flora CALVO BABIO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas» en *La Ley*, año XIX, n.º 4628, 1998, donde la autora critica una R.D.G.R.N. por considerarla atentatoria contra el principio de seguridad jurídica y el principio del interés superior del menor.

<sup>208</sup> Pudieran diferenciarse dos supuestos: uno en el que a pesar de haberse pedido el certificado con anterioridad a la adopción éste es emitido una vez constituida, y otro, en el que tanto la petición del certificado como la emisión del mismo por el organismo competente se producen tras la adopción. No obstante, la diferencia en la práctica entre ambos supuestos no es substancial ni relevante (únicamente puede entverse una disposición a cumplimentar todos los trámites legales en el adoptante que solicitó el certificado con anterioridad a la adopción), por lo que no considero necesario hacer hincapié en esta diferencia.

<sup>209</sup> Luis SALA TORREGASA, «El reconocimiento de las adopciones internacionales en España» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, pp. 261-262. Este autor, para solucionar el problema de la concurrencia *ex post* del certificado, llega incluso a plantear la posibilidad de eximir al adoptante de la obligación de aportarlo. En mi opinión, esta postura es rechazable porque si bien es cierto que se facilitarían los trámites y no se plantearían en la práctica problemas como el aquí descrito, no se estaría salvaguardando el interés superior del menor que exige, sin lugar a dudas, que sea entregado a una familia que haya sido previamente examinada y declarada apta para poder atenderle.

<sup>210</sup> V. Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, «El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español» en *BIMJ*, año LV, n.º 1888, 2000, pp. 839-840 (en especial, V. nota al pie n.º 104).

<sup>211</sup> Como se ha visto, el CHAI prevé expresamente que las adopciones que se hayan realizado conforme a él cuentan con un certificado de conformidad al Convenio para que puedan acogerse al régimen especial de reconocimiento que el mismo prevé (y que ya implica la existencia previa del certificado de idoneidad). Es decir, no se podrá acreditar que la adopción es conforme al CHAI si no se tiene ya el certificado de idoneidad. La cuestión no es baladí, pues el hecho de contar con dicho certificado implica necesariamente el reconocimiento de pleno derecho de la adopción (art. 23 CHAI). Por todo ello, DE LORENZO BRÓTONS afirma que «(...) parece que la redacción del nuevo párrafo 5.º del artículo 9.5 CC ha ido demasiado lejos, ya que el texto actual sólo se aplicaría a las adopciones que quedan fuera del Convenio, para las cuales cabe la presentación del certificado, incluso una vez constituida la adopción: basta con que se presente el certificado en el momento de la inscripción. En cambio, para las adopciones realizadas de acuerdo con Convenio, dicho certi-

lador de la palabra «mientras» en el art. 9.5 CC<sup>212</sup>, tal y como afirma PANTOJA GARCÍA<sup>213</sup>. En este sentido se ha pronunciado la D.G.R.N.<sup>214</sup> (aunque no todas sus Resoluciones se manifiestan de esta manera)<sup>215</sup> así como algunas de las normas autonómicas. Concretamente, la LAIM de Canarias en su art. 77.4<sup>216</sup> contempla la idoneidad *ex post* en el sentido aquí expuesto, circunstancia que ASÍN CABRERA<sup>217</sup> valora positivamente «(...) ya que a pesar de los inconvenientes que ello conlleva, contribuye a flexibilizar y mitigar los efectos de no reconocimiento establecidos en el art. 9.5 del CC»). Como afirma HERRÁN ORTIZ<sup>218</sup>, que sigue en este punto a MELENDO MARTÍNEZ, «Algunos autores no dudan en afirmar que dado el carácter administrativo de dicho requisito, su omisión nunca podrá conllevar la nulidad del acto, ello porque el principio fundamental del interés del menor ha de presidir la interpretación de las normas sobre adopción; de forma que habrá que concluir que en la citada adopción se ha prescindido de una medida de control administrativo, y no de un requisito sustancial o constitutivo, con lo que nada impide su complemento posterior».

---

ficado de idoneidad debe ser enviado por la Autoridad Central del Estado de recepción a la del Estado de origen antes de la constitución de la adopción (art. 15 CHAI)». Cristina DE LORENZO BRÓTONS, «El Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional: la difícil transición hacia la puesta en práctica» (conferencia pronunciada en uno de los grupos de trabajo de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999, p. 4. En ocasiones, países parte del CHAI han hecho caso omiso de la necesidad de que concurra el certificado de idoneidad y han constituido adopciones. Ello ha desembocado en la existencia de adopciones «claudicantes». V. Salomé ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 134 (en especial, V. nota al pie n.º 86); Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, «El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español» en *BIMJ*, año LV, n.º 1888, 2000, p. 831 y ss.

<sup>212</sup> Dicho precepto dispone entre otras cosas: «No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español (...) *mientras* la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción».

<sup>213</sup> V. Félix PANTOJA GARCÍA, *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Madrid, 1997, p. 74. A favor, Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, «Nota a la R.D.G.R.N. de 29 de noviembre de 1996» en *REDI*, vol. L, n.º 1, 1998, p. 317.

<sup>214</sup> V., por ejemplo, las Resoluciones de la D.G.R.N. de 20 de septiembre de 1997 y (3.ª) de 16 de febrero de 1998.

<sup>215</sup> En alguna ocasión (como por ejemplo sucedió en la R.D.G.R.N. de 6 de febrero de 1998) se ha dado incluso por suficiente el informe psicosocial favorable emitido por los profesionales de la CA, ya que así se estaba garantizando de alguna manera la intervención en el proceso de la Administración Pública. V. Flora CALVO BABIO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas» en *La Ley*, año XIX, n.º 4628, 1998, p. 2.

<sup>216</sup> Este artículo dispone que: «Cuando, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil, se hubiere constituido un a adopción en el extranjero por adoptantes españoles residentes en Canarias, y no fuera reconocida en España al no haberse declarado previamente la idoneidad de los adoptantes, para obtener la misma deberán dirigir la oportuna solicitud al órgano competente de la Administración autonómica, quien determinará la idoneidad o no de los adoptantes con arreglo a los criterios de valoración fijados para la adopción y atendiendo a las circunstancias concretas de los menores extranjeros adoptados». Este precepto ha sido objeto de desarrollo reglamentario por el art. 48 del Decreto 54/1998, de 17 de abril por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, que dispone: «1. En los supuestos en que, con arreglo a la legislación vigente, fuere preceptiva la declaración de idoneidad, por la Administración autonómica, del adoptante o adoptantes, para el reconocimiento en España de una adopción constituida en el extranjero, los interesados deberán dirigir la oportuna solicitud de declaración de idoneidad a la Dirección General de Protección del Menor y la Familia. 2. La solicitud deberá ir acompañada de la documentación exigida en el artículo 22 de este Decreto, así como de los documentos que sobre la adopción constituida en el extranjero y el adoptado obren en poder de los adoptantes. 3. Las solicitudes serán valoradas siguiendo los trámites y criterios orientadores previstos en el capítulo primero del presente título, atendiendo, en todo caso, al interés y a las circunstancias concretas de los menores extranjeros adoptados. 4. Cuando la resolución que ponga fin al expediente declare la no idoneidad de los solicitantes, sin perjuicio de los recursos que puedan interponer los interesados, la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia deberá adoptar las medidas de amparo que considere más adecuadas en interés de los menores extranjeros adoptados».

<sup>217</sup> V. M.ª Asunción ASÍN CABRERA, *La protección y adopción de menores extranjeros en la Comunidad Autónoma Canaria*, 1999, p. 97.

<sup>218</sup> Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Madrid, 2000, p. 73.

Recalco que en mi opinión tal interpretación únicamente es sostenible cuando se trata de adopciones que se han constituido al margen de lo establecido en el CHAI<sup>219</sup>.

No obstante, he de referirme también al problema con el que se enfrentan los organismos encargados de emitir el certificado si conocen que la adopción ya se ha constituido. Saben que el hecho de que se pronuncien declarando como no idóneo para adoptar al solicitante hará que nuestro sistema no reconozca la adopción de ese menor, que por lo general, ya está en nuestro país y desvinculado del suyo, integrado en su nueva familia y con una adopción que sí es válida en aquel país<sup>220</sup>. GONZÁLEZ BEILFUSS<sup>221</sup> va más allá cuando afirma que en estos casos «(...) una vez que el niño está ya al cuidado de una personas, resulta improcedente valorar su idoneidad (...) La Administración tiene (...) que considerar idóneas ex post a personas a las que tal vez hubiera considerado idóneas ex ante, salvo que quiera actuar contra el interés superior del niño». Por todo ello, hay que ser muy reticente a la hora de afirmar la posibilidad de aportar *ex post* el certificado de idoneidad, por lo menos a que ello suceda con carácter general, y no en supuestos excepcionales<sup>222</sup>. Puede que se esté dejando entreabierto una puerta falsa para acceder a la adopción, sin contar con el trato discriminatorio que estaría sufriendo el adoptante que inicia el procedimiento con normalidad (esto es, solicitando el certificado de idoneidad) que puede ver denegada su solicitud con la emisión de una declaración de inidoneidad, frente a aquel que lo solicita posteriormente, jugando a favor de este último el principio del interés del menor (que evidentemente ya no es el mismo que cuando se encontraba en su país de origen). Por todo ello, se plantean propuestas para evitar que esta situación se dé en la práctica, coincidiendo todas ellas en la instauración de algún tipo de medida que disuadiera a los adoptantes de tramitar una adopción internacional sin contar previamente con el certificado de idoneidad preceptivo<sup>223</sup>.

Teniendo en cuenta lo expuesto, cabe concluir que es posible, con carácter excepcional eso sí, la concurrencia *ex post* del certificado de idoneidad, siempre y cuando la adopción no se encuentre sometida al CHAI (pues su art. 4 al exigir que dicho certificado sea previo a la realización de la adopción impide taxativamente su concurrencia posterior)<sup>224</sup>.

#### 2.4.5. La exigencia de la equivalencia de efectos impuesta por el art. 9.5 pfo. 5.º CC

El art. 9.5 pfo. 5.º CC inciso 1.º establece:

*«No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español<sup>225</sup>, si los efectos de aquella no se corresponden con los previstos por la legislación española.»*

<sup>219</sup> V. a favor, Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, «El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español» en *BIMJ*, año LV, n.º 1888, 2000, p. 829 y ss.

<sup>220</sup> Esta situación ya se ha dado en la práctica en más de una ocasión. V. la R.D.G.R.N. de 17 de enero de 1997 donde se deniega el reconocimiento de una adopción porque tras haberse constituido ésta se emitió un certificado declarando no idóneos a los solicitantes.

<sup>221</sup> Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «El Reglamento de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción catalán: la crisis de la Direcció General d'atenció a la infancia» en *REDI*, vol. XLIX, tomo II, 1997, p. 364.

<sup>222</sup> V. Massimo DOGLIOTTI, «Il procedimento di adozione nazionale ed internazionale» en *DFP*, año XXV, octubre-diciembre de 1996, pp. 1560-1567 (en especial, p. 1566 de la *ob. cit.*).

<sup>223</sup> V. Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, «El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español» en *BIMJ*, año LV, n.º 1888, 2000, p. 842.

<sup>224</sup> He de volver a recalcar que el que la adopción constituida se haya tramitado de acuerdo a lo establecido en el CHAI pero no se haya aportado el oportuno certificado de idoneidad, impedirá que la misma pueda ser certificada como «de conformidad al Convenio» y, por tanto, que pueda ser reconocida. V. Salomé ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 134.

<sup>225</sup> Se ha querido ver una discriminación del legislador puesto que interpretando este precepto *a sensu contrario*, se llegaría a la conclusión de que se está tratando discriminatoriamente a los adoptantes españoles con respecto de los extranjeros.

Cuando menos ha de calificarse de ardua la tarea de calificación de la adopción constituida en el extranjero a la que se enfrenta el Encargado del Registro Civil español. Según MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>226</sup>, a la hora de analizar si los aspectos sustantivos de la adopción realizada se corresponden con los que la institución tiene en nuestro país, la regla general que ha de seguirse es bien sencilla: «(...) vale en España como adopción la que tenga, en el país de origen, los mismos efectos que tiene en España». En su opinión, la cual comparto, ante la exigencia imperativa por parte de nuestra normativa de esta *equivalencia de efectos*<sup>227</sup>, hay que diferenciar necesariamente entre efectos esenciales y efectos no esenciales, entendiendo que la concurrencia de los primeros es determinante para poder proceder al reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero, mientras que la concurrencia o no de los segundos no incide directamente en el reconocimiento de la adopción por nuestro país. Por ello sostiene BALLESTEROS DE LOS RÍOS<sup>228</sup> que es: «(...) casi impensable que entre una adopción española y una extranjera exista absoluta identidad en los efectos de una y otra» por lo que «ha de bastar que éstos se correspondan (...)». A la luz de las argumentaciones expuestas, ha de darse una equivalencia de efectos que implica la existencia de efectos análogos a los de nuestra normativa, que no idénticos (puesto que en este caso muy difícilmente podría llegar a reconocerse una adopción constituida en el extranjero por autoridad extranjera en nuestro país).

Serán, desde este punto de vista, esenciales: la creación de un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado de tales características que se identifique con lo que nuestra legislación entiende por adopción plena, y la ruptura del vínculo de filiación (y parentesco) entre el adoptado y su familia biológica (con las oportunas salvedades que pueda tener, al igual que las prevé nuestro ordenamiento). También puede calificarse de requisito esencial el que la adopción constituida en el extranjero sea irrevocable, de la misma manera que lo es la adopción regulada por nuestro Derecho. No obstante, dado que se permite por nuestra legislación que el adoptante renuncie a tal de-

---

V. Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, «Nota a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1995» en *REDI*, vol. XLVIII, n.º 1, 1996, p. 363. Pero como afirma ADROHER BIOSCA «(...) esta exigencia tiene su razón de ser en un principio de Derecho registral «conflictual»: sólo pueden acceder al Registro Civil español aquellas adopciones en las que el adoptado es español o adquiere la nacionalidad española (cualquiera que sea el lugar en el que se autoricen) o aquellas que son autorizadas en España. La adopción de un niño extranjero constituida en el extranjero siendo el o los adoptantes extranjeros residentes en España no puede en principio acceder al Registro Civil español, por lo cual el sistema de reconocimiento en que esa exigencia se inserta no procede en este caso». Salomé ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 132.

<sup>226</sup> Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La adopción internacional» en *VVAA, La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor*, La Coruña, 1999, p. 95.

<sup>227</sup> Parte de la doctrina se cuestiona si el legislador tuvo en cuenta el interés superior del menor cuando procedió a exigir esta equivalencia de efectos. Luis SALA TORREGASA, «El reconocimiento de las adopciones internacionales en España» en *VVAA, Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 260, se plantea: «¿Por qué razón estamos reconociendo matrimonios celebrados en el extranjero o tutelas constituidas lejos de nuestro territorio sin exigir para nada la equivalencia de efectos que, en cambio, exigimos para las adopciones? Teniendo en cuenta que, una vez reconocida la adopción, el niño adquiere la nacionalidad española (art. 19 CC), que, en virtud del art. 9.4 del CC, la relación paterno-filial se registrará por la ley española, en tanto que ley personal del hijo, y que ésta ley española será la que regulará los efectos de la adopción, ¿no se beneficiaría más el interés del menor suprimiendo este requisito?». Resulta cuando menos curiosa la R.D.G.R.N. de 13 de noviembre de 1998 que admite, siempre que se cuente con la preceptiva autorización del Encargado del Registro Civil, la posibilidad de inscribir una adopción constituida en el extranjero, pese a carecer de los efectos característicos de la adopción plena tal cual es entendida por nuestro ordenamiento vigente, siempre y cuando mediante la misma se haya otorgado al adoptante la patria potestad sobre el adoptado. De esta manera, el adoptado, entre otras cosas, adquiriría la nacionalidad española sin necesidad de constituir *ex novo* la adopción en nuestro país.

<sup>228</sup> V. María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera» en *ArC*, tomo I, 1999, p. 1738. V. también en este sentido la R.D.G.R.N. de 9 de junio de 1997. En el mismo sentido, V. José Luis IRIARTE ÁNGEL, «Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 120.

recho (que le concede la legislación del país de origen), puede concluirse que si bien la irrevocabilidad de la adopción es un requisito esencial para que la misma sea reconocida en nuestro país, no necesariamente ha de preverse en la legislación del país de origen, pues es posible, gracias al mecanismo establecido en el último párrafo del art. 9.5 CC, que el adoptante español renuncie a tal derecho.

Realmente, aunque la D.G.R.N. exige inexorablemente la necesidad de que se cree un vínculo de filiación idéntico al establecido por nuestro Derecho entre la familia adoptiva y el adoptado, ha venido siendo más flexible en cuanto a la exigencia de que se produzca una efectiva ruptura de vínculos entre el adoptado y su familia de origen<sup>229</sup> así como en el hecho de que la adopción pueda ser revocada.

También hay que resolver problemas concretos de reconocimiento que puede llevar aparejada la adopción internacional constituida en el extranjero<sup>230</sup>.

#### **a) La problemática del reconocimiento de la adopción del *nasciturus***

La adopción de un *nasciturus*, como analicé, no es viable en nuestro actual ordenamiento (independientemente de que se sostenga tal posibilidad como digna de tener en cuenta por el legislador de cara a un futuro). El problema se plantea en nuestro país una vez que se insta el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero cuando el adoptado no había nacido. Dejando de lado la problemática del asentimiento prestado por la madre biológica con anterioridad al parto<sup>231</sup>, hay que plantearse si una adopción de estas características puede ser reconocida por nuestro Derecho.

En primer lugar, habría que afirmar que sería inviable reconocer e inscribir una adopción constituida sobre un *nasciturus* extranjero que todavía no ha nacido. Razones de orden público vetarían de entrada tal posibilidad: ningún Juez Encargado de Registro procedería de esta manera. Si, como será más frecuente en la práctica en situaciones de este tipo, lo que sucede es que se insta el reconocimiento e inscripción de la adopción una vez que el adoptado ya ha nacido (y cuando probablemente el mismo se encuentre residiendo en nuestro país), el problema adquiere una vertiente distinta. Las razones de orden público que de una manera tan clara resolvieron el primer supuesto de hecho planteado, se vuelven ahora insuficientes para proceder de la misma manera. A ello hay que sumar el interés superior del menor: éste ya ha nacido y nadie se cuestiona que su interés pasa por convivir con la familia española en la que se encuentra ya integrado en virtud de una resolución extranjera del país que era nacional (en la que fue aplicada correctamente su ley nacional). Si en estos casos, la única diferencia que existe entre esa adopción extranjera y la regulada en nuestro ordenamiento radica en el momento en el que se constituyó la adopción (es decir, previamente al nacimiento del menor), tal particularidad no debería impedir el acceso de dicha resolución extranjera a nuestro Registro Civil.

---

<sup>229</sup> En algunas resoluciones la D.G.R.N. ha utilizado un criterio de interpretación bastante flexible en relación a la exigencia de ruptura de los vínculos entre el adoptado y su familia de origen. V., por ejemplo, la R.D.G.R.N. de 11 de septiembre de 1997 sobre una adopción en el Estado mexicano de San Luis de Potosí en la que se considera que se cumple el requisito de que el adoptado ha roto sus vínculos con su familia de origen pese a que la legislación de dicho Estado le reconoce la persistencia de derechos sucesorios para con dicha familia.

<sup>230</sup> Algunos de ellos pudieran ser incluidos dentro de la excepción de orden público, pero pese a ello he preferido estudiarlos en un apartado específico por cuanto es posible que en ciertos casos no se considere adecuado encuadrarlos dentro de dicha excepción.

<sup>231</sup> V. Eduardo CORRAL GARCÍA, «La nulidad de una adopción y el interés del menor: conveniencia de la reinscripción en la familia de origen (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001)» en *Actualidad Civil*, n.º 7, 2002.

**b) Reconocimiento de la adopción conjunta por pareja homosexual**

En el caso de que una pareja de homosexuales inste conjuntamente el reconocimiento e inscripción en nuestro Registro Civil de la adopción de un menor constituida en el extranjero válidamente según la normativa interna de dicho país (piénsese por ejemplo en el caso de Holanda), la solución práctica no es otra que el no reconocimiento en tanto en cuanto en nuestro ordenamiento estatal tal posibilidad, hoy por hoy, es inviable al exigirse, tal y como ya expuse, heterosexualidad en la pareja que solicita adoptar conjuntamente. Serían razones de orden público las que vetarían el reconocimiento de dicha adopción por cuanto la misma perfectamente podría cumplir los demás requisitos exigidos de cara al reconocimiento. Desde luego, difícilmente podría darse el caso de que esta adopción hubiera sido tramitada de acuerdo al CHAI (en tanto en cuanto ambos Estados participan activamente en la tramitación de la adopción), pero sí pudiera pensarse en una adopción no tramitada conforme al Convenio. Tampoco, desde luego, contaría esta pareja con la idoneidad para adoptar certificada por una administración autonómica. Pero podría pensarse, por ejemplo, en el supuesto de que un español residiera en Holanda y tramitara con su pareja holandesa un menor de aquella nacionalidad. Si posteriormente trasladaran su residencia a nuestro país y pretendieran que se reconociera e inscribiera la adopción constituida, se produciría el conflicto analizado.

Pero ¿realmente sucedería lo mismo, por ejemplo, si el reconocimiento se insta en la CA de Navarra donde su actual normativa parece englobar la adopción conjunta por homosexuales? Una respuesta negativa en este caso probablemente sería una respuesta apresurada.

**c) Adopción individual que pretende ser reconocida como conjunta**

La adopción individual o unipersonal es la que lleva a cabo una persona sola, que pasa a ser considerada, madre o padre (según sea el caso) del adoptado a todos los efectos. Por su parte, la conjunta o dual es la que se constituye a favor de un matrimonio o pareja de hecho. Pero, ¿es necesario que la adopción conjunta se realice de forma simultánea o también es posible que se constituya de forma sucesiva? Hay que examinar qué es lo que sucede en nuestro Derecho interno, para lo que puede partirse del siguiente ejemplo: una persona adopta individualmente a un menor ante la competente autoridad española. Posteriormente, dado que su situación afectiva cambia, comienza a convivir de manera estable, o bien incluso, se casa, con otra persona. La situación en la práctica es que el menor adoptado convive con un padre y una madre, que a todos los efectos funcionan como tales, pese a que jurídicamente tan sólo uno de ellos se halle unido a él por vínculos de filiación. El principio de protección del interés superior del menor parece que aconseja, *a priori*, que esa situación pueda y deba ser salvada jurídicamente (siempre que se den unos requisitos mínimos para que ello suceda<sup>232</sup>). La pareja decide iniciar los trámites para regularizar la situación del miembro no adoptante con el menor. ¿Qué respuesta dará el ordenamiento jurídico español a esta situación? Según lo previsto en el Código Civil nadie puede ser adoptado por más de dos personas excepto cuando se trate de cónyuges (o pareja de hecho, tal y como establece la DA 3.<sup>a</sup> de la Ley 21/1987). El Código parece regular la adopción conjunta tan sólo para el supuesto en que los cónyuges o los miembros de la pareja de hecho actúen simultáneamente y no sucesivamente, como sucede en el supuesto planteado. PÉREZ ÁLVAREZ<sup>233</sup> así lo entiende, basándo-

---

<sup>232</sup> Uno de estos requisitos mínimos puede ser el que la persona que desea adoptar al menor obtenga el certificado que le reconoce idóneo para ello.

<sup>233</sup> Sostiene este autor que la DA 3.<sup>a</sup>: «(...) trae su causa de la enmienda número 55, presentada en el Congreso por el Grupo Socialista. Sin embargo, en la citada enmienda se pretendía dotar a la disposición que comentamos de una ma-

se en los precedentes legislativos de la norma en entredicho. Sin embargo, LETE DEL RÍO<sup>234</sup> considera que, «(...) es lógico que nadie pueda ser adoptado por más de una persona, y, por tanto (que) se prohíban las adopciones plurales de efectos concurrentes (salvo las de cónyuges o parejas de hecho) y las adopciones sucesivas de efectos excluyentes». Nada obsta, en mi opinión, a que en los supuestos en los que se pueda llevar a cabo una adopción dual (cónyuges o parejas de hecho), ésta se constituya de manera conjunta o simultánea (que será la tónica general) o bien de manera sucesiva, o sea, que primero adopte un miembro de la pareja y luego el otro. Una interpretación en otro sentido supondría negar de entrada al menor la condición de hijo de una persona que convive diariamente por él y que por otra parte, y con toda probabilidad, estará desempeñando el papel de padre o madre (según sea el caso). Además, se estaría respaldando la discriminación entre hijos biológicos y adoptivos en tanto en cuanto habría que admitir como perfectamente viable (cosa que nadie discute), la posibilidad de que uno de los componentes de la pareja de hecho o del matrimonio pueda adoptar al hijo biológico del otro miembro de la pareja. La discriminación, como se intuye, estaría reflejada en lo siguiente: dependiendo de si el hijo de la pareja es biológico o adoptivo va a poder ser adoptado o no por el otro miembro de la pareja<sup>235</sup>. Lo cierto es que independientemente de que pueda parecer más o menos loable dicha interpretación y al margen también de que se propongan modificaciones en este campo de *lege ferenda* que amparen tal posibilidad, hay que analizar si realmente nuestro ordenamiento la ampara o no.

En mi opinión, la interpretación de la norma acepta una única vertiente que por otra parte coincide —y repito, desde mi punto de vista— con la salvaguarda del interés superior del menor: es posible que la adopción dual por parte de la pareja (de hecho o matrimonio) se realice de forma sucesiva. Mantener lo contrario sería defender una errónea interpretación de la norma, lo cual se entiende insostenible independientemente del punto de vista con el que se examine. La prohibición que lleva a cabo el legislador cuando afirma que nadie podrá ser adoptado por más de una persona salvo cuando ello suceda por un matrimonio (o pareja de hecho, según lo previsto en la analizada DA 3.<sup>a</sup>), no pretende impedir supuestos de este tipo sino precisamente evitar, que una misma persona pueda ser adoptada por dos o más que pertenezcan a distintos núcleos familiares (entendiendo éstos en sentido estricto: los formados por los matrimonios o parejas de hecho). Ésta parece ser la interpretación a la que llegó la Sección 22.º de la AP de Madrid en su Auto de 1 de julio de 1997<sup>236</sup>.

---

*por amplitud ya que, a los efectos de poder adoptar, equiparaba la pareja estable al matrimonio. En efecto, la enmienda número 55 proponía la siguiente redacción de la disposición adicional tercera: «Todas las referencias contenidas en la presente ley a uno o ambos cónyuges, se harán extensivas a quienes se hallen ligados de forma permanente por análoga relación de afectividad —sic— (...). Después, la Ponencia que informó el proyecto de ley en el Congreso admitió la enmienda pero proponiendo un «texto transaccional» (...).» Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, La nueva adopción, Madrid, 1989, p. 171.*

<sup>234</sup> V. José Manuel LETE DEL RÍO, «Personas que pueden adoptar y ser adoptadas» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, p. 493.

<sup>235</sup> Esta situación la pone claramente de manifiesto Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, «Las uniones de hecho y las relaciones paterno-filiales» en VVAA, *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Dir. Xavier O'Callaghan, Cuadernos de Derecho Judicial n.º XX, Madrid, 1998, pp. 581-615 (en especial, p. 611 y ss.).

<sup>236</sup> Este Auto argumenta tal postura de la siguiente manera: «Dado que el art. 176.2 n.º 2 del Código Civil redactado conforme a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, al tratar de supuestos excluyentes de la previa intervención administrativa, no exige que el adoptado sea hijo del «cónyuge» del adoptante, sino simplemente del «consorte», no deja de ser significativa dicha terminología legal que aún no muy precisa, implica evidentemente un contenido más amplio que de la unión matrimonial, en cuanto en el resto del articulado de nuestro Código Civil al referirse a los integrantes de un matrimonio siempre se emplea la expresión «cónyuges» o «contrayentes». Por ello, y sin perjuicio de que la referida terminología abarque indudablemente situaciones de convivencia matrimonial ha de extenderse igualmente su ámbito a aquellos otros supuestos de hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal como expresa la SA 3.ª de la Ley 21/1987, a los efectos de equipara tales situaciones en orden a la

Ciertamente esta postura puede plantear algunas dudas, como por ejemplo: ¿se trata de una misma adopción? Evidentemente no, pues las mismas se habrían constituido en momentos diferentes y por resoluciones judiciales distintas. ¿Ello implicaría que pudiera darse el caso de que una adopción se extinga y que la otra persista? Pues sí sería posible siempre que se den los requisitos para ello. Entrando en este campo se pueden plantear numerosos supuestos prácticos de difícil y, tal vez, hasta de controvertida solución jurídica. En mi opinión, todos ellos deben ser resueltos y no utilizarlos como una excusa a la posibilidad de constituir una adopción en estas circunstancias.

El supuesto planteado cambia si la adopción individual se constituyó en el extranjero. Si el adoptante individual cuando insta el reconocimiento e inscripción de la adopción solicita que para España ésta se tenga por constituida conjuntamente (por él y por su pareja), nunca se accederá a sus pretensiones. La solución aportada puede ser más difícil de defender en aquellos casos en los que, tramitada una adopción internacional como conjunta, ésta finalmente es individual debido al fallecimiento de uno de los adoptantes a lo largo del transcurso de la tramitación del expediente y posteriormente a haber prestado su consentimiento a la constitución de la institución adoptiva. Evidentemente, si la adopción finalmente constituida ha sido conjunta pese a que uno de los adoptantes falleció, la misma tendría opciones de ser reconocida como tal por nuestro país (en tanto en cuanto concurran los requisitos que nuestro ordenamiento prevé al respecto). Pero si se constituyó individual a favor del adoptante vivo, la situación se complica más (como ya analicé cuando estudié el valor del consentimiento del adoptante en la constitución de la adopción *post mortem*)<sup>237</sup>, aunque de todas maneras hay que concluir que es imposible el reconocimiento de una adopción individual como conjunta.

Realmente estos problemas se plantean en otra vertiente: son muchos los países en los que si bien se permite adoptar individualmente, la adopción conjunta se encuentra exclusivamente reservada para los matrimonios (que no para las parejas de hecho). Por ello, si mediante esta vía se pudiera eludir lo que preceptivamente impone la legislación del país de origen del menor, se estarían vulnerando dichas normas. Además difícilmente habrá equivalencia de efectos entre la adopción constituida en el extranjero que se pretende reconocer y la adopción fruto de dicho proceso de reconocimiento (básicamente porque en la primera habría un adoptante y en la segunda dos).

Pero ¿qué sucedería si ese adoptante individual en el extranjero llegara a España con el menor (que para el país de origen del mismo ya es hijo del adoptante) e instara la constitución de la adopción *ex novo* a favor de sí mismo y de su pareja de hecho? Para solventar este problema he de plantear otro antes: ¿es posible solicitar la constitución de la adopción *ex novo* en España sin que previamente se haya declarado el no reconocimiento de la adopción extranjera? Obviamente, si el adoptante conoce ya de antemano que el reconocimiento de la adopción va a ser denegado, es lógico que no se plantee el iniciar dicho procedimiento. Por ello, nada impediría, en principio, que pudiera ocurrir: esto es, que se inste la constitución de la adopción *ex novo* en nuestro país sin que se haya obtenido previamente una declaración de no reconocimiento de la adopción constituida por la autoridad extranjera. Así las cosas, en mi opinión, si el adoptante individual insta en España la constitución de la adopción conjunta sobre ese menor (a su favor y al de su cónyuge o pareja de hecho), nada impediría (siempre que se siga todo el proceso establecido para la constitución *ex novo* de adopciones y se cumplan todos sus requisitos) que la adopción llegara a constituirse, en pro de garantizar la protección del interés superior del menor.

---

*capacidad para adoptar simultáneamente a las dimanantes de su sanción por el vínculo matrimonial. Por todo lo cual esta Sala entiende que la referencia al consorte empleada en el art. 176 del Código Civil viene a acoger el status e convivencia «more uxorio» (...) procediendo en consecuencia a la admisión a trámite del expediente de adopción».*

<sup>237</sup> V. la ya estudiada R.D.G.R.N. de 20 de mayo de 2000, sobre inscripción de adopción.

Cuestión distinta a la planteada sería la que se daría cuando, una vez reconocida la adopción individual constituida en el extranjero, se pretende su transformación en conjunta puesto que en esos casos se debería acudir a las soluciones propuestas en el apartado anterior (al plantearse el mismo supuesto de hecho, ya que la adopción constituida en el extranjero una vez reconocida e inscrita en nuestro Registro Civil, genera los mismos efectos que la constituida ante la competente autoridad española).

#### 2.4.6. *Ausencia de contrariedad con el orden público español*

Es posible que las adopciones constituidas en el extranjero conlleven aparejadas una serie de efectos que dificultarían (y en algunos casos, pudieran llegar a impedir) el reconocimiento de las mismas por nuestro Derecho, en tanto en cuanto los mismos atentan contra lo que se denomina comúnmente «orden público»<sup>238</sup>. Lo primero que ha de hacerse es concretar qué debe entenderse exactamente por la expresión «orden público» puesto que, además de que su significado va cambiando paulatinamente a medida que evoluciona la sociedad<sup>239</sup>, cada Estado lo interpretará según sus principios fundamentales<sup>240</sup>. Hay que afirmar con CANO MARTÍNEZ DE VELASCO<sup>241</sup> que «*el orden público está construido sobre las concepciones dominantes de cada momento*» y constituye en definitiva «*(...) el efecto de la penetración del Derecho público en el privado, sin que éste deje de ser tal*». El orden público es una excepción a la regla general, por lo que siempre habrá de interpretarse con carácter restrictivo<sup>242</sup>. Sus notas definitorias son, para

<sup>238</sup> Algunos autores han propugnado incluso que bastaría una correcta aplicación de la cláusula del orden público por parte de las autoridades españolas encargadas de pronunciarse sobre el reconocimiento de una adopción internacional, sobrando por tanto todos los requisitos mencionados anteriormente. De esta manera, sólo cuando una resolución choque con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento no debería ser reconocida. En mi opinión, y pese a reconocer que la idea de fondo es buena, dejar al arbitrio exclusivo de cada autoridad el esclarecer qué es contrario al orden público o qué no lo es, siendo éste el único criterio que tienen a su disposición para argumentar su decisión, no me parece lo más acorde con el principio de seguridad jurídica ni con la protección del interés superior del menor. V. con carácter general sobre el orden público, FRANCISCO ZAMORA CABOT, «A propósito del orden público en el sistema español de Derecho Internacional Privado» en *RDP*, tomo LXXXIX, diciembre, 1995, pp. 1123-1135; SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del Juez nacional y orden público comunitario» en *La Ley*, tomo 5, 2000, pp. 2005-2009; JOSÉ CARLOS DE BARTOLOMÉ CENZANO, «Los límites de los derechos y libertades. Evolución jurisprudencial del límite de orden público en España (I) y (II) en *BIMJ*, n.º 1870 y 1871, de 1 de junio y de 15 de junio, año LIV, 2001, pp. 5-32 y pp. 5-38.

<sup>239</sup> V. JOSÉ ANTONIO DORAL, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, 1967. Para este autor, el elemento que ha de servirnos de referencia para saber exactamente qué es el orden público, no es la ley, sino la fuerza social que impulsa la ley y que permite su ajuste a los tiempos. No es por tanto, una «*(...) simple estructura del orden social establecido, sino el núcleo mismo de este orden, nunca acabado y perfecto, porque, en su dinamismo, tiende a perfeccionarse más y más en sucesivos logros*». V. p. 137 de la ob. cit. V. también el interesante estudio sobre el orden público desde el punto de vista civil de ÁNGEL ACEDO PENCO, «El orden público actual como límite a la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia» en *AFD de la Universidad de Extremadura*, vol. 15-16, años 1996-1997, Cáceres, 1998, pp. 323-391.

<sup>240</sup> Nuestro CC hace referencia expresa al orden público en diferentes artículos (1.3, 12.3, 21 y 1255). Concretamente el art. 12.3 establece que: «*En ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera que resulte contraria al orden público*». V., con relación a la necesidad de modificación de este precepto, FRANCISCO ZAMORA CABOT, «A propósito del orden público en el sistema español de Derecho Internacional Privado» en *RDP*, tomo LXXXIX, diciembre, 1995, pp. 1123-1135. V. con relación al Derecho francés, PIERRE GUIHO, «La conception française de l'ordre public international en matière de filiation» en *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, París, 1991, pp. 145-157.

<sup>241</sup> JOSÉ IGNACIO CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, «Orden público y orden privado en el ordenamiento jurídico» en *RDN*, año XXXVI, n.º CXLIV, abril-junio, 1989, p. 11.

<sup>242</sup> V. JOSÉ MARÍA 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 D.G.R.N.)», en *AC*, n.º 32, 1997, p. 767.

Acedo PENCO<sup>243</sup>, juridicidad, objetividad, reflejo de la realidad social imperante, excepcionalidad y fijación jurisprudencial, características que configuran lo que se ha denominado «la elasticidad de la excepción de orden público»<sup>244</sup>.

Desde el punto de vista de la protección de menores está claro que el orden público lo integra esencialmente la protección del interés superior del menor<sup>245</sup>. El orden público con respecto a la adopción se concretaría, en mi opinión, en todos y cada uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento que caracterizan a la institución, o sea, en el contenido *ad intra* del *status filii* (en definitiva, en el conjunto de derechos y obligaciones que vinculan a los padres con el hijo) además de la exigencia de que se hayan respetado todos los trámites preceptivos en el país de origen, así como que no haya constancia de que ha existido corrupción. Por eso, Catalayud SIERRA<sup>246</sup> afirma que forma parte del orden público español el principio de equiparación de todos los hijos con independencia de su filiación, puesto que el orden público, «(...) desde el punto de vista del Derecho civil español, debe orientarse hacia los principios y valores fundamentales recogidos constitucionalmente, con especial atención a los derechos inherentes de la persona»<sup>247</sup>. ADROHER BIOSCA<sup>248</sup> sostiene que «La contrariedad con el orden público español de una adopción constituida en el extranjero se ha apreciado únicamente en relación a la vulneración de las prohibiciones de adoptar recogidas en el Código Civil». Un buen ejemplo de ello podría ser el de las adopciones constituidas en el extranjero de mayores de edad que no pueden ser inscritas si no cumplen los requisitos que exige la ley española para ello<sup>249</sup>. También podría serlo la adopción constituida entre un ascendiente y un descendiente, vulnerándose la prohibición que en tal sentido impera en nuestro ordenamiento<sup>250</sup>. Por su parte RODRÍGUEZ BENOT<sup>251</sup>, refiriéndose a la relevancia de la excepción de orden público con respecto al posible reconocimiento de adopciones simples por parte de nuestro país, afirma que «(...) los artículos 14 y 39.2.º CE y 108.2.º CC conformarían un principio inderogable en nuestro ordenamiento constitucional que impediría reconocer, como adopción, la adopción simple extranjera».

<sup>243</sup> Ángel ACEDO PENCO, «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia» en *AFD de la Universidad de Extremadura*, vol. 15-16, años 1996-1997, Cáceres, 1998, pp. 323-391.

<sup>244</sup> V. José Luis IRIARTE ÁNGEL, «Comentario al art. 12.3 CC» en *Comentarios al Código Civil*, tomo I, Coord. Ignacio SIERRA GIL, Barcelona, 2000, pp. 508-511.

<sup>245</sup> V. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «El estatuto jurídico del menor, norma de orden público» en *El interés del menor*, Madrid, 2000, pp. 30-32.

<sup>246</sup> Adolfo CATALAYUD SIERRA, *El ámbito territorial español: Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional*, Cuadernos Notariales n.º 3, Madrid, 1997, p. 33.

<sup>247</sup> Ángel ACEDO PENCO, «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia» en *AFD de la Universidad de Extremadura*, vol. 15-16, años 1996-1997, Cáceres, 1998, p. 390.

<sup>248</sup> Salomé ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 134 (V. la nota al pie n.º 87). La R.D.G.R.N. de 22 de junio de 1991, relativa a una adopción practicada en Suiza de un menor español hijo de españoles por sus abuelos maternos, estableció expresamente que: «No cabe reconocer en España, por ser contraria a nuestro orden público, la adopción constituida en el extranjero por la que un español adopta a un descendiente». V. Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, «Comentario a la R.D.G.R.N. de 22 de junio de 1991» en *REDI*, vol. XLIV, n.º 1, 1992, pp. 231-234.

<sup>249</sup> V. las Resoluciones de la D.G.R.N. de 5 y de 18 de octubre de 1993 (adopciones constituidas en Brasil y en Marruecos respectivamente) y la de 4 de octubre de 1996 (sobre adopción constituida en Brasil).

<sup>250</sup> V. Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, «Comentario a la R.D.G.R.N. de 22 de junio de 1991» en *REDI*, vol. XLIV, n.º 1, 1992, pp. 231-234. RODRÍGUEZ MATEOS sostiene que «La decisión de otorgar a esta prohibición la cualidad de orden público español, o por el contrario, considerar que es una mera previsión de Derecho material, pasa por reconducir la noción de orden público al conjunto de principios que inspiran el orden constitucional (...) por lo que la prohibición sólo es oponible para no reconocer la adopción extranjera en los términos que nos ocupa cuando se transgrede el principio de igualdad de las filiaciones o cuando resulte contrario al interés del menor».

<sup>251</sup> Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero (una relectura del art. 9.5.º CC a la luz del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993)» en *Estato personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 196.

Pretender enumerar todos y cada uno de los supuestos en los que una adopción constituida en el extranjero puede ser considerada como vulneratoria de nuestro orden público es tarea imposible. Habrá que valorar, en cada caso concreto, cuál es el alcance exacto de ese efecto o circunstancia que difiere de lo establecido por nuestro sistema. Como sostiene ACEDO PENCO<sup>252</sup>, «(...) aún no siendo estrictamente judicial la noción, sí que es a los jueces y tribunales a quienes les corresponde (...) determinar en cada momento y para cada supuesto concreto cuál es el contenido apropiado de la noción de orden público que se aplique». Un supuesto que ejemplifica cuando una adopción plena puede ser contraria a nuestro orden público y por tanto, no reconocida, podría ser el no reconocimiento al adoptado de forma plena de todos y cada uno de los derechos sucesorios que nuestro ordenamiento reconoce para la filiación adoptiva. De la misma manera, una adopción simple (además de los problemas de reconocimiento que la misma por el hecho de ser simple lleva inherentes), podría considerarse atentatoria contra nuestro orden público si se discrimina al adoptado frente al hijo biológico.

Pero no hay que olvidar que todo ha de ser interpretado bajo la óptica que ofrece el art. 24 del CHAI que establece un límite amplio a la aplicación de esta excepción del Derecho Internacional Privado: el interés superior del niño<sup>253</sup>. Por ello, a mi juicio, la conclusión a la que ha de llegarse es que es posible que pese a que vulnere nuestro orden público, una adopción pueda ser reconocida si de esa manera se garantiza el interés superior del menor. En este sentido, la posibilidad de que se reconozcan las adopciones de las niñas nepalíes y no las de los niños ha sido calificada por la D.G.R.N. como vulneratoria de nuestro orden público. La legislación nepalí establece un régimen aplicable para las adopciones de niños y otro distinto para las de niñas: mientras que las adopciones de niños pueden ser revocadas (en los supuestos en que el adoptado incumpla ciertos deberes que el ordenamiento nepalí impone a los hijos varones, tales como el de proporcionar a los padres vestido y alimentos, cuidarlos), las de las niñas son irrevocables. La R.D.G.R.N. cambió su criterio consistente en denegar el reconocimiento de las adopciones de los niños nepalíes en la R.D.G.R.N. de 5 de febrero de 1998, y posteriormente ha venido admitiendo el reconocimiento de estas adopciones, entendiéndose que tanto las adopciones de niños como las de niñas son irrevocables<sup>254</sup>. De otra manera se atentaría contra el orden público español por ser discriminatorio atender únicamente al sexo del adoptado para proceder a reconocer o no la adopción<sup>255</sup>.

## 2.5. La tramitación del reconocimiento de las adopciones internacionales: el papel del Registro Consular y del Registro Civil Central

Dejando a un lado las adopciones sometidas al régimen convencional, existe un vacío en nuestro ordenamiento al no existir hasta el momento una norma jurídica que indique expresamen-

<sup>252</sup> Ángel ACEDO PENCO, «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia» en *AFD de la Universidad de Extremadura*, vol. 15-16, años 1996-1997, Cáceres, 1998, pp. 389-390.

<sup>253</sup> Incluso antes de la entrada en vigor en nuestro país del citado Convenio, la D.G.R.N. se había pronunciado en este sentido. Ejemplo de ello es la R.D.G.R.N. de 22 de junio de 1991 que permite la inscripción en el Registro Civil español de la adopción constituida por un Tribunal suizo de un menor español por parte de sus abuelos maternos, pese a que en aquella fecha ya existía en nuestro país la prohibición de adoptar a los descendientes.

<sup>254</sup> V., con relación a esta Resolución, José Luis IRIARTE ÁNGEL, «Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 122-123.

<sup>255</sup> V. las resoluciones de la D.G.R.N. de 14 de febrero (1.ª, 2.ª y 3.ª), de 16 de febrero (2.ª), de 25 de marzo y de 18 de abril (1.ª), todas de 1998. No obstante, hay que tener en cuenta que tras la última introducción de un nuevo párrafo en el art. 9.5 CC (mediante la promulgación de la Ley 18/1999, de 18 de mayo), se van a solucionar estos problemas a la hora de efectuar el reconocimiento en aquellas adopciones que reconocen un derecho de revocación a favor de los adoptantes, que van a poder renunciar al mismo, y, desde el mismo momento en que cobre efectividad dicha renuncia, la adopción podrá ser inscrita (siempre y cuando cumpla con los demás requisitos, claro está).

te ni cuál es la autoridad competente ni el procedimiento para reconocer las resoluciones extranjeras sobre adopción<sup>256</sup>, laguna que debería ser subsanada por el legislador. Por este motivo, hay que barajar la posibilidad de que el procedimiento de reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero se pueda realizar o no vía exequátur (procedimiento autónomo o especial en el que se declara de manera vinculante el reconocimiento, produciéndose el efecto de cosa juzgada material). Partiendo de que en el Derecho Español la adopción se constituye mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria<sup>257</sup> (caracterizado esencialmente por la ausencia de conflicto y por el efecto de cosa juzgada material) he de concluir, tal y como sostiene unánimemente nuestra doctrina y jurisprudencia, que con carácter general el reconocimiento por nuestro país de las adopciones realizadas en el extranjero no requiere exequátur<sup>258</sup>. El exequátur no es otra cosa que un procedimiento para extender a nuestro país los efectos de cosa juzgada que tienen resoluciones judiciales o arbitrales extranjeras, efectos de los que carecen las resoluciones que constituyen la adopción, que por otra parte, pueden haber sido tomadas incluso, por autoridades distintas a la judicial (si es que la legislación del país extranjero así lo prevé). Existen pues, dos importantes impedimentos, insalvables diría yo (sobre todo el primero), para considerar al exequátur como la vía que ha de seguirse para proceder al reconocimiento<sup>259</sup>.

No obstante, aunque no suele ser frecuente, en el supuesto de que exista un Convenio del que nuestro país sea parte que establezca la necesidad de usar el trámite del exequátur, esa regla general puede verse excepcionada<sup>260</sup>, como por ejemplo sucedió en la R.D.G.R.N. de 11 de mayo de 1999 en la que se afirma por la Dirección General la necesidad de obtener el exequátur para proceder al reconocimiento de la adopción<sup>261</sup>. A ello hay que sumar los supuestos específicos en los que nuestro Tribunal Supremo ha admitido, erróneamente a mi juicio, el uso del procedimiento de

<sup>256</sup> Flora CALVO BABIO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas» en *La Ley*, año XIX, n.º 4628, 1998, pág.1.

<sup>257</sup> V. Evelia ALONSO CRESPO, «Reflexiones críticas en torno a la constitución de la adopción a través de la jurisdicción voluntaria» en *RDF*, n.º 3, abril, 1999, pp. 75-100. Es interesante la STC 114/1997, de 16 de junio (Sala 1.ª) con relación a la substanciación de la adopción por los trámites de la jurisdicción voluntaria, donde el TC sostiene que tal proceder no vulnera los derechos de defensa de los padres biológicos del menor (V. un comentario a esta STC en la *RDF*, n.º 1, octubre de 1998, pp. 63-66).

<sup>258</sup> No es aplicable, tal y como ha puesto de manifiesto PALOMO HERRERO, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, puesto que pese a que a las resoluciones emitidas en procedimientos de jurisdicción voluntaria si se les aplica el Convenio, la filiación adoptiva es expresamente excluida de su ámbito de aplicación en su art. 1 apdo. 2.º. Yolanda PALOMO HERRERO, *Reconocimiento y exequatur de resoluciones judiciales según el Convenio de Bruselas de 27-09-1968*, Madrid, 2000, pp. 63-64. V. a modo de ejemplo entre otras muchas, la R.D.G.R.N. (1.ª) de 23 de febrero de 2001, sobre adopción constituida en Irlanda.

<sup>259</sup> V. Pilar BRIOSO DÍAZ, «La constitución de la adopción en Derecho Internacional Privado español» en *BIAGN*, n.º 104, agosto, 1989, p. 1476; Rafael ARENAS GARCÍA, «Nota al Auto del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 16 de junio de 1994» en *REDI*, vol. XLVII, n.º 2, 1995, pp. 400-403; Luis SALA TORREGASA, «El reconocimiento de las adopciones internacionales en España» en *VVAA, Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 253. Parece manifestarse en contra, sin embargo, Ignacio PELÁEZ, «La adopción en el Derecho Comparado europeo» en *VVAA, Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, 2001, p. 153.

<sup>260</sup> V. Salomé ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 117 y ss.; Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Madrid, 2000, pp. 40-41.

<sup>261</sup> El FJ 4.º de la citada Resolución se manifiesta de la siguiente manera: «*Aunque, de acuerdo con la doctrina científica y ya antiguas Resoluciones de esta Dirección General, es cierto que las decisiones extranjeras constituyendo una adopción pueden ser reconocidas en España sin necesidad de exequatur, el Convenio entre España y Francia (...) (de 28 de mayo de 1969), contiene una excepción, porque, dado el amplio campo de aplicación del Convenio (...) no hay duda de que también los procedimientos de jurisdicción voluntaria están incluidos en el ámbito del Convenio, de modo que las decisiones de los Tribunales franceses en esos procedimientos requieren, para ser reconocidos en España, acudir al exequatur (...)*». V. sobre este Convenio, el ATS de 2 de julio de 1981.

exequátur (tal y como sucedió, por ejemplo, en el «extravagante» Auto del TS de 16 de junio de 1994)<sup>262</sup>.

Dado que ha de descartarse con carácter general el exequátur como el idóneo para tramitar el reconocimiento por nuestro país de las adopciones constituidas en el extranjero, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado la conveniencia de un reconocimiento «automático» ante el Registro<sup>263</sup>. Ello no implicaría un reconocimiento incondicional ni inmediato, sino simplemente que no exista necesidad de un procedimiento previo de homologación. Dejando de lado los problemas que plantean las adopciones constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/1996 (concretamente los establecidos por la aplicación de su DT única que establece que a los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma se les aplicará la normativa anterior)<sup>264</sup>, hay que afirmar que actualmente el Derecho español no reconoce tal sistema de reconocimiento (excepción hecha de lo que disponen algunas normas convencionales ratificados por nuestro país<sup>265</sup>, como el CHAI), por lo que de *lege ferenda*, dado el vacío legal existente, se propone la instauración de un procedimiento de carácter especial, ágil y abreviado para el reconocimiento de la adopción<sup>266</sup>.

El reconocimiento (y consiguientemente la inscripción de la adopción) puede ser realizado por dos órganos diferentes: el competente del Consulado español en el extranjero y el competente del Registro Civil español en nuestro país. Esta conclusión se deriva de una interpretación de los arts. 16, 18 LRC y 68 RRC, referentes a la inscripción, que si bien en un primer momento pueden parecer contradictorios entre sí (pues mientras que de los dos primeros se deduce que el único competente es el Registro Consular español del país de origen del menor, del segundo de ellos se infiere que es competente el Registro Civil Central)<sup>267</sup>, en la práctica, como afirma Adroher BIOS-

<sup>262</sup> V. sobre este Auto, Rafael ARENAS GARCÍA, «Nota al Auto del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 16 de junio de 1994» en *REDI*, vol. XLVII, n.º 2, 1995, pp. 400-403.

<sup>263</sup> V. Flora CALVO BABIO, «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas» en *La Ley*, año XIX, n.º 4628, 1998, nota n.º 5.

<sup>264</sup> V. la R.D.G.R.N. (1.ª) de 6 de septiembre de 2000, sobre inscripción de adopción plena, en la que se reconoce la adopción de una niña española constituida en Venezuela en enero de 1981 por un matrimonio venezolano (V. en particular, el FJ 4.º). V. sobre el tema de la transitoriedad, Cristina DE LORENZO BROTONS, «Adopciones internacionales irregulares o no reconocidas en España: situación jurídica de los menores extranjeros desplazados a España con motivo de su adopción» en *RMTAASS*, n.º 20, 1999, en particular, pp. 108-110. Esta autora propugna una solución distinta (la cual comparto) a la que ha venido aplicando la D.G.R.N.: «la interpretación más lógica de la Disposición Transitoria mencionada hubiera sido la de su aplicación a todos los procedimientos ya iniciados, nacionales e internacionales, pero no referido a la fase administrativa previa, sino pendientes de los Tribunales (...)». V. también, Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, «El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español» en *BIMJ*, año LV, n.º 1888, 2000, p. 837 y ss.

<sup>265</sup> José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1999, p. 280 y ss.

<sup>266</sup> A favor, Luis SALA TORREGASA, «El reconocimiento de las adopciones internacionales en España» en *VVAA, Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 263, que sostiene como únicos requisitos necesarios en ese nuevo procedimiento la constancia de la prestación de los consentimientos necesarios. En mi opinión, serían sin duda muchos más los requisitos que deberán pedirse. V. también a favor, Cristina DE LORENZO BROTONS, «Adopciones internacionales irregulares o no reconocidas en España: situación jurídica de los menores extranjeros desplazados a España con motivo de su adopción» en *RMTAASS*, n.º 20, 1999, p. 107. En contra, Rafael ARENAS GARCÍA, «Nota al Auto del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 16 de junio de 1994» en *REDI*, vol. XLVII, n.º 2, 1995, pp. 400-403. ARENAS GARCÍA sostiene que «Si bien es cierto que lo inscrito en el Registro puede ser atacado mediante un recurso judicial, la presunción de veracidad de las inscripciones registrales ofrece la suficiente estabilidad como para hacer innecesario un cauce independiente de reconocimiento a título principal de los actos de jurisdicción voluntaria (...)» (V. p. 402 de la ob. cit.).

<sup>267</sup> Estos preceptos establecen literalmente lo siguiente: art. 16 LRC: «Los nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecan»; art. 18 LRC: «En el Registro Civil Central se inscribirán los hechos para cuya inscripción no resulte competente ningún otro registro y aquellos que no puedan inscribirse por concurrir circunstancias excepcionales (...) Igualmente se llevarán en el Registro Civil Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones consulares»; y el art. 68 RRC: «Los nacimientos, matrimonios y defuncio-

CA<sup>268</sup>, «(...) esta contradicción se está salvando entendiendo que la competencia de los Registros Central y Consular es compartida». Por tanto, salvo que se den circunstancias particulares que lo impidan o bien que la legislación del país del menor obligue a una cosa u otra (pues a veces se establece por legislaciones extranjeras la necesidad de que el menor salga del país con su pasaporte nacional y otras, sin embargo, que ya salga con la nacionalidad del país del adoptante), puede afirmarse que el adoptante podrá elegir libremente en cuál de los dos Registros españoles (esto es: el Consular del país extranjero o el Civil Central en nuestro país), procederá a instar el reconocimiento y consiguiente inscripción de la adopción que ha constituido en el extranjero.

En cualquier caso, el órgano español competente únicamente tiene potestad para valorar el cumplimiento de las circunstancias ya examinadas: que la autoridad que constituyó la adopción fuera la competente para hacerlo, que la adopción extranjera implique los mismos efectos que los que genera la institución adoptiva en nuestro ordenamiento jurídico así como que se haya aplicado la ley adecuada al proceso de constitución y que se adjunte el certificado de idoneidad en el supuesto de que la adopción se haya celebrado al margen del CHAI (puesto que si la adopción se hubiera constituido al amparo de dicho Convenio, lo que tendría que valorarse sería la concurrencia o no del certificado de realización conforme al mismo) así como la no contrariedad de la adopción con el orden público español.

El Consulado español del país de origen del menor competente para reconocer e inscribir la adopción es aquel que la constituyó (que es el que coincide con el del nacimiento del mismo). Éste realizará previamente, siempre que lo estime conveniente, una inscripción marginal a la del nacimiento del adoptado reconociendo la adopción y, en los dos meses siguientes, deberá enviar una copia al Registro Civil Central español para que conste en nuestro país la existencia de dicha adopción. La ventaja de que sea el Consulado español del país extranjero el que reconozca e inscriba la adopción es clara: por una parte, el menor adquiere la nacionalidad española y entra en España como español e hijo de los adoptantes (sin necesidad de recurrir a visados)<sup>269</sup>, y por otra, y como consecuencia de lo anterior, la situación jurídica del menor ya se ha legalizado de manera que se pueden evitar problemas derivados de una indeterminación momentánea de la filiación del menor. Precisamente por estos motivos algunos autores proponen, como se verá, que en el futuro ésta sea la única vía de reconocimiento de las adopciones<sup>270</sup>. Sin embargo, no siempre se deja a voluntad de los adoptantes la libertad para elegir el lugar en el que solicitarán el reconocimiento de la adopción (esto es, en el Consulado español del país de origen del menor, o bien ya en nuestro país), puesto que algunos países de origen exigen, por ejemplo, que el menor adoptado salga de su territorio con su nacionalidad de origen. Ello implica que a los adoptantes no les quede otra opción que solicitar el reconocimiento y la inscripción de la adopción en nuestro país.

---

nes se inscribirán en el Registro municipal o Consular del sitio en que acaecen cualquiera que sea el domicilio de los afectados (...) Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor está domiciliado en España deberá practicarse antes la inscripción en el Registro Central y después por traslado en el consular correspondiente».

<sup>268</sup> V. Salomé ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 122.

<sup>269</sup> ADROHER BIOSCA define el visado como «(...) una etiqueta autoadhesiva que adhieren en el pasaporte (o en el título de viaje o documento aparte) de los extranjeros que pretenden entrar en un país las autoridades diplomáticas o consulares de éste, acreditando que no existe inconveniente para que se solicite la entrada». Salomé ADROHER BIOSCA, «La entrada, la permanencia y la salida de extranjeros de España» en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Coord. Salomé ADROHER BIOSCA y Pilar CHARRO BAENA, Barcelona, 1995, p. 275. Con relación al tema de los visados, V. Sergio KRŠNIK CASTELLÓ, «La intervención de las oficinas consulares en la adopción internacional» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.

<sup>270</sup> V. Patricia 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)» en *AC*, tomo I, vol. 2.º, 1998, pp. 14-26.

Lo que suele suceder es que si se insta el reconocimiento de la adopción ante el Consulado español del país de origen del menor en el que la misma se ha constituido y éste se deniega, los adoptantes salen igualmente con el menor del país y entran con él en España, pues el Consulado pese a denegarles el reconocimiento les concede un visado para el menor. Una vez en España, se vuelve a instar el reconocimiento ante las autoridades españolas y si éste es denegado, se recurre. Es por ello por lo que se interponen múltiples recursos ante la D.G.R.N. por denegación de reconocimiento de adopciones por parte de autoridades españolas en España y casi ninguno contra decisiones en el mismo sentido de nuestras autoridades consulares. Lo ideal, desde mi punto de vista, sería unificar criterios por parte de los Registros Consulares y del Registro Civil Central, de tal manera que la denegación del reconocimiento de la adopción por la autoridad consular represente para el solicitante la seguridad de que en España también se le va a denegar.

En otro orden de cosas, he de exponer un problema que ya se ha planteado: ¿puede el Consulado español de un país extranjero diferente al país del menor reconocer la adopción? En principio, como autoridad española que es, y dada la eficacia *erga omnes* desde el punto de vista del Derecho español que tiene la adopción una vez reconocida e inscrita, nada habría que objetar a que ello fuera así, siempre y cuando pudiera justificarse de alguna manera su competencia. El Informe Anual correspondiente a 1999 del Defensor del Menor de la CA de Madrid<sup>271</sup> deja constancia de la queja presentada por unos adoptantes madrileños a los que el Consulado español del país de origen del menor que habían adoptado les negó la concesión de un visado para que el menor pudiera viajar a España en su compañía. Ante tal situación, los adoptantes se trasladaron a otro Estado extranjero y legalizaron allí la situación del menor (procediendo a instar el reconocimiento e inscripción de la adopción).

## 2.6. Operatividad de la anotación marginal en el Registro Civil de la adopción constituida en el extranjero no reconocida

El no reconocimiento de la adopción en nuestro país implica, en primer lugar, la imposibilidad de inscripción de la misma en nuestro Registro Civil y consecuentemente el hecho de la no producción de los efectos característicos de la institución adoptiva. El adoptante, en los supuestos en los que se deniegue el reconocimiento de la adopción, además de poder recurrir ante la D.G.R.N. tal decisión, lo único que puede hacer es anotar la misma en nuestro Registro Civil si bien con mero valor informativo<sup>272</sup>, de acuerdo con lo que disponen los arts. 81, 145 y 154.3.º RRC. Realmente esta anotación está prevista para el acogimiento, pero según doctrina de la D.G.R.N. también pue-

<sup>271</sup> V. DEFENSOR DEL MENOR DE LA CA DE MADRID, *Informe Anual 1999*, Madrid, 2000, p. 122.

<sup>272</sup> V. Juan José PRETEL SERRANO, «El valor simplemente informativo de las anotaciones» (en su Comentario al art. 145 LRC) y «La anotación de acogimiento como solución para reflejar en el Registro Civil figuras de protección de menores constituidas en el extranjero» (en su Comentario al art. 154 LRC) incluidos en *Comentarios al Código Civil y Legislaciones Forales*, tomo IV, vol. 4.º, Madrid, 1997, pp. 393-395 y pp. 442-444, respectivamente. Pueden verse a este respecto las Resoluciones de la D.G.R.N. que cita Jesús Díez del Corral Rivas en su estudio: «Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre el Estado civil durante el año 1995» en *AC*, n.º 27, 1997-3, p. 599. Son las Resoluciones de 24 de junio y 1-1.ª y 2.ª de septiembre (adopción simple paraguaya), 13-2.ª (adopción marroquí) y 25 de octubre de 1995 (adopción realizada en El Salvador con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código de este país, que es de 1994). V. también la R.D.G.R.N. de 1 de septiembre de 1995 sobre adopción salvadoreña (estudiada por Pilar Rodríguez Mateos, «Nota a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1995» en *REDI*, vol. XLVIII, n.º 1, 1996, pp. 362-364) y la de 27 de enero de 1996 (estudiada por Carlos Esplugues Mota, «Reconocimiento en España de adopciones simples constituidas en el extranjero (En torno a la Resolución D.G.R.N., de 27 de enero de 1996, sobre inscripción de adopción salvadoreña)» en *AJA*, año VI, n.º 250, 1996, pp. 1-4). Concretamente, la R.D.G.R.N. de 29 de noviembre de 1996 en relación con unas adopciones rumanas constituidas en Rumania por un matrimonio de españoles que no adjunta el certificado de idoneidad, rechaza su inscripción pero «(...) por tratarse de he-

de ser utilizada para las adopciones simples extranjeras<sup>273</sup>. Además, se hace constar expresamente que, pese a la anotación, la nacionalidad española del menor no está acreditada (art. 66 RRC). Si la resolución constitutiva de la adopción se inscribe, ya es definitiva (al ser la inscripción documento público y por tanto, prueba privilegiada)<sup>274</sup>.

Esta anotación de la adopción simple ¿tiene alguna repercusión en la situación jurídica del menor?, o como plantea DE LORENZO BROTONS<sup>275</sup> «¿da relevancia jurídica diferente a las adopciones simples que se anotan frente a las que no?» Lo realmente importante de estas anotaciones marginales es que, incluso careciendo de valor probatorio, se convierten en la práctica en un título de tenencia legítima del menor, lo cual permite regularizar de alguna manera la situación en la que se encuentra. Asimismo facilitan, tras haber pasado un año desde su inscripción, que se inicie el expediente de constitución *ex novo* de la adopción sin necesidad de presentación de la propuesta previa por parte de la entidad pública competente. El gran inconveniente de la anotación marginal de la adopción simple, en palabras de CALVO BABIO<sup>276</sup>, es que no supone «(...) *el reconocimiento en nuestro país de ninguno de los efectos que «sobrepase» los del acogimiento, en consecuencia, no se podrá, al anotar la adopción simple del menor, hacerlo con los apellidos de los adoptantes del mismo, a pesar de que en su país de origen se haya producido la cancelación de la inscripción originaria de nacimiento y se haya sustituido por la adoptiva*».

## SECCIÓN SEGUNDA: ADOPCIONES CONSTITUIDAS POR AUTORIDAD ESPAÑOLA

### I. ADOPCIÓN CONSTITUIDA POR EL JUEZ ESPAÑOL

Hay que tener en cuenta dos circunstancias que influyen decisivamente en estas adopciones: en primer lugar, el hecho de que España ha ratificado el 30 de junio de 1995, el CHAI (que entró en vigor en España el 1 de noviembre de 1995), y en segundo lugar, los seis Protocolos bilaterales firmados por nuestro país con Estados de origen de los menores<sup>277</sup>. Los Tribunales españoles son competentes para constituir una adopción si en el momento de iniciarse el expediente bien el adoptante o bien el adoptado (o ambos) son españoles, y también en el supuesto de que alguno de los dos resida habitualmente en nuestro país, tal y como establece expresamente el art. 22 pfo. 3 LOPJ, que considera competentes a las autoridades españolas «(...) *cuando el adoptante o adoptado sea español o resida habitualmente en España (...)*»<sup>278</sup>. Aunque en un principio pudiera pensarse que

---

*chos que afectan al estado civil de españoles, no según la Ley española, sino según una ley extranjera, pueden los mismos ser objeto, no de inscripción, sino de anotación (art. 38.3 LRC), a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado*».

<sup>273</sup> V. Flora CALVO BABIO, «Nota a la R.D.G.R.N. de 12 de julio de 1996» en *REDI*, vol. XLIX, n.º 2, 1997, p. 272.

<sup>274</sup> Reflejo de ello es la imposibilidad de impugnar en juicio los hechos inscritos en el Registro Civil sin instar a la vez la rectificación del asiento correspondiente (art. 3 LRC).

<sup>275</sup> Cristina DE LORENZO BROTONS, «Adopciones internacionales irregulares o no reconocidas en España: situación jurídica de los menores extranjeros desplazados a España con motivo de su adopción» en *RMTAASS*, n.º 20, 1999, p. 107.

<sup>276</sup> V. Flora CALVO BABIO, «Nota a la R.D.G.R.N. de 12 de julio de 1996» en *REDI*, vol. XLIX, n.º 2, 1997, p. 272.

<sup>277</sup> Rumania (02-04-1993), Perú (21-11-1994), Colombia (13-11-1995), Ecuador (18-3-1997), Bolivia (29-10-2001) y Filipinas (12-11-2002).

<sup>278</sup> A pesar de la amplitud de la competencia judicial internacional que refleja el referido artículo, su aplicación práctica es problemática. Piénsese en el supuesto de que ni adoptante ni adoptando residan en España, pero uno de ellos (o incluso los dos) sean españoles. El único criterio que operaría para poder constituir la adopción en España sería el de la nacionalidad, y en mi opinión, es insuficiente (si bien nada impediría, si se dan los requisitos para ello, que la adopción se pueda llevar a cabo ante el Cónsul español), pues parece que pese al tenor literal de la Ley habría que rechazar la posibilidad de que los Tribunales españoles sean competentes para constituir adopciones cuando no se reside en nuestro país. Según GONZÁLEZ CAMPOS, en estos casos habrá que admitir la sumisión al Juez español en atención al hecho de que se

estos supuestos no son frecuentes en la práctica (esto es, que el adoptante o que el adoptando sean españoles o residan habitualmente en España), ello no es así, pues se da en todos los casos en los que la adopción debe constituirse *ex novo* en nuestro país por no ser reconocida por nuestras autoridades la constituida en el extranjero.

En España, la adopción exige la previa tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria (art. 1825 y ss. LEC)<sup>279</sup>, que finaliza con un Auto propuesto por el Secretario Judicial en los casos en que no haya contienda (arts. 290 LOPJ y 7.º d. RD 429/1988, de 29 de abril). Pueden diferenciarse tres supuestos atendiendo a la nacionalidad del adoptando y a la del adoptante.

### 1.1. Adopción de menor extranjero por adoptante español

Las situaciones fácticas en las que un menor extranjero puede ser adoptado por un español en nuestro país son básicamente tres. Imagínesse, en primer lugar, la adopción de un menor extranjero que reside en España (por las razones que fueran) por adoptante español. El menor se encontrará bajo la tutela de la Administración española, bajo la del solicitante de adopción o de otra persona. En principio, estas adopciones no generan mayores problemas que los que pueda acarrear una adopción entre españoles en nuestro país, si bien habrá que estar a lo que dispone el art. 9.5. pfs. 1.º y 2.º CC (que estudiaré más adelante con carácter general para los tres supuestos). En segundo lugar, podría plantearse en España la constitución de una adopción por parte de un adoptante español sobre un menor extranjero no residente en nuestro país. Se trataría de un supuesto que, como afirma ESPINAR VICENTE<sup>280</sup>, tendría «(...) un grado más en la escala de la internacionalidad de la adopción. Ya no se trata de establecer una relación paternofamiliar entre dos personas arraigadas con nuestro Sistema; el adoptante por su nacionalidad y el adoptando por su residencia (...) se trata de establecer una adopción entre un español y un no residente». Estas adopciones tampoco plantean mayores complicaciones: únicamente hay que tener en cuenta que imperativamente habrá de aplicarse la ley nacional del adoptando en lo referente a su capacidad y consentimientos necesarios. En tercer lugar, se puede dar el caso de que los adoptantes hayan traído expresamente a ese menor a nuestro país para proceder aquí a la constitución de su adopción, en virtud, en la mayoría de los casos de una institución de guarda o acogimiento establecida por la autoridad extranjera, como único título de tenencia legítima del menor (tal y como sucede, por ejemplo, en La India). También podría originarse un supuesto semejante cuando el menor llega a España adoptado en el extranjero pero nuestro país no reconoce la adopción, encontrándose los adoptantes con la imposibilidad de inscribirla en el Registro Civil, por lo que se ven en cierta manera

---

trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria y también en atención al interés del menor. V. Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Comentario a los arts. 9.4 y 9.5 CC» en *Comentario al Código Civil*, 2.ª edición, vol. I, Madrid, 1993, p. 88. Parece, por tanto, que de acuerdo a lo que establece el art. 63.16.ª LEC, en los supuestos en los que el adoptante español no tenga domicilio en España, no existirá competencia judicial interna. (La Disposición Derogatoria única 1.ª de la LEC 1/2000 en su apartado primero establece, entre otras cosas, la permanencia apartado 16 del art. 63 de la LEC de 1881 hasta tanto no se apruebe la Ley de la Jurisdicción voluntaria). V., con relación al art. 22 LOPJ, Miguel A. AMORES CONRADI, «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ» en *REDI*, vol. XLI, n.º 1, enero-junio, 1989, pp. 111-156; Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Madrid, 2000, p. 30 y ss.

<sup>279</sup> V. con relación a los procedimientos de jurisdicción voluntaria que afectan a menores de edad, Vicente Carlos GUZMÁN FLUJA (Colabora: Raquel Castillejo Manzanares), *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Madrid, 1999, pp. 56-68. Hay que tener en cuenta que la LEC de 1881 está vigente en este punto mientras no entre en vigor la Ley de Jurisdicción Voluntaria, puesto que así lo establece la LEC 1/2000.

<sup>280</sup> José M.ª ESPINAR VICENTE, «La protección del menor y los distintos modelos de familia» en *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, p. 365.

obligados a instar la realización *ex novo* de la adopción. Estos dos supuestos son los que con más frecuencia se dan en la práctica (sobre todo el último) por lo que serán los que estudie detenidamente.

Los pños. 1.º y 2.º del art. 9.5 CC disponen lo siguiente:

*«La adopción constituida por Juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la ley española. No obstante, deberá observarse la ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios: 1.º Si tuviera su residencia habitual fuera de España. 2.º Aunque resida en España, si no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española.»*

*A petición del adoptante o del Ministerio Fiscal, el Juez, en interés del adoptando, podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando.»*

La justificación de las excepciones contenidas en este precepto como afirma IRIARTE ÁNGEL<sup>281</sup> «(...) se encuentra en la voluntad del legislador de evitar adopciones claudicantes, es decir válidas en España pero ineficaces en otros Estados». Concretamente la reserva hecha por el legislador de la ley nacional del adoptando<sup>282</sup> en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios, no implica, como ponen de relieve FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO<sup>283</sup>, «(...) que deje de aplicarse la ley española acerca de dichos requisitos (arts. 175 al 177 CC). De lo que se trata es de aplicar, cumulativamente, las condiciones de capacidad del adoptando y los consentimientos exigidos por la ley nacional del adoptando, con la finalidad de que la resolución judicial que constituye la adopción sea también efectiva extraterritorialmente, en especial en el país de la nacionalidad del adoptando». Lo que se pretende evitar, en definitiva, no es otra cosa que el no reconocimiento por el país de origen del adoptado de la adopción constituida en España.

Por tanto, el Juez español constituye la adopción aplicando la ley española en todo el procedimiento si bien a la hora de valorar la capacidad del menor así como los consentimientos, audiencias o autorizaciones necesarios, también deberá tener en cuenta y aplicar lo que dispone la ley nacional del adoptando (o siendo desconocida su nacionalidad, la ley de la residencia habitual del mismo o la del adoptante)<sup>284</sup> en los casos de adoptandos residentes habitualmente fuera de España o que no vayan a adquirir la nacionalidad española en virtud de la adopción<sup>285</sup>. No obs-

<sup>281</sup> José Luis IRIARTE ÁNGEL, «Comentario al art. 9.5 CC» en *Comentarios al Código Civil*, tomo I, Coord. Ignacio Sierra Gil, Barcelona, 2000, p. 429.

<sup>282</sup> También en este punto existió un error en la publicación en el BOE del art. 9.5 CC al ser reformado por la Ley 21/1987, error que pervivió durante casi tres años (hasta su modificación por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo): en la norma se hacía alusión a que la capacidad y consentimientos necesarios debían regirse por la ley nacional del «adoptante» (y no la del adoptado, que es lo que realmente debía establecer). La D.G.R.N. aplicó el texto con este error en la Resolución de 9 de febrero de 1989 en la que respondía a una consulta del Cónsul General de España en México en la que, pese a que muestra su asombro y pone de manifiesto la dificultad para interpretar dicha norma, dictamina que la ley que debe regir la capacidad y consentimientos necesarios ha de ser la del adoptante pues «(...) el texto aprobado es *terminante* (...)». Afortunadamente, como digo, dicho error fue subsanado y en la actualidad se hace referencia al adoptando.

<sup>283</sup> José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1999, p. 465.

<sup>284</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ se plantea numerosos interrogantes con relación a esta norma. Según él, ¿a qué ley nacional hace referencia el precepto?, ¿a la ley de la residencia habitual?, ¿qué capacidad y qué consentimientos?, ¿la capacidad de los adoptantes o también la del adoptado? V. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La adopción internacional» en *VVAA, La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, p. 109.

<sup>285</sup> Supuesto que se daría si el adoptando es un mayor de edad, pues éstos (como se verá), a diferencia de los menores de edad, no adquieren automáticamente la nacionalidad española a raíz de la adopción, sino que pueden optar a la misma en un plazo de dos años.

tante, hay que tener en cuenta que se aplicará la ley extranjera siempre y cuando el propio interesado la alegue (o el Ministerio Fiscal, en virtud del principio de primacía del interés del menor<sup>286</sup>) acreditando su contenido y vigencia por los medios establecidos por la ley española, tal y como prevé el art. 12.6 CC<sup>287</sup> (en este caso, el menor y en su nombre, su representante legal), puesto que el principio *iura novit curia* no es aplicable al Derecho extranjero<sup>288</sup>. La aplicación imperativa de estas normas no españolas tiene como último objetivo, como he apuntado, impedir la formación de ulteriores conflictos entre la relación recién creada padre-hijo por parte del país de origen del menor, lo cual implica en última instancia el impedir que por esta vía se puedan constituir adopciones claudicantes<sup>289</sup>. De esta manera, se consigue facilitar el proceso de reconocimiento de la adopción realizada en España por ese país extranjero, lo cual sin duda garantizará en un futuro la estabilidad de la institución. Pese a ello, la fórmula elegida por el legislador es criticable pues deja al arbitrio del adoptante o del Ministerio Fiscal la invocación del Derecho extranjero. Por ello, considera ESQUIVIAS JARAMILLO<sup>290</sup> que la aplicación de este precepto «(...) debe ser restrictiva, con el conocimiento exhaustivo de las legislaciones en conflicto, observándose que la adopción en España sólo puede ser plena, posiblemente no coincidente con otras variables de otros países».

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE<sup>291</sup> plantea un nuevo problema que surgiría en el caso de tratarse de una adopción conjunta si los adoptantes tienen distinta nacionalidad. En estos supuestos ¿qué ley se aplicará? Como pone de manifiesto este autor, da la sensación de que «(...) nuestro legislador fuese legislador universal, cuando lo cierto es que la competencia de autoridades extranjeras y los requisitos exigibles por éstas es algo únicamente regulable por cada legislador nacional, en virtud del poder soberano de cada Estado dentro de su propio territorio. Cosa distinta es que hubiese denegado el reconocimiento en España de esas adopciones extranjeras sin esos requisitos». Considero que si uno de los adoptantes es español se aplicará sin duda la ley española, salvo que deba acudirse a la ley nacional del adoptando en cuanto a la capacidad y consentimientos necesarios.

<sup>286</sup> V. sobre este punto la STS de 16 de diciembre de 1960. BRIOSO DÍAZ, ya se hacía eco de este problema, cuando consideraba «(...) más conveniente que se regule expresamente en qué supuestos objetivos va a redundar en beneficio del adoptando la aplicación de una determinada ley, e insertarlos imperativamente en la norma». V. Pilar BRIOSO DÍAZ, «La constitución de la adopción en Derecho Internacional Privado español» en *BIAGN*, n.º 104, agosto, 1989, p. 1466.

<sup>287</sup> Según FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, «la obligación del Juez parece que se limita a aplicar de oficio la norma de conflicto, no el Derecho extranjero a la que ésta remite. Son las partes que quieran beneficiarse de la aplicación de ese Derecho las que, invocándolo, deben probar o acreditar en juicio su contenido y vigencia. Llevada hasta sus últimas consecuencias, la pasividad del Juez conlleva la inaplicabilidad de oficio del Derecho extranjero». José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1999, pp. 231-232. (V. sobre la aplicación judicial del Derecho extranjero, la bibliografía que se cita en la p. 252 de la *ob. cit.*).

<sup>288</sup> Para AZPARREN LUCAS, la necesidad de la alegación o no del Derecho extranjero para que éste pueda ser aplicado radica básicamente en la consideración que tenga nuestro Derecho del Derecho extranjero, es decir, si lo considera como un hecho o como Derecho. Si se trata de un hecho, éste precisará inexorablemente de ser alegado y probado (siendo ésta la postura que tradicionalmente ha venido sosteniendo la Jurisprudencia), mientras que si se trata de Derecho, ello no es necesario. Existen incluso casos, aunque excepcionales, en los que se ha aplicado *ex officio*. V. Agustín AZPARREN LUCAS, «Nuevas perspectivas del papel del Juez frente a la aplicación judicial del Derecho Extranjero» en *VVAA, Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1997, pp. 199-229.

<sup>289</sup> V. Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «La filiación y los alimentos» en *VVAA, Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, 1996, p. 185.

<sup>290</sup> José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO, «La adopción internacional (I) y (II)» en *BIMJ*, año LI, n.º 1808 y 1809, 1997, p. 2299.

<sup>291</sup> V. José Antonio TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «El vigente sistema español de Derecho Internacional Privado tras las sucesivas reformas» en *RDP*, noviembre, 1994, pp. 948-949.

### 1.1.1. Régimen jurídico aplicable a la constitución de la adopción en España de un menor extranjero trasladado con ese fin

En primer lugar, para que el Juez español pueda constituir una adopción de un menor extranjero trasladado a España con tal finalidad (tanto en el caso de traslados amparados o no por el CHAI), deberán darse los requisitos relativos a la competencia de la autoridad española que prevé el art. 22.3 LOPJ, es decir, que el adoptante o el adoptado sea español o tenga residencia habitual en España<sup>292</sup>. La tónica general en la práctica es que el solicitante de adopción español resida habitualmente en nuestro país, por lo que no será necesario entrar a estudiar la situación del adoptando.

Sin embargo, para saber cuál es la ley aplicable a la constitución de estas adopciones, sí hay que entrar a valorar, pese a que el adoptando ha sido trasladado a nuestro país, si el mismo es o no residente en España. ¿Considera nuestro ordenamiento que tiene la residencia habitual aquí o que, por el contrario, la sigue teniendo en su país de origen? El estimar como válida una u otra opción tendrá claras repercusiones a nivel sustantivo puesto que, a tenor de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 9.5. CC, en caso de que el menor tenga la residencia habitual fuera de España, deberá aplicarse a la par de la española su ley nacional a la hora de la constitución de la institución adoptiva en lo que se refiere a la capacidad y consentimientos necesarios. Si, en cambio, se considera que tiene la residencia habitual en nuestro país, se aplicará la ley española (salvo que no adquiera por medio de la constitución de la adopción la nacionalidad española, como ocurriría en el caso de que el adoptado fuera mayor de edad). Dado que el CHAI prevé expresamente la posibilidad de que se traslade al menor al país de residencia del adoptante para proceder allí a la constitución de la adopción, han de diferenciarse los casos en los que el traslado se realice dentro del marco de dicho Convenio de los que se lleve a cabo al margen del mismo. Ninguna de las dos situaciones es relevante en la práctica, pues son muy pocos los países que dejan salir a sus menores sin estar ya adoptados, dado que quieren asegurar su estabilidad futura. Nada impide que tras la «colocación» del menor en el país de los adoptantes surjan problemas para poder concluir con éxito la adopción, quedando el menor en una situación jurídica incierta.

#### A) Traslados amparados por el Convenio de la Haya de 1993

Hay que dejar claro que la aplicación del Convenio se encuentra expresamente prevista para los supuestos en los que el adoptante y el adoptado residen en Estados diferentes y cuando ambos Estados sean parte del CHAI. El art. 17 del CHAI recoge lo que se denomina el *matching*, que viene a ser una asignación del menor a su futuro adoptante, cuando dispone que:

*«En el Estado de origen sólo se podrá confiar el niño a los futuros padres adoptivos si:*

*a) La Autoridad Central del Estado se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo.*

<sup>292</sup> Como sostiene ADROHER BIOSCA: «En virtud de estos foros, se está atribuyendo un volumen importante de competencia a nuestros tribunales para facilitar la adopción y para evitar situaciones que se habían dado en el pasado». SALOMÉ ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 136. Con relación, en concreto a la residencia habitual como uno de los factores determinantes de la competencia judicial, ESQUIVIAS JARAMILLO, siguiendo a ESPINAR VICENTE, sostiene que se deben «(...) superar problemas de interpretación, sobre todo, con el artículo 40 del CC («... el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la LEC»), ya que mezcla el domicilio y la residencia como si fueran conceptos idénticos, no siendo así, porque el domicilio es la delimitación jurídica de la residencia «legalmente reconocida», mientras que ésta es un concepto más amplio que el del domicilio (...) que va más allá de lo estrictamente jurídico». JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO, «La adopción internacional (I) y (II)» en *BIMJ*, año LI, n.º 1808 y 1809, 1997, p. 2292.

b) *La Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen.*

c) *Las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción.*

d) *Se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.»*

Debe haberse cumplido también con lo preceptuado en el art. 4 c) del CHAI: que las personas que deban manifestar su consentimiento a la adopción (en términos del Derecho español, sería más apropiado hablar de asentimiento) consientan voluntaria y libremente, sin contraprestación de ningún tipo y, en todo caso, con posterioridad al nacimiento del menor. Paralelamente es necesario, para que se pueda producir este traslado según el CHAI, que los adoptantes expresen voluntariamente su aquiescencia al traslado, que no puede ser considerado un consentimiento a la adopción, puesto que el consentimiento a la misma deberá prestarse según lo previsto en nuestra legislación (sin que pueda pretenderse que valga como tal el simple acuerdo manifestado en el país de origen)<sup>293</sup>.

Una vez que el menor ya está en nuestro país, las Autoridades centrales (la del país de origen y la española) permanecerán conectadas, cooperando en el proceso adoptivo que se desarrollará en España, siendo fundamental la labor informadora del proceso que la Autoridad Central española deberá hacer para con la del país de origen (art. 20 CHAI), puesto que habrá de aplicarse en el procedimiento de constitución, como ya se ha visto, la ley nacional del adoptando en cuanto a la capacidad y consentimientos necesarios. Un ejemplo claro de un país en el que el menor siempre es trasladado a España sin haber sido adoptado es el de la República de La India. Al ser La India firmante del CHAI, éste ha de aplicarse imperativamente por lo que a los adoptantes españoles se refiere, debiendo quedar siempre dichos traslados enmarcados en el ámbito del Convenio.

### **B) Traslados que quedan fuera del Convenio de la Haya de 1993**

Se daría esta situación cuando los menores son trasladados con el beneplácito de sus respectivos países para ser adoptados<sup>294</sup>. En estos supuestos, para que el menor pueda entrar en España es necesario que se haya expedido a su favor un visado por el Cónsul español de su país de origen, siendo preceptivo para ello la entrega de la resolución formal de la autoridad competente extranjera por la que se confiere la tutela al adoptante español, en la que necesariamente debe constar: si el menor ha sido declarado oficialmente en abandono o bien si los padres o tutores han sido privados de la patria potestad (si esto no consta es necesario que quede reflejado el consentimiento de estos últimos para la transformación de la tutela en una adopción en el extranjero) y, en todo caso, la finalidad de constituir la adopción en el extranjero<sup>295</sup>.

<sup>293</sup> V. Cristina DE LORENZO BROTONS, «Adopciones internacionales irregulares o no reconocidas en España: situación jurídica de los menores extranjeros desplazados a España con motivo de su adopción» en *RMTAASS*, n.º 20, 1999, p. 102.

<sup>294</sup> No puede hablarse aquí de los traslados producidos como consecuencia de programas de acogimiento para menores extranjeros, en virtud de los cuales, los menores llegan a nuestro país únicamente para pasar un periodo de tiempo con las familias acogedoras. Y es que el artículo 67 del RE expresamente prevé en su pfo. 4.º que las familias acogedoras deberán expresar por escrito su conocimiento de que la acogida no tiene por objeto la adopción así como su compromiso de favorecer al retorno a su país de origen o de procedencia.

<sup>295</sup> V. Cristina DE LORENZO BROTONS, «Adopciones internacionales irregulares o no reconocidas en España: situación jurídica de los menores extranjeros desplazados a España con motivo de su adopción» en *RMTAASS*, n.º 20, 1999, p. 111. Para DE LORENZO BROTONS, «la voluntad de proteger a toda costa el interés superior del menor, queda sin duda

ESQUIVIAS JARAMILLO<sup>296</sup> afirma que en los casos de menores trasladados a nuestro país para ser adoptados habrá de entenderse que la residencia habitual la siguen teniendo en su país de origen, puesto que es allí donde tienen su «arraigo sociológico». Sobre todo, ello debe ser así para proteger al menor, que no ha sido adoptado en su país de origen sino que ha sido simplemente trasladado con la finalidad de ser adoptado aquí: el aplicar en estos casos su ley nacional garantizará en última instancia que la adopción pueda ser reconocida en su país de origen y su situación en el mismo se regularice con facilidad.

### 1.1.2. *La constitución ex novo de la adopción: supuestos en que España ha denegado el reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero*

En este caso, el problema surge del no reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero por parte de nuestras autoridades. Las razones que pueden motivar una denegación del reconocimiento pueden ser múltiples, como se ha visto. Pero independientemente de cuáles sean esas razones, en la mayoría de los casos, lo que sí va a poder hacer el adoptante es iniciar los trámites para promover el expediente de jurisdicción voluntaria para constituir *ex novo* la adopción en nuestro país. Realmente, como afirma ESTEVE GONZÁLEZ<sup>297</sup>, «(...) *la negación sistemática de eficacia de un acto válidamente constituido en el extranjero y la invitación a las partes a que lo vuelvan a constituir en España, suscita cuando menos la ironía en términos de la cooperación internacional (...)*». Se está ante una adopción realizada por adoptante español residente en España de un menor extranjero que en la mayoría de los casos residirá en España. Las peculiaridades de este tipo de adopciones son muchas.

#### **a) Posibilidad de constitución por el Juez español de un acogimiento familiar preadoptivo para regularizar la situación del menor hasta tanto no se constituya la adopción**

La institución del acogimiento familiar preadoptivo<sup>298</sup> fue regulada por primera vez en la LO 1/1996 que, tomando como patrón la normativa italiana de 1983, modifica el art. 173 CC introduciendo el 173 bis CC. Este último concreta las modalidades que dependiendo de su finalidad puede adoptar la figura del acogimiento familiar. En su apdo. 3.º regula el acogimiento familiar preadoptivo de la siguiente manera:

«3.º *Acogimiento familiar preadoptivo, que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.*

---

reflejada con la determinación de estos criterios, que tratan de asegurar al cien por cien el éxito del desplazamiento del menor. Así, toda adopción constituida en el extranjero, debe, necesariamente, pasar por el filtro de los Consulados españoles (ya sea para la inscripción, o para la solicitud del visado)». En el caso de que no hubiera existido un intervención previa de la autoridad extranjera competente y con el fin último de evitar el tráfico de menores, el Consulado español no podrá en ningún caso expedir visado alguno que permita al menor entrar en España.

<sup>296</sup> V. José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO, «La adopción internacional (I) y (II)» en *BIMJ*, año LI, n.º 1808 y 1809, 1997, p. 2298.

<sup>297</sup> V. Lydia ESTEVE GONZÁLEZ, «Nota a los Autos del Registro Civil Central de 21 de junio y de 4 de septiembre de 1996» en *REDI*, vol. XLIX, n.º 1, 1997, p. 262.

<sup>298</sup> V. sobre esta institución, Cristina VICENT LÓPEZ, «El acogimiento preadoptivo en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor» en *RGD*, n.º 652-653, 1999, pp. 85-99.

*La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuere necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia. Este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año.»*

Existen pues dos variantes de acogimiento preadoptivo: el constituido al tiempo de elevar la propuesta de adopción al Juez y el que se constituye con anterioridad a la misma. En el supuesto de las adopciones no reconocidas, si lo que se pretende con la constitución del acogimiento preadoptivo es regularizar cuanto antes la situación en la que se halla el menor es posible usar ambas vías según sean las circunstancias del caso concreto. Una vez que la adopción se constituye, independientemente de que no haya transcurrido el plazo por el que se estableció el acogimiento preadoptivo, éste se extinguirá ya que los acogedores pasan a ser adoptantes conforme a nuestro Derecho y asumen de esta manera la patria potestad sobre el menor.

### **b) La competencia de la autoridad judicial española para tramitar el expediente de adopción**

La conclusión es idéntica a la que se llegó en los supuestos de traslados de menores extranjeros a nuestro país para poder ser adoptados aquí: para que el Juez español pueda constituir una adopción de un menor extranjero cuya adopción no ha sido reconocida, deberán darse los requisitos relativos a la competencia de la autoridad judicial española que se recogen en el art. 22.3 LOPJ, es decir, que el adoptante o el adoptado sea español o tenga residencia habitual en España<sup>299</sup>. En la práctica lo normal es que el solicitante de adopción español resida habitualmente en nuestro país.

### **c) La ley aplicable a la constitución de estas adopciones**

Incluso reconociendo que concurre un elemento de extranjería (cual es la nacionalidad del menor, puesto que pese a estar ya en nuestro país, seguirá siendo extranjero al no haberse reconocido la adopción), será, en principio y en la mayoría de los casos, la legislación civil española vigente<sup>300</sup> al no operar ninguna de las dos excepciones contenidas en el inciso final del párrafo 1.º del art. 9.5 CC<sup>301</sup>:

<sup>299</sup> Como sostiene ADROHER BIOSCA, «En virtud de estos foros, se está atribuyendo un volumen importante de competencia a nuestros tribunales para facilitar la adopción y para evitar situaciones que se habían dado en el pasado». SALOMÉ ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 136.

<sup>300</sup> V. el Auto de la AP de Asturias (Sección 7.ª) de 30 de marzo de 2001, donde se concluye que en el caso de constitución *ex novo* de la adopción, el órgano judicial española deberá observar exclusivamente la *lex fori*, la ley española.

<sup>301</sup> V., a favor, M.ª ASUNCIÓN ASÍN CABRERA, *La protección y adopción de menores extranjeros en la Comunidad Autónoma Canaria*, 1999, p. 94. No obstante, ASÍN CABRERA critica que los argumentos jurídicos en los que se basan unos Autos de Juzgados de 1.ª Instancia de Santa Cruz de Tenerife no son correctos al no hacer referencia alguna a la normativa de Derecho Internacional Privado. (V. *ob. cit.*, nota n.º 181, p. 129). Traigo a colación un párrafo de una propuesta previa de adopción que habitualmente suele incluirse en dichos documentos: «Al haberse establecido la menor (de origen indio) su residencia habitual en España desde su llegada autorizada mediante los correspondientes visados de salida de La India y de entrada en España, la ley aplicable a la constitución de la adopción que se promueve por este escrito, será la española, en cuanto a los requisitos, la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios (arts. 9.5 del Código Civil); ya que no operan las excepciones de los números 1 y 2 del art. 9.5, primer párrafo, al no residir la menor fuera de España y sí adquirir la nacionalidad española mediante la adopción instada». V. la propuesta de adopción de un menor de origen indio recogida en el Anexo II, «Formularios y documentos» en VVAA, *El derecho y los servicios sociales*, Granada, 1997, pp. 492-496.

*«La adopción constituida por Juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la ley española. No obstante, deberá observarse la ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios:*

*1.º Si tuviera su residencia habitual fuera de España.*

*2.º Aunque resida en España, si no adquiere, en virtud de la adopción la nacionalidad española.»*

Por tanto sólo si se da alguno de estos dos presupuestos (que el adoptando no tenga la residencia habitual en España o que no adquiera, en virtud de la adopción, la nacionalidad española) la ley aplicable sería la ley nacional del adoptando (si bien únicamente en lo referente a la capacidad y consentimientos necesarios).

En la práctica difícilmente se dará alguno de estos requisitos. Por un lado, con relación a que el adoptando tenga la residencia habitual en España, he de decir que hasta el momento siempre se ha entendido que la tiene en nuestro país al encontrarse ya aquí y con visos de permanencia (en la práctica suele mediar un tiempo entre que el menor llega y se solicita la constitución de la adopción, tiempo que se considera suficiente para entenderle residente en nuestro país). Esta situación es diferente de la que analicé en el caso de que el menor fue trasladado a España para ser adoptado, puesto que en aquel supuesto el menor no había sido adoptado en su país y en este caso sí lo ha sido. Se entiende que para el país de origen del menor éste ya ha sido adoptado y como tal ha salido de sus fronteras. Esto implica que reconozca una institución adoptiva a su favor, estando para dicho país la residencia habitual del menor en el mismo sitio en el que resida el adoptante, por lo que la situación jurídica del menor es distinta: el menor llega a España para permanecer aquí, amparado legalmente por su país de origen. Nada hace pensar que en estos casos la residencia del menor no sea España, pues, por decirlo de una manera gráfica, en su país de origen ya nadie le espera: se parte de que no regresará al haber sido adoptado por un extranjero que vive en el extranjero.

Por otra parte, según lo previsto en nuestra normativa, un adoptando extranjero puede no adquirir tras su adopción por un español la nacionalidad española cuando se trate de un mayor de edad<sup>302</sup> (puesto que el menor de edad adquiere automáticamente la nacionalidad española de origen tras la adopción)<sup>303</sup>.

Fuera de estos dos supuestos mencionados en el art. 9.5.1.º CC, el Juez tan sólo podrá aplicar un ordenamiento jurídico distinto al español si con ello favorece al adoptando y es pedido por el adoptante o por el Ministerio Fiscal (si bien, como ya se apuntó, esta posibilidad debe ser interpretada con carácter restrictivo).

#### — *Problemática de las declaraciones de voluntad necesarias para constituir la adopción*

Si la adopción constituida en el país de origen del menor no fue reconocida por algún motivo que no tenga nada que ver con la prestación de las declaraciones de voluntad necesarias para constituir una adopción y dicha adopción puede considerarse como plena<sup>304</sup>, según lo previsto en nues-

<sup>302</sup> Entonces, ¿qué ley aplicará el Juez o Cónsul español durante el proceso constitutivo de la adopción de un extranjero mayor de edad?, ¿la ley nacional del mismo o la ley española? Lo cierto es que al no adquirir por la adopción la nacionalidad española debe aplicarse su ley nacional en cuanto a la capacidad y consentimientos necesarios, y no íntegramente la ley española. Una vez constituida la adopción, tendrá derecho a optar por la nacionalidad española, tal y como le reconoce el art. 19.2 CC, pero no la adquirirá de origen. V. José MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Barcelona, 2000, p. 255.

<sup>303</sup> También podría darse un supuesto de este tipo en los casos de extranjeros adoptados por extranjeros. Este caso sólo tiene relevancia para nuestro país cuando el adoptante extranjero resida en España.

<sup>304</sup> La exigencia de que la adopción sea plena es lógica puesto que difícilmente valdrá para constituir una adopción en España una declaración de voluntad, sea del tipo que sea, prestada para la constitución de una adopción que no osten-

tro ordenamiento nada impide, a mi juicio que a la hora de constituir en España la adopción se tomen de los correspondientes documentos extranjeros aportados al procedimiento las declaraciones de voluntad necesarias, sin que deban éstas volver a prestarse<sup>305</sup>.

Evidentemente a nadie se les escapa que con toda seguridad se producirán muchos problemas si no constan, tal y como la legislación española exige, los consentimientos, asentimientos o audiencias preceptivos. Con relación a los consentimientos no habrá mayor inconveniente en principio, puesto que, encontrándose tanto el adoptante como el adoptando en nuestro país, éstos se podrán recabar con facilidad. La cuestión no es tan sencilla con relación a las demás declaraciones de voluntad necesarias para poder constituir la adopción (los asentimientos y las audiencias), al encontrarse por regla general las personas que deben emitir los mismos en el extranjero (normalmente en el país de origen del menor). Obviamente este conflicto se simplifica en los casos en los que el menor carezca de padres (o bien conste que éstos estén privados de la patria potestad) y familia que lo reclame. Pero si no es así, la solución más factible es estudiar las declaraciones extranjeras ya prestadas para ver si se pueden tener como válidas y extrapolarlas al nuevo procedimiento. En caso negativo (porque no consten o bien porque fueron emitidas para la constitución de una institución distinta a la adopción plena española)<sup>306</sup>, la solución que impera en la práctica es acudir a la cooperación internacional<sup>307</sup>, por lo que suele remitirse una comisión rogatoria al país extranjero<sup>308</sup>. Suele ser habitual para agilizar el procedimiento, que si dicha comisión rogatoria no es contestada, se entiende como silencio positivo (es decir, se interpreta que el asentimiento o la audiencia preceptiva se han prestado<sup>309</sup>) lo cual en mi opinión es una práctica reprochable.

---

ta el carácter de plena. Piénsese, por ejemplo, qué valor tendría el asentimiento favorable a la constitución de la adopción prestado por los padres biológicos del adoptando extranjero si la institución adoptiva que iba a constituirse no extinguía los vínculos jurídicos entre el menor y su familia de origen. Lógicamente, el asentimiento de estas personas una vez que conocen que por medio de la constitución de la adopción se les desvinculará prácticamente por completo de su hijo, pudiera cambiar de sentido.

<sup>305</sup> Sin embargo, probablemente el Juez sí exigirá la prestación del consentimiento del adoptante a la adopción nuevamente y también el del adoptando si se dan las circunstancias para que lo preste, pese a que dichas declaraciones de voluntad ya se hubieran emitido previamente en la forma correcta en el país de origen del menor. La razón de este proceder es bien sencilla: nada impide al adoptante ni al adoptando emitir nuevamente su consentimiento renovando de esta manera el anteriormente prestado, siendo éstos (como ya se analizó) requisitos *sine qua non* para poder constituir la adopción de acuerdo a lo previsto al Derecho español. No obstante, hay que entender que pudiera darse el caso de que el Juez diera por válidos los ya prestados durante el proceso de constitución de la adopción en el país de origen del menor. Este asunto tiene gran importancia, pues en el supuesto de que el adoptante falleciera durante la tramitación *ex novo* de la adopción en España, valdría el consentimiento prestado a la adopción constituida en el país extranjero. Eso sí, como ya he apuntado, necesariamente ha de tratarse de un consentimiento totalmente válido de acuerdo a nuestro Derecho y que la adopción constituida en el extranjero fuera plena.

<sup>306</sup> Valdría, por ejemplo, la declaración de los padres biológicos prestada en el procedimiento de constitución de una adopción simple en el extranjero si ésta se completa con el consentimiento de los mismos para que dicha adopción sea transformada en plena en España. V. Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Madrid, 2000, pp. 83. No obstante, algunos autores se han planteado, con razón, «(...) hasta qué punto es posible prestar el consentimiento a la constitución de la adopción de una figura desconocida o prohibida por el ordenamiento aplicable (...)». V. Flora CALVO BABIO, «Nota a la R.D.G.R.N. de 12 de julio de 1996» en *REDI*, vol. XLIX, n.º 2, 1997, p. 273.

<sup>307</sup> V. M.ª Dolores ADAM MUÑOZ, *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*, Pamplona, 1997 (en especial, V. el Capítulo IV: «Los actos de comunicación»), pp. 129-154.

<sup>308</sup> V. Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «Comisiones rogatorias y obtención de pruebas en el extranjero» en *BIMJ*, n.º 1905, de 15 de noviembre, año LV, 2001, pp. 5-36.

<sup>309</sup> V. Salomé ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 139. No obstante, esta autora hace referencia al «consentimiento», cosa que desde mi punto de vista es errónea ya que, como se ha analizado, el consentimiento a la adopción únicamente deben prestarlo el adoptante y el adoptado mayor de doce años, y en el caso planteado, ambos se encuentran ya en España, por lo que sería absurdo pedir una comisión rogatoria. Sí sería necesario, en cambio, pedir dicha comisión para obtener los asentimientos y audiencias preceptivas de acuerdo a lo que dispone nuestra legislación. En el mismo sentido, V. Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Madrid, 2000, p. 110.

Conviene recordar que la normativa catalana exige de la necesidad de que concurra el asentimiento de los padres del adoptando en los supuestos en que el menor haya estado en situación de acogida preadoptiva sin oposición durante más de un año, o con oposición desestimada judicialmente (art. 122.1 b. 2.ª parte CF), lo cual ha de interpretarse como una sanción a los progenitores que se ven privados de este derecho. Por tanto, si ha transcurrido más de un año desde el inicio de la convivencia entre el adoptando y el adoptante sin que haya habido oposición, el Juez catalán podrá constituir la adopción pese a no mediar el asentimiento de los padres biológicos del menor a la misma. Ello también podría suceder s, pese a haber habido dicha oposición, ésta fue desestimada judicialmente.

No obstante, hay que plantearse la posibilidad de que deba dilucidarse en el procedimiento una cuestión previa: ¿qué ley se aplica a la privación de la patria potestad de los padres biológicos del menor? Dependiendo de la respuesta que se dé (la ley extranjera o la ley española), las consecuencias pueden ser muy distintas (por ejemplo, podría concluirse que los padres biológicos deben asentir a la constitución de la adopción o bien que únicamente deben ser escuchados en audiencia). Pero la importancia del problema va más allá: podría incluso llegar a concluirse que un menor no es susceptible de adopción de acuerdo con nuestro ordenamiento o bien que sí lo es. Tal y como sostiene ECHEZARRETA FERRER<sup>310</sup>, «(...) para poder constituir la filiación adoptiva es imprescindible la constancia de que la filiación biológica a través de la patria potestad no cumple su función protectora (...)». Esto es lógico: debería en primer lugar, discernirse si efectivamente el menor es susceptible de ser adoptado de acuerdo con la ley española. Esta autora llega al convencimiento de que bien por la vía del art. 9.4 CC (relativo a la adopción ya constituida) o bien por la del art. 9.1 CC, debería ser la ley nacional del menor la que determine la privación de la patria potestad. ESQUIVIAS JARAMILLO<sup>311</sup> pone de manifiesto esta problemática situación de la siguiente manera: «Cuando se cite a los padres del adoptando en su país, debe serlo para el asentimiento no para la audiencia. Si lo fuera para ésta, la oposición de los padres naturales del adoptando, exigiría (...) la apertura de pieza separada para apreciar si están incursos en causa privativa de patria potestad. Este hecho es derivado del expediente de adopción, pero ¿sería competente la autoridad judicial española que conoce de la adopción para hacer esa declaración dentro del expediente de adopción? ¿Sería viable la tramitación de un juicio verbal en España, añadido a la adopción, cuando lo que se pretende en las adopciones es la rapidez y practicidad, en la línea del «favor adoptionis», tantas veces invocado?». Este autor concluye que «(...) lo más aconsejable es remitir la citación a los padres biológicos del adoptando para el asentimiento, con una clara motivación de lo que va a significar esa adopción, con los efectos del art. 108 de nuestro CC. Más fácil sería la solución en el caso de que los padres del adoptando hubiesen sido privados por sentencia en su país de la patria potestad, pues valdría con la citación para «audiencia», previa la aportación de la sentencia». Precisamente por esto último, en la práctica lo más frecuente es que el Juez español entienda que los padres biológicos están privados de la patria potestad en virtud de la resolución extranjera que constituyó la adopción no reconocida, por lo que no se suele acudir al país extranjero para recabar su asentimiento a la constitución de la adopción<sup>312</sup>.

«Mucho más coherente resultaría el poder proceder a la adopción cuando ya estuviera resuelta la extinción de la filiación biológica si ello fuera posible»<sup>313</sup>. Los pasos que debe seguir, según ECHEZARRETA FERRER (con la que coincide), el Juez español en la constitución de la filiación adoptiva son los siguientes:

---

<sup>310</sup> Maybe ECHEZARRETA FERRER, «Ley aplicable a la privación de la patria potestad en un procedimiento de adopción internacional» en *RDF*, n.º 5, octubre, 1999, p. 253.

<sup>311</sup> José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO, «La adopción internacional (I) y (II)» en *BIMJ*, año LI, n.º 1808 y 1809, 1997, p. 2303.

<sup>312</sup> V. Flora CALVO BABIO, «Nota a la R.D.G.R.N. de 12 de julio de 1996» en *REDI*, vol. XLIX, n.º 2, 1997, p. 273.

«1.º En los supuestos de protección de menores en los que exista conexión con algún ordenamiento extranjero, antes de proceder a la constitución de una institución protectora en España y sin perjuicio de tener que adoptar las medidas urgentes necesarias según la ley española en virtud del art. 9.6 «in fine», se debe proceder a aplicar con carácter prioritario el art. 9.4 del CC, a efectos de determinar la titularidad de la guarda y custodia y del derecho de visita entre los progenitores.

2.º En caso de que la patria potestad derivada de la filiación biológica quede frustrada, debemos seguir moviéndonos dentro del art. 9.4 del CC, para determinar la necesidad de privación de la patria potestad definitiva y por tanto la posibilidad de ruptura de vínculos jurídicos con la familia de origen, respetando los principios rectores del ordenamiento extranjero todo lo que nos permita nuestro ordenamiento nacional.

3.º Resuelta dicha posibilidad de ruptura, se procede a la aplicación del art. 9.5 y por tanto de la ley española en cuanto a los requisitos de constitución y formalización de una nueva filiación adoptiva.

4.º En caso de que la ley nacional no permita la constitución de la filiación adoptiva, el art. 9.4 da paso al art. 9.6 primer apartado que nos vuelve a remitir a la ley nacional para constituir la institución protectora que según el caso satisfaga mejor el interés global del menor»<sup>314</sup>.

En otro orden de cosas y a modo de recordatorio, de cara a evitar ulteriores problemas de reconocimiento de la adopción constituida en España por parte del país de origen del menor, es posible que a petición del adoptante o del Ministerio Fiscal (cuya intervención en el procedimiento de constitución de la adopción es preceptiva, ya que actúa en defensa del interés público así como de la legalidad, tal y como le obliga el art. 3 apdos. 6 y 7 de su Estatuto Orgánico, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre)<sup>315</sup>, el Juez en interés del adoptando exija además, los consentimientos, asentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o la ley de la residencia habitual del adoptado. En este sentido se manifiesta el art. 9.5 pfo. 2.º CC (que ha de ser interpretado restrictivamente) cuando establece que:

«A petición del adoptante o del Ministerio Fiscal, el Juez, en interés del adoptando, podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la Ley nacional o por la Ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando.»

<sup>313</sup> Mayte ECHEZARRETA FERRER, «Ley aplicable a la privación de la patria potestad en un procedimiento de adopción internacional» en *RDF*, n.º 5, octubre, 1999, p. 255. En dos Autos estudiados por esta autora de la AP de Málaga (concretamente los de 5 de mayo y 28 de septiembre de 1998), no se toma en cuenta la ley nacional del menor, sino que se aplica la ley española tanto a la extinción de la filiación biológica como a la constitución de la filiación adoptiva. Según ECHEZARRETA FERRER lo que se debió hacer en estos supuestos fue, una vez constatada la oposición de los padres biológicos a la adopción de sus hijos, dejar «(...) el acto de jurisdicción voluntaria y abrir un procedimiento contradictorio previsto en el art. 1827 LEC en el que se deben entrar a valorar las causas legales de la privación de la patria potestad para poder obviar el asentimiento de los padres biológicos si es que se entendiera incursos en ellas» porque «(...) el art. 9.4 CC será de aplicación para la determinación para averiguar el nacimiento y extinción de la patria potestad, así como su contenido.» (pp. 255-256 de la *ob. cit.*). Siguiendo a FERNÁNDEZ ROZAS, esta autora concluye que la ley nacional del menor sólo podría ser excepcionada «(...) en virtud del orden público constitucional centrado en el interés del hijo (art. 39.2 CE), la igualdad de sexos (art. 14 CE) o el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1.º CE). En este sentido, la ley extranjera queda excepcionada cuando no cubra las necesidades mínimas de educación y cuidado del menor, así como cuando las causas de privación de la patria potestad estén basadas en la discriminación de alguno de los progenitores» (V. p. 257 de la *ob. cit.*).

<sup>314</sup> Mayte ECHEZARRETA FERRER, «Ley aplicable a la privación de la patria potestad en un procedimiento de adopción internacional» en *RDF*, n.º 5, octubre, 1999, p. 269.

<sup>315</sup> V., entre otros muchos, con relación a la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de menores, Olayo E. GONZÁLEZ SOLER, «El Ministerio Fiscal en los procesos que afectan a la infancia» en *VVAA, Protección de menores en el Código Penal*, Dir. José Luis Jori Tolosa, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, pp. 211-270; Vicente Carlos GUZMÁN FLUJA (Colabora: Raquel Castillejo Manzanares), *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Madrid, 1999, pp. 41-43.

— *En particular, ¿es necesaria la presentación de la propuesta previa?*

A modo de introducción, la doctrina coincide unánimemente, tal y como pone de manifiesto GUTIÉRREZ SANTIAGO<sup>316</sup>, en que «*En la regulación del expediente de jurisdicción voluntaria que desemboca en la adopción el legislador apenas ha establecido trámites procedimentales imperativos y, lejos de poner trabas e imponer rígidos formalismos que dificultarían y ralentizarían la constitución de adopciones, ha querido dejar en manos de la autoridad judicial una amplísima parcela de libertad para que marque las actuaciones a seguir: el propio TC ha destacado «el carácter informal e incisivo del procedimiento, a fin de procurar que el Juzgado pueda obtener y verificar toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a adoptar resultará beneficiosa para el menor» (STC de 16 de junio de 1997). Aún así, como es lógico, la libertad del Juez a la hora de dar curso al procedimiento de adopción no es absoluta (...)».*

Teniendo presente lo anterior y dado que el expediente de adopción internacional se inicia normalmente (judicialmente hablando) con la presentación de la propuesta previa por parte de las autoridades públicas<sup>317</sup> (ya que eso es lo que sucede en el procedimiento por el que se desarrolla una adopción realizada en nuestro país, según lo dispuesto en el art. 176.2 pfo. 1.º CC), hay que plantearse si ello es necesario. En mi opinión, este requisito sí es exigible puesto que no existe ninguna circunstancia que haga decantarse en otro sentido.

Evidentemente, si se da alguno de los cuatro supuestos que excepcionan la necesidad de concurrencia de propuesta previa por parte de la Entidad pública (art. 176.2 pfo. 2.º CC)<sup>318</sup>, ésta no será necesaria. Uno de ellos es el relativo al acogimiento familiar (de tal manera que si el adoptando lleva más de un año acogido legalmente por el adoptante<sup>319</sup> no será necesaria la propuesta),

<sup>316</sup> Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, pp. 93-94.

<sup>317</sup> V. Juan Miguel OSSORIO SERRANO, «Notas acerca de la propuesta previa a la adopción» en *AC*, n.º 18, tomo II, 1990, pp. 227-239. Por lo que respecta al contenido de la propuesta previa, nuestro CC nada dice. Algunas normas autonómicas, sin embargo, sí se han preocupado de concretar dicho contenido, tal y como sucede, por ejemplo, con la Comunidad Autónoma de Cataluña (V. el art. 120.1 CF). No obstante, con carácter general puede afirmarse que la propuesta, de acuerdo a lo que dispone el art. 1829 LEC 1881 (que continúa vigente tal y como se infiere de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única de la LEC 1/2000 en su apartado primero, hasta tanto no se apruebe la Ley de la Jurisdicción Voluntaria) y a lo que se viene exigiendo en la práctica recogerá: los datos identificativos del adoptando (nombre, apellidos, domicilio, fecha de nacimiento, DNI si lo tuviere, filiación, tomo y folio en que está inscrito el nacimiento) así como de sus padres, tutores o guardadores; los datos identificativos y descriptivos de los adoptantes (nombres, apellidos, fecha de nacimiento, DNI, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, número de hijos, personas con las que conviven, nivel de estudios, profesión, medios de vida, ingresos); si fuera el caso, el domicilio del cónyuge del adoptante para que éste pueda ser citado al procedimiento; si fuera el caso, deben constar cuáles son las relaciones que han mantenido los adoptantes con el adoptando hasta el momento (como por ejemplo podría ser: el que haya existido una tutela o un acogimiento); ha de constar si los padres del adoptando deben ser citados simplemente para ser oídos o para que asientan, declaración que en cualquier caso llevarán a cabo en el país extranjero (Si fuera el caso, debe constar que ya se han prestado los asentimientos necesarios así como la forma en la que lo fueron (o sea, ante la entidad pública o en documento auténtico). Asimismo, deben exponerse los motivos de elección de los adoptantes propuestos. V. José Ramón PÉREZ OREIRO, «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» en *Instituciones Protectoras del Menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999, p. 186 y ss.

<sup>318</sup> En estos cuatro supuestos, además, existe una presunción de idoneidad (es decir, que se es idóneo para ejercer la patria potestad), quedando eximido el solicitante de adjuntar a la solicitud con la que inicia el expediente un certificado que acredite tal circunstancia. GUTIÉRREZ SANTIAGO sostiene con acierto que: «(...) debe quedar acreditado sin ningún género de dudas que con ello en absoluto van a sufrir merma alguna las debidas garantías en interés del adoptando, de tal modo que —si bien luego la presunción (iuris tantum) de idoneidad podrá ser desvirtuada por la decisión judicial— las circunstancias concurrentes permitan presuponer que el adoptante es una persona idónea». Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, p. 76.

<sup>319</sup> Resulta contradictorio, como ha puesto de manifiesto, HERRÁN ORTIZ, que tras la LO 1/1996 no pueda tratarse de un acogimiento preadoptivo (pese al tenor literal del precepto) la institución en virtud de la cual el adoptando esté a cargo del adoptante, puesto que al ser esta institución una medida provisional no puede exceder de un año (tal y como establece el art. 176 bis. 3.º CC). V. Ana HERRÁN ORTIZ, «De la adopción y otras formas de protección de menores» en *VVAA, Compendio de Derecho de Familia*, Madrid, 2000, p. 515. Por su parte, GUTIÉRREZ SANTIAGO propone la modificación

adquiere especial virtualidad en lo que a la adopción internacional se refiere en el sentido de que si se reconoce por parte de nuestras autoridades que el adoptando lleva más de un año acogido legalmente por el adoptante, éste podrá iniciar *motu proprio* la constitución *ex novo* de la adopción. Cobra pues, en esta vertiente, especial importancia la posible equiparación que pueda hacerse de la adopción simple con respecto a una institución de protección española que implique el acogimiento legal del menor<sup>320</sup>. Además, así se viene exigiendo normalmente en la práctica<sup>321</sup>.

Una vez constituida la adopción y cuando ha devenido firme el Auto judicial<sup>322</sup> que pone fin al procedimiento de jurisdicción voluntaria, se producen los mismos efectos que origina la adopción nacional, añadiéndose la circunstancia de que en virtud de lo que establece el art. 19.1 CC, el adoptado menor de dieciocho años adquiere automáticamente la nacionalidad española de origen, pudiendo optar a la misma el mayor de edad. Será una vez que se haya inscrito la adopción en el Registro Civil español cuando el Registro Civil Central envíe al Registro Civil Consular correspondiente al lugar de nacimiento del adoptado duplicado de dicha inscripción, que el Cónsul transcribirá a la Sección Primera del Registro.

## 1.2. Adopción de un menor español por un adoptante extranjero

Realmente hay que afirmar que este supuesto en la práctica no suele darse, puesto que si ya es difícil para un español adoptar un menor en España, más lo será si el que lo pretende es un extranjero<sup>323</sup>. Cuando el marido o mujer extranjeros quieran adoptar al hijo español de su pareja se estará ante esta variedad de adopción, siendo este caso el más frecuente en que se produzca una adopción de un español por un adoptante extranjero. Pese a todo, hay que valorar positivamente la regulación normativa de este supuesto (que no difiere mucho de la ya expuesta para el caso de adopción de un menor extranjero por adoptante español), puesto que es innegable que si comienzan a producirse adopciones de menores españoles por extranjeros existiendo una laguna legal a este respecto, los intereses de los menores pudieran verse significativamente afectados.

---

del art. 176 bis. 3.º CC, para evitar esta contradicción. V. Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Pamplona, 2000, p. 78. Otros autores, como NÚÑEZ MUÑIZ, sostienen la siguiente interpretación del texto legal: «(...) habrá que (...) considerar que el acogimiento preadoptivo durará como máximo un año, de modo que no será necesaria la propuesta de la entidad pública cuando aquel exista, aunque su tiempo de duración sea inferior al año; si la finalidad de esta modalidad de acogimiento es la de facilitar la adaptación del menor a la familia y adoptar con mayores garantías de integración del mismo, y antes de que transcurra el plazo necesario se intenta formalizar la adopción, es porque la experiencia ha sido positiva». Carmen NÚÑEZ MUÑIZ, «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor» en *La Ley*, año XVII, n.º 4135, tomo 3, 1996, p. 1489. En mi opinión, esta última interpretación es más forzada pese a que logra en última instancia salvar el inconveniente. De *lege ferenda* debería modificarse la duración máxima del acogimiento preadoptivo que actualmente recoge nuestro CC.

<sup>320</sup> Sobre este tema en particular se volverá al analizar cuál es la situación jurídica en la que se encuentra el menor extranjero en España cuya adopción no ha sido reconocida o bien está pendiente de reconocimiento. Pese a ello, en ocasiones los tribunales han considerado oportuno efectuar dicha equiparación entre la institución de protección de menores extranjera y la española) y otras veces no. V. sobre este punto Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, «Nota a la SAP de Valencia (Sección Tercera) de 15 de marzo de 1996» en *REDI*, vol. XLIX, n.º 2, 1997, pp. 264-270.

<sup>321</sup> V. M.ª Asunción ASÍN CABRERA, *La protección y adopción de menores extranjeros en la Comunidad Autónoma Canaria*, 1999, p. 93.

<sup>322</sup> El Auto judicial debe ser siempre motivado debido a que el Juez no está nunca vinculado por la propuesta administrativa previa, pudiendo por tanto coincidir con ella o no. V. José Ramón PÉREZ OREIRO, «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» en *Instituciones Protectoras del Menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999, p. 215.

<sup>323</sup> Ello no significa que los extranjeros tengan menos derechos que los españoles para adoptar un español porque no es cierto. Lo que sucede es que entra en juego una vez más el ya analizado principio de subsidiariedad de las adopciones internacionales, por lo que a la hora de dar en adopción a un menor español se va a preferir a un adoptante español que a uno que no lo es. A todo ello hay que unir el bajo índice de nacimientos que se producen en nuestro país.

Pueden distinguirse dos supuestos:

1. *Que el adoptante extranjero resida en España*<sup>324</sup>

La tramitación de la adopción es prácticamente la misma que la analizada en el supuesto de que el menor fuera extranjero. Se aplica íntegramente el Derecho español, debiendo puntualizar que el adoptante extranjero ha de reunir todos los requisitos que a tal efecto dispone la legislación española y, muy especialmente, ha de contar con el correspondiente certificado de idoneidad.

Los adoptandos españoles, tras la adopción, seguirán manteniendo la nacionalidad española independientemente de que comiencen a poseer la nacionalidad de los adoptantes (siendo casos de doble nacionalidad). Esto sucede porque la legislación española prevé que los menores nacionales no pierden la nacionalidad española hasta llegar a la emancipación (art. 24 CC), siendo irrelevante para nuestro país lo que disponga la normativa del país del adoptante extranjero a este respecto. Ello garantiza a estos menores la posibilidad de seguir disfrutando de todos los derechos que las leyes españolas les tienen reconocidos: al seguir siendo ciudadanos españoles podrán hacer valer y disfrutar los derechos que ello implica si fuera necesario. También se consigue de esta manera evitar situaciones de apatridia de menores que en su día fueron españoles, puesto que no se va a poder controlar (ya que, como es lógico, ello escapa a la competencia de las autoridades españolas) la normativa sobre nacionalidad de adoptados extranjeros del país de recepción del menor en los casos en los que el adoptante traslade su residencia a otro país.

2. *Que el adoptante extranjero no resida en España*

En el caso de que el adoptante sea nacional de un Estado parte del CHAI es de aplicación el art. 4 de dicho Convenio<sup>325</sup>, que exige que para que un menor (español) sea adoptado por un extranjero no residente (en España) es necesario que la Autoridad competente del Estado de origen (las competentes Autoridades españolas) haya constatado «*b) (...) después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño*». Implícitamente nuestro país se está reservando la posibilidad de analizar cómo va a influir la legislación del país de recepción sobre ese menor español, para así garantizar los derechos de éste que aquí le son reconocidos. Por ende, si se estima que existen los suficientes indicios para pensar que la situación jurídica del menor se va a ver afectada negativamente como consecuencia de la constitución de la adopción, ésta no se constituirá puesto que ello difícilmente responderá al interés del menor.

---

<sup>324</sup> Luis SALA TORREGASA, «El reconocimiento de las adopciones internacionales en España» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 257, pone de manifiesto una discriminación que operaría en el supuesto de adopciones constituidas en el extranjero por residentes en España pero de nacionalidad extranjera. Sostiene, con gran acierto, que dado que el art. 9.5 CC dispone taxativamente que el mismo sólo será aplicable cuando la adopción se constituya por adoptante español, no es de aplicación a los extranjeros residentes en España que adopten a un menor extranjero los dos requisitos que este precepto prevé: la exigencia del certificado de idoneidad y la equivalencia de efectos de la adopción constituida en el extranjero con la española. Así, «(...) resulta que un extranjero residente en España puede, como un español, adoptar en el extranjero y en el momento de proceder al reconocimiento de la adopción no le será exigida ni la declaración de idoneidad ni la equivalencia de efectos. Nos hallamos ante un trato discriminatorio entre extranjeros y españoles, y precisamente, en perjuicio de estos últimos».

<sup>325</sup> Aunque en principio pudiera pensarse que dicho artículo solamente será aplicado cuando el Estado del adoptante sea parte del citado Convenio, debe entenderse, por contra, que el mismo junto con todo el Convenio es aplicable a todos y cada uno de los Estados en los que uno de sus nacionales pretenda adoptar un menor español, porque en tal sentido se ha manifestado nuestro ordenamiento interno, tal y como se deduce de lo que dispone el art. 25.2 LO 1/1996: «La comunicación entre las Autoridades centrales españolas competentes y las Autoridades competentes de otros Estados se coordinará de acuerdo con lo previsto en el Convenio en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 y ratificado por España mediante instrumento de 30 de junio de 1995».

El Instrumento de ratificación del CHAI (de 30 de junio de 1995) hace uso de la excepción prevista en el art. 22.4 del citado Convenio:

*«Las adopciones de niños con residencia habitual en España, sólo podrán tener lugar por los residentes en aquellos Estados en los que, las funciones conferidas a las Autoridades Centrales son ejercidas por Autoridades Públicas o por Organismos reconocidos de acuerdo a lo previsto en el párrafo 1.º del artículo 22 del Convenio.»*

La dicción de la excepción transcrita, al hacer expresa referencia a la residencia habitual del adoptando (y no a su nacionalidad), implica que ha de interpretarse bajo su óptica tanto el supuesto de que el menor adoptando en España sea extranjero como que no lo sea. En ambos casos, y por regla general, dicho menor tendrá la residencia habitual en nuestro país. Evidentemente si no la tuviera, no operaría lo previsto en la excepción. Por tanto, será labor del Juez que constituya la adopción constatar que efectivamente las funciones conferidas a las Autoridades Centrales del país del adoptante<sup>326</sup> son ejercidas por Autoridades Públicas o por Organismos reconocidos.

### 1.3. Referencia a la adopción entre extranjeros en España

Para que en nuestro país pueda constituirse una adopción entre extranjeros es requisito ineludible que una de las partes resida habitualmente en él (art. 22 pfo. 3.º LOPJ), siendo normalmente el adoptante extranjero el que tiene la residencia habitual en España, motivo por el que insta la constitución de la adopción aquí y no en el país del que es nacional. No es posible, por tanto, pretender constituir válidamente una adopción entre extranjeros en España cuando ni el adoptante ni el adoptado residen aquí, por la sencilla razón de que nuestras autoridades judiciales se declararían incompetentes.

La ley que se aplicará a la constitución de esta adopción será en cuanto a la capacidad y los consentimientos necesarios la personal del adoptando, pues se da uno de los supuestos previstos en este sentido por el art. 9.5.2.º CC: el adoptando no va a adquirir la nacionalidad española en virtud de la adopción (puesto que el adoptante es extranjero). Por lo demás, estas adopciones gozan exactamente de las mismas garantías, trámites y requisitos que todas las que se llevan a cabo en nuestro país. Es conveniente resaltar que de modo alguno se podrá realizar en España una adopción que no sea plena (o sea, no se puede constituir una adopción simple)<sup>327</sup>, puesto que nuestro Derecho no reconoce en la actualidad, otro tipo de adopción que no sea la plena.

Por lo demás, hay que entender reproducido en este apartado lo explicado anteriormente con relación al uso por nuestro país de la excepción prevista en el art. 22.4 del CHAI en el Instrumento de ratificación de dicho Convenio.

### 1.4. Posibilidad de recurrir la resolución constitutiva de la adopción

Es evidente que si la resolución constitutiva de la adopción se emite por una autoridad extranjera, la misma únicamente podrá ser recurrida según lo que la normativa de dicho país establezca. No es posible recurrir una resolución extranjera en España. Cuestión distinta sería recu-

<sup>326</sup> Si el Estado del adoptante no es firmante del CHAI, la excepción no operaría puesto que la referencia a la «Autoridad Central» carecería de fundamento. El CHAI no es un convenio *erga omnes*, sino que sólo se aplica a los Estados que lo han ratificado (tal y como se desprende de lo previsto en su art. 2). V. como acertadamente matiza esta afirmación José M.ª ESPINAR VICENTE, «La protección del menor y los distintos modelos de familia» en *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, pp. 368-369.

<sup>327</sup> V., José M.ª ESPINAR VICENTE, «La protección del menor y los distintos modelos de familia» en *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, p. 370.

rrir el acto por el que nuestro país reconoce dicha resolución extranjera o la inscripción en nuestro Registro de la misma una vez que se ha reconocido, pues esto sí es factible.

En los casos en los que la adopción se ha constituido en España, el Auto que la constituye sí es susceptible de ser recurrido en el plazo de cinco días desde que se dictó, según nuestro derecho interno, tal y como dispone el art. 1826 *in fine* LEC 1881 («*el auto que ponga fin al expediente será susceptible de ser recurrido sólo de apelación*») y de acuerdo con el art. 1831 LEC, lo será «*en ambos efectos*»). El recurso de apelación, que siempre se admitirá a un solo efecto, será resuelto por la Audiencia Provincial correspondiente. Queda siempre la posibilidad de ejercitar las acciones oportunas en la vía civil ordinaria. Pero ¿ha de entenderse que también van a poder ser recurridos los Autos que no constituyan la adopción?, es decir, ¿podrán recurrirse aquellos Autos en los que el Juez no haya considerado oportuno la constitución de la adopción? La cuestión es importante, pues será más frecuente en estos casos que en los primeros que el adoptante desee recurrir el Auto judicial. Del tenor literal del art. 1831 LEC, se concluye que no es posible siendo únicamente viable el recurso contra la resolución que constituye la adopción. La doctrina ha criticado este precepto, entendiendo que el mismo debe ser modificado en el sentido de incluir como objeto de recurso el Auto judicial que deniegue la constitución de la adopción<sup>328</sup>.

Por otra parte, que el art. 1826 *in fine* LEC 1881 disponga que «*el auto que ponga fin al expediente será susceptible de ser recurrido sólo de apelación*», imposibilita la interposición de cualquier otro recurso, incluido por tanto, el de casación ante el Tribunal Supremo (que se regula en los arts. 477 y ss. LEC 1/2000). A ello, hay que unir la imposibilidad de recurrir en casación cualquier resolución de jurisdicción voluntaria (y no sólo las relacionadas con la adopción). El mismo TS así lo ha manifestado cuando se le ha planteado un recurso de esta índole<sup>329</sup>.

## II. LA ADOPCIÓN CONSULAR

La adopción consular es la llevada a cabo por el Cónsul<sup>330</sup> (de carrera, que no honorario<sup>331</sup>) en el país extranjero en el que ejerce sus funciones. Está regulada, por lo que a nuestro ordenamiento

<sup>328</sup> V. José MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Barcelona, 2000, pp. 182-184. Este autor sostiene que con la modificación del art. 1831 LEC 1881 se conseguiría un cuádruple objetivo: «a) Otorgar a los sujetos interesados un tratamiento igualitario ante la ley; b) Facilitar a quienes se consideren perjudicados por la resolución negativa, la posibilidad de su rectificación mediante el instrumento impugnatorio; c) Dar la oportunidad al órgano jurisdiccional superior de comprobar que el Juez de instancia acertó en su decisión denegatoria, y si así no fuere proceder a la debida rectificación de su resolución; d) Contribuir, en fin, a que con la doctrina establecida por el órgano superior, al menos en el ámbito territorial de cada Provincia, se alcanzara una cierta unidad de criterio judicial que resultaría sumamente beneficiosa al principio constitucional de la seguridad jurídica».

<sup>329</sup> La STS de 7 de abril de 1993 sostiene que: «(...) desde la reforma de la LEC de 1984, no cabe recurso de casación en los actos de jurisdicción voluntaria (...)».

<sup>330</sup> El art. 27 de la Carrera Consular de 27 de abril de 1900 autoriza a los Cónsules para instruir expedientes de adopción. Además, hay que tener en cuenta que según el art. 5 apdo. f. del Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 1963 (al que España se adhirió el 3 de febrero de 1970) y la Orden Circular del Ministerio de Asuntos Exteriores n.º 3131 de 4 de abril de 1989, los Cónsules pueden actuar como Encargados del Registro Civil consular, con las mismas funciones que en materia de jurisdicción voluntaria tienen los Jueces de Primera Instancia, con la salvaguarda de que las mismas están siempre limitadas a lo que disponga la normativa de Derecho Internacional Público del país extranjero en el que las ejercen (incluso en aquellos supuestos en los que adoptante y adoptado sean españoles). El art. 5 apdo. f. del Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 1963 establece como una de las funciones del Cónsul: «(...) actuar en calidad de Notario, en la de funcionario del registro civil y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor». Por ello, tal y como sostiene José María ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, p. 372: «(...) Los cónsules españoles podrán aprobar las adopciones de referencia siempre que no lo impida la normativa del Estado receptor donde se hallen acreditados».

<sup>331</sup> Hay dos tipos de Cónsules: los de carrera (que son los que tienen facultades de jurisdicción voluntaria) y los honorarios (que únicamente ostentan funciones auxiliares de los Cónsules de carrera). V., en este sentido, José Manuel PAZ AGÜERAS, «La adopción consular: el problema de la propuesta previa» en *BIMJ*, n.º 1552, 1990, pp. 103-105.

se refiere, en el pfo. 3.º del art. 9.5 CC, precepto que presenta una nueva redacción tras la entrada en vigor de la LO 1/1996 (concretamente en su DF 2.ª):

*«Para la constitución de la adopción, los Cónsules españoles tendrán las mismas atribuciones que el Juez, siempre que el adoptante sea español y el adoptando esté domiciliado en la demarcación consular»<sup>332</sup>. La propuesta previa será formulada por la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia del adoptante en España. Si el adoptante no tuvo residencia en España en los dos últimos años, no será necesaria propuesta previa, pero el Cónsul recabará de las autoridades del lugar de residencia de aquel, informes suficientes para valorar su idoneidad».*

Lo que se intenta conseguir al dejar abierta esta vía de constituir adopciones no es otra cosa que facilitar al adoptante español la adopción<sup>333</sup>. Sin embargo, al exigirse que el adoptante sea español y que el adoptando se encuentre domiciliado (no bastando la mera residencia habitual<sup>334</sup>) en la demarcación consular española del país de origen al tiempo de iniciación del expediente de constitución de la adopción<sup>335</sup>, se comprueba que en la práctica no suele ser frecuente la constitución de adopciones por esta vía.

Otro inconveniente añadido al uso de esta forma de constituir adopciones es que, pese a lo que dispone la normativa española, la mayoría de los países de origen son reacios a que la adopción de un menor nacional sea constituida por una autoridad extranjera (que en definitiva es lo que viene a ser para ellos el Cónsul español<sup>336</sup>), por lo que suelen prohibir expresamente la realización de este tipo de adopciones con sus menores, en cuyo caso, el Cónsul ha de abstenerse de constituirlos<sup>337</sup>. No obstante, en caso de que la legislación nacional extranjera guardara silencio sobre

<sup>332</sup> La exigencia de ambos requisitos ha sido ya puesta de manifiesto por la D.G.R.N.. En este sentido, la R.D.G.R.N. de 13 de octubre de 1995 (2.ª) estableció en su FJ 1.º que: «Un español puede adoptar en el extranjero, bien ante Cónsul español, si se dan las condiciones del párrafo tercero del apartado 5 del artículo 9 del Código Civil y si no se oponen a esta función consular las leyes del país (...), bien ante la competente autoridad extranjera (...)».

<sup>333</sup> Lo cual puede erigirse como un instrumento de doble filo: por un lado se trata de favorecer al adoptante, pero a costa de los intereses del adoptando que son los que deben primar en todo caso. V. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «El Convenio de la Haya en materia de adopción internacional: una visión desde España» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999, p. 13; Carlos ESPLUGUES MOTA, «Sobre la adopción internacional» en *RJCM*, n.º 23 (n.º especial: Protección del Menor), 1998, p. 291.

<sup>334</sup> Se intentan evitar fraudes en la realización de la adopción. V. José María ESPINAR VICENTE, «La modificación del art. 9.5 del Código Civil en el proyecto de reforma sobre la adopción» en *La Ley*, n.º 1559, 1986, p. 1 y ss.

<sup>335</sup> Las demarcaciones consulares vienen establecidas en la denominada Carta Patente. V. Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Filiación y alimentos» en *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1995, p. 370.

<sup>336</sup> También la mayoría de la doctrina es contraria a la constitución de la adopción mediante esta vía. No se entiende que lo que realmente se quiera sea facilitar el trámite de la adopción para los adoptantes, olvidándose de que ésta tiene como interés primordial el del menor. Se considera un vestigio de otros tiempos que todavía pervive en nuestra legislación, aunque «en vías de desaparición» pues su repercusión práctica es mínima. V. José Manuel PAZ AGÜERAS, *La adopción consular*, Madrid, 1990, pp. 13 y 14. Es muy cuestionable la equiparación que se hace del Cónsul y el Juez. También, dado que es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento (tras la reforma operada por la Ley 21/1987), es difícil equiparar al Canciller del Consulado con el Ministerio Público. Por otra parte, no se entiende que se deje al margen otra realidad importante: la de los emigrantes españoles que quieran adoptar un menor residente en España puesto que deberán trasladarse hasta aquí para hacerlo. (V. entre otros, Nuria BOUZA VIDAL, «La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado» en *RGLJ*, n.º 6, 1987).

<sup>337</sup> Turquía, por ejemplo, prohíbe a los Cónsules constituir adopciones sobre menores nacionales turcos. Lo mismo sucede con Suiza. Concretamente sobre el caso de Suiza tuvo ocasión de pronunciarse la Dirección General de los Registros y del Notariado, a propósito de una Consulta del Cónsul General de España en Ginebra sobre adopciones constituidas por adoptantes españoles en dicho país (Consulta de 3 de septiembre de 1992), sosteniendo que «(...) cuando, como ocurre en Suiza, las Leyes y Reglamentos del país receptor se oponen a la adopción consular, es obvio que el Cónsul es-

este punto, habría que concluir que sí sería posible la realización de adopciones consulares en dicho Estado siempre y cuando se den todos los requisitos necesarios. Por estas razones, la doctrina mayoritaria considera esta modalidad de constituir adopciones como una figura a extinguir<sup>338</sup>, estimando algunos autores que con la LO 1/1996 se desaprovechó una buena oportunidad para hacerlo<sup>339</sup>.

## 2.1. Procedimiento por el que se constituye la adopción consular<sup>340</sup>

### 2.1.1. La competencia del Cónsul español

Como dispone el art. 9.5 CC, el Cónsul sólo será competente para constituir una adopción de este tipo si concurren dos circunstancias: por un lado, que el adoptante sea español, y, por otro, que el adoptando se encuentre domiciliado en la demarcación consular española del país de origen al tiempo de iniciación del expediente de constitución de la adopción (sin que baste la mera residencia habitual). A ello hay que añadir la circunstancia de que, en el supuesto de que alguno de estos requisitos variara una vez que se está tramitando la constitución de la adopción, haría devenir incompetente al Cónsul, que deberá paralizar la tramitación<sup>341</sup>.

Por otra parte, como afirma ESPLUGUES MOTA<sup>342</sup>, pese al silencio de nuestra legislación al respecto, los Cónsules españoles carecerán de competencia en aquellos procesos de constitución de la adopción en los que se precisara potestad jurisdiccional para llevarlos a cabo en tanto en cuanto dicha potestad es exclusiva de los órganos jurisdiccionales<sup>343</sup>.

*pañol debe abstenerse de constituir la adopción, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 5, letra f. del Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 y ello aunque el Cónsul español sea competente para esa función conforme al artículo 9.5 del Código Civil, los tratados internacionales ratificados por España se sobreponen a las leyes internas españolas mientras no sean derogados en las condiciones del artículo 96 de la Constitución. Por lo mismo, en tales países tampoco será el Cónsul español competente para que se presten ante él los consentimientos exigidos por la Ley del «adoptado», a que hace referencia el artículo 9.5 del Código Civil (...).*

<sup>338</sup> Las razones que esgrimió en su momento PAZ AGÜERAS para sostener la conveniencia del mantenimiento de esta modalidad de adopción en nuestro Derecho eran las siguientes: el carácter no estrictamente judicial de los actos de jurisdicción voluntaria, la competencia de los Cónsules para llevar a cabo actos de jurisdicción voluntaria, la mayor protección por esta vía de los intereses del adoptado así como de la mayor seguridad jurídica, y también por la defensa de los intereses del Estado. V. José Manuel PAZ AGÜERAS, *La adopción consular*, Madrid, 1990, pp. 15-20. A favor, Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del menor» en VVAA, *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1997, pp. 157-168 (en especial, p. 187).

<sup>339</sup> Las críticas se dejan entrever claramente en las enmiendas presentadas al Proyecto de reforma que finalmente desembocó en la Ley 21/1987. V. BOCG, serie A, III Legislatura, Congreso de los Diputados, n.º 22-4, de 21 de marzo de 1987, pp. 14, 41 y 61. V. también el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n.º 143, 1987, Sesión de 15 de junio de 1987, p. 5285 (Comisiones). V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 46 (en especial, V. nota n.º 44). Pero como pone de manifiesto RODRÍGUEZ MATEOS, «(...) estas enmiendas fueron rechazadas en la Comisión de Justicia e Interior por entender que si se suprimía la actuación consular en la adopción, otro tanto debía hacerse con todas las actuaciones consulares, lo que nos llevaría a una situación inédita (...). V. Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988, p. 137.

<sup>340</sup> V. Juan Antonio PARÍS ALONSO, *Manual de Registro Civil para los Registros Civiles Consulares*, Madrid, 1996, pp. 65-67.

<sup>341</sup> V. José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO, «La adopción internacional (I) y (II)» en *BIMJ*, año LI, n.º 1808 y 1809, 1997, p. 2300.

<sup>342</sup> V. Carlos ESPLUGUES MOTA, «El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España» en *RDIPP*, año XXXIII, n.º 1, 1997, pp. 54-55.

<sup>343</sup> V. Manuel ORTELLS RAMOS, «La competencia judicial en la ley de reforma de la adopción» en *Justicia*, 1988, pp. 839-840.

Se podría plantear el interrogante de qué sucedería si se instara una adopción conjunta por parte de una pareja mixta (esto es: que uno de sus miembros fuera español y el otro extranjero): ¿tendría competencias el Cónsul español para constituir la adopción?<sup>344</sup> La respuesta, a mi juicio, es sencilla en el supuesto de que la nacionalidad del miembro extranjero de la pareja sea de otro país distinto del de origen del menor, puesto que nada impediría (siempre que se den los demás requisitos) que la adopción se constituyera. Pero si el miembro extranjero de la pareja es nacional del país de origen del menor, deberá el Cónsul comprobar que las Autoridades extranjeras aceptan la constitución de esa adopción. En caso de que así fuera, sí podría constituirla.

### 2.1.2. *La ley aplicable a la constitución de las adopciones consulares*

La solución es la misma que la analizada cuando se plantea una adopción de un menor extranjero ante el Juez español por lo que, de acuerdo con lo que establece el art. 11.3 CC, el Cónsul español, siendo adoptante y adoptando españoles, aplicará la ley española. En los casos de adoptante español y adoptando extranjero, que serán los más frecuentes, aplicará la ley española salvo en lo que se refiere a la capacidad y consentimientos necesarios, para los que aplicará la ley extranjera (la ley nacional del adoptando). En el supuesto de que el menor adoptando no sea nacional del país de la demarcación consular, se aplicará la ley de su residencia habitual de acuerdo con lo previsto en el art. 9.10 CC,<sup>345</sup> en concurso facultativo con lo establecido en el ordenamiento español<sup>346</sup>.

### 2.1.3. *Tramitación de la adopción consular*

El adoptante debe dirigir un escrito al Cónsul Encargado del Registro Civil Consular (arts. 9.5 y 175 y ss. CC y 1825 y ss. LEC), adjuntando en el mismo acto la propuesta previa de la entidad pública<sup>347</sup> (que tal y como se ha visto, tras la entrada en vigor de la LO 1/1996, es sólo preceptiva cuando el adoptante español haya residido en España al menos los dos años anteriores a la adopción, o resida habitualmente, y desee adoptar a un menor que tenga su residencia habitual en la demarcación consular), o bien indicando que se recabará de las Autoridades locales los informes necesarios para valorar su idoneidad.

Posteriormente el Cónsul dictará una Providencia en la cual acordará: que se instruya el expediente de adopción (arts. 341 y 365 RRC), que se recabe el asentimiento del cónyuge del adoptante, del adoptando y/o de sus padres biológicos, que se ratifique al adoptante, que el Canciller del Consulado (que ejerce las funciones del Ministerio Fiscal)<sup>348</sup> emita su informe y que, si se cumplen

<sup>344</sup> Un supuesto parecido se plantearía en el caso de que, aunque se tratara de una adopción individual, el solicitante tuviera doble nacionalidad.

<sup>345</sup> V. José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO, «La adopción internacional (I) y (II)» en *BIMJ*, año LI, n.º 1808 y 1809, 1997, p. 2300.

<sup>346</sup> V. Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «La filiación y los alimentos» en *VVAA, Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, 1996, p. 187.

<sup>347</sup> V. Juan Miguel OSSORIO SERRANO, «Notas acerca de la propuesta previa a la adopción» en *AC*, n.º 18, tomo II, 1990, pp. 227-239.

<sup>348</sup> Tal y como establece el pfo. 2.º del art. 54 del RRC. El papel del Ministerio Fiscal en el proceso de adopción realizado en España (velar por el interés del menor), lo desempeña en las adopciones consulares el Canciller del Consulado. En caso de imposibilidad de llevar a cabo esta tarea, la desempeñarán sus sustitutos reglamentarios, los cuales, a su vez, podrán ser sustituidos por dos españoles capaces e instruidos, nombrados por el Jefe de la Oficina Consular o de la Misión Diplomática, los cuales estarán obligados a cumplir las normas establecidas para la figura del Ministerio Fiscal. V. José Manuel PAZ AGÜERAS, *La adopción consular*, Madrid, 1990, pp. 45-46.

todos los requisitos, constituirá la adopción. Seguidamente, tanto el adoptante como el adoptando mayor de doce años deberán prestar su consentimiento a la adopción ante el Encargado del Registro Consular. Asimismo, el cónyuge del adoptante, si lo hubiere, deberá comparecer ante el Cónsul para prestar su asentimiento a la adopción, así como los padres del adoptando. También habrán de producirse las audiencias que a este respecto establece nuestra legislación. Todos estas declaraciones<sup>349</sup> se plasmarán en un Acta de ratificación que el Cónsul leerá y firmará junto con los demás interesados.

El Cónsul debe examinar entonces la propuesta previa de adopción<sup>350</sup>, o en su caso, los informes que solicitó para poder valorar al adoptante, ya que existen dos supuestos diferentes:

a) Que resida habitualmente (o que haya residido durante los últimos dos años) en España, en cuyo caso, el adoptante precisa recabar de la entidad pública competente (según cual sea la CA española en la que residió últimamente)<sup>351</sup>, la propuesta previa favorable a la adopción. La doctrina ha criticado, con razón, la necesidad de propuesta previa en estos casos puesto que al no conocer las autoridades españolas la realidad del menor extranjero que se pretende adoptar, difícilmente su opinión tendrá algún valor<sup>352</sup>.

b) Que resida en el extranjero<sup>353</sup> durante al menos los últimos dos años<sup>354</sup>. Ante la imposibilidad material de solicitar de una entidad pública española una propuesta previa a la adopción<sup>355</sup> (puesto que en España no van a constar datos suficientes como para valorar la idoneidad o no del solicitante, debido a que el mismo no ha residido habitualmente en nuestro país en el periodo justamente anterior al que debería emitirse dicha propuesta), lo que hace la LO 1/1996 es facultar al Cónsul para que éste recabe de las Autoridades competentes del país de residencia de este español (que puede ser el país de origen del adoptando o no), los informes que considere pertinentes para poder valorar su idoneidad<sup>356</sup>. Será el mismo Cónsul el que valore en un sentido u otro los

<sup>349</sup> En virtud de lo establecido en el art. 9.5 pfo. 2.º CC, el Cónsul, a petición del adoptante o del Canciller, podrá también recabar los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridos por la ley nacional o la ley de residencia habitual del adoptando.

<sup>350</sup> V. José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO, «La adopción internacional (I) y (II)» en *BIMJ*, año LI, n.º 1808 y 1809, 1997, p. 2301.

<sup>351</sup> V. la DA 1.ª Ley 21/1987.

<sup>352</sup> V. José Ramón PÉREZ OREIRO, «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» en *VVAA, Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Burgos, 1999, p. 233, donde sigue a José Manuel PAZ AGÜERAS, *La adopción consular*, Madrid, 1990, p. 35; Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, «Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del menor» en *VVAA, Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1997, pp. 157-168 (en especial, p. 187). V. a favor de la propuesta previa en estos casos, Pilar BRIOSO DÍAZ, «La constitución de la adopción en Derecho Internacional Privado español» en *BIAGN*, n.º 104, agosto, 1989, p. 1453.

<sup>353</sup> Hay que tener en cuenta que dado que se trata de españoles residentes en el extranjero, parece lógico que sea España la que tramite la adopción y culmine el procedimiento, pero no hay que olvidar que ello no podrá llevarse a cabo si la normativa del país extranjero es contraria a lo que dispone la Ley española.

<sup>354</sup> El periodo temporal de dos años es introducido por primera vez en nuestra legislación por la DF 2.ª de la LO 1/1996, puesto que antes el art. 9.5 pfo. 3.º CC hacía referencia únicamente al supuesto de que el adoptante nunca hubiera tenido la residencia en España. Hay que valorar positivamente este cambio de la norma puesto que las autoridades españolas no van a poder emitir un certificado de idoneidad si el adoptante dejó de residir en nuestro país desde hace más de dos años, básicamente por las dificultades que para dicho solicitante pudiera acarrear la obligación de obtener tal documento. V. Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «La adopción internacional» en *VVAA, La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor*, La Coruña, 1999, p. 95.

<sup>355</sup> V., si bien de acuerdo a la normativa anterior, José Manuel PAZ AGÜERAS, «El problema de la propuesta previa en la adopción consular» en *La adopción consular*, Madrid, 1990, pp. 31-41, y del mismo autor, «La adopción consular: el problema de la propuesta previa» en *BIMJ*, n.º 1552, 1990, en especial, pp. 117-123.

<sup>356</sup> ESPINAR VICENTE considera que «(...) la norma debería haberse referido a los adoptantes españoles que residieren en el extranjero durante más de dos años y que se hallaren inscritos en el consulado español, como residentes del país don-

documentos que se le presenten para justificar la idoneidad o no del adoptante para el ejercicio de la patria potestad<sup>357</sup>. Por todo ello hay que concluir que en este supuesto no es preceptivo que el adoptante adjunte la propuesta previa de la entidad pública a que hace referencia el art. 176.2 CC, ya que afirmar lo contrario carecería de toda lógica dadas las especiales circunstancias en las que se constituye esta adopción<sup>358</sup>.

Seguidamente, el Canciller emite un informe en el que específicamente hace constar motivadamente que no se opone a la adopción<sup>359</sup>. Además, deberá recoger que se han cumplido todas las formalidades legales así como que la adopción resulta conveniente para el adoptando, en cuyo caso indicará la procedencia de acordar la adopción. Por último, el Cónsul dicta un Auto por el que acuerda la constitución de la adopción, así como la inscripción del nacimiento del menor en el Registro Civil Consular y la marginal de adopción (la cual se llevará a cabo una vez que el Encargado del Registro haya constatado la concurrencia de los requisitos del art. 9.5 pfo. 3.º CC, tal y como establece la DA 2.ª LO 1/1996).

## 2.2. Constitución de la adopción por el Cónsul español tras el no reconocimiento de la adopción constituida por la Autoridad extranjera

Es posible (y de hecho ha sucedido en la práctica, aunque no frecuentemente), que una vez que se ha constituido la adopción ante la autoridad extranjera en el país de origen del menor, el adoptante inste la constitución de la institución adoptiva ante el Cónsul español debido al no reconocimiento de la adopción constituida por autoridad extranjera por parte del Encargado del Registro Consular. En estas situaciones el adoptante desea que en nuestro país se tenga por hijo suyo al adoptado, con todas las consecuencias que prevé para ello la Ley española.

La particularidad de esta situación radica en que si bien el menor no habrá salido de su país de origen, las Autoridades extranjeras no tendrán porqué mostrarse reticentes en lo que respecta a la constitución de la adopción por parte del Cónsul español puesto que previamente ellos ya han constituido la adopción de acuerdo con su normativa garantizando así, desde su punto de vista, la estabilidad del menor. Es ésta la única vía que le queda al adoptante español que no va a regresar a España en breve y que desea que nuestro país reconozca la adopción que realizó, procediendo para ello, a la constitución *ex novo* de la misma ante el Cónsul español.

El procedimiento por el que va a desarrollarse esta adopción es el mismo que el descrito para el supuesto de que la misma se inicie *ab initio* por la vía consular. La gran ventaja con la que va

---

de el Cónsul realiza sus funciones, en el momento de iniciarse el expediente de adopción». José M.ª ESPINAR VICENTE, «La protección del menor y los distintos modelos de familia» en *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, p. 373.

<sup>357</sup> V. criticando la obligación del Cónsul de acudir a una autoridad extranjera para llevar a cabo funciones de administración con respecto a sus propios nacionales, José Manuel PAZ AGÜERAS, *La adopción consular*, Madrid, 1990, p. 36 y ss.

<sup>358</sup> No obstante, ello no ha sido siempre así. La D.G.R.N. ha llegado a afirmar que «Basta que el adoptante haya tenido alguna vez residencia en España para que no sea posible excluir la exigencia de la propuesta previa de la entidad pública. La letra del precepto no permite dulcificación en el sentido de que la simple residencia, aunque no haya llegado a ser habitual, permita prescindir de tal propuesta.» Pese a ello, consciente de que lo que acaba de afirmar será muchas veces de imposible cumplimiento, dispone que «Ahora bien, no pueden imponerse requisitos que la entidad pública no esté en condiciones de cumplir. Por ello, si la entidad certifica que no dispone de información ninguna respecto de la entidad del adoptante y que por esta razón no eleva la propuesta, esta circunstancia no ha de impedir el derecho del adoptante y el Cónsul podrá y deberá acudir al medio supletorio que indica el mismo párrafo 3.º, es decir, recabará de las autoridades del lugar de residencia del adoptante informes suficientes para valorar la idoneidad de éste.» V. Comunicación de la D.G.R.N. de 14 de noviembre de 1989.

<sup>359</sup> En caso de que sí se oponga a la constitución de la adopción deberá motivar su decisión.

a contar el Cónsul es la circunstancia de que radica en el país de procedencia del menor, lo cual va a facilitar sin duda la obtención de cuantos requisitos se precisan para constituir la adopción.

### SECCIÓN TERCERA: LA INSCRIPCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL

Antes de iniciar el estudio de este tema he de hacer una crítica al legislador por no haber adaptado convenientemente ni la Ley ni el Reglamento del Registro Civil a la Ley 21/1987 ni a la LO 1/1996, produciéndose por ello un desfase entre la legislación registral y el régimen jurídico de la adopción<sup>360</sup>. Pese a ello, lo cierto es que, de acuerdo con el art. 1 LRC, la adopción debe ser inscrita<sup>361</sup> por cuanto la filiación (apdo. 2.º) constituye un hecho concerniente al estado civil de las personas. El motivo último de inscribir la adopción no es otro que el de contar con una prueba de su existencia (y prueba privilegiada, si se quiere), puesto que en modo alguno en nuestro Derecho la inscripción de la adopción es constitutiva: la adopción existirá desde el mismo momento en que deviene firme al Auto judicial que la constituyó en los supuestos de adopciones realizadas en nuestro país y, desde el momento en que la competente autoridad española procede a reconocerla, en los casos de adopciones constituidas en el extranjero. Ello no obsta, sin embargo, que para que la adopción despliegue los efectos que le son propios (sobre todo para que el adoptado menor de edad pueda ser considerado español de origen desde la adopción, tal y como reconoce el art. 19.1 CC), la misma deba ser inscrita, operando tal inscripción de forma retroactiva al momento en el que fue constituida. Como afirma RODRÍGUEZ GAYÁN<sup>362</sup>, que sigue en este punto a Rodríguez MATEOS, «(...) la inscripción no puede entenderse como un acto final del expediente de adopción, sino como una actividad habilitadora de la eficacia en España de tal adopción (...). De todo ello se deduce que la adopción será válida pero, en tanto no sea inscrita, carecerá de relevancia para el Derecho español». Además, según lo establecido en el art. 2 LRC, la prueba de la existencia de la adopción la proporciona la propia inscripción.

#### I. PROCEDIMIENTO PARA INSCRIBIR LA ADOPCIÓN

De acuerdo con lo previsto en el art. 15 de la LRC, los adoptantes españoles han de solicitar, de manera paralela al reconocimiento (en los casos de adopciones constituidas por autoridad extranjera), la inscripción de la adopción (que se llevará a cabo marginalmente en el asiento de inscripción del nacimiento) en nuestro Registro Civil, independientemente de cuál haya sido el tipo

<sup>360</sup> V. María LINACERO DE LA FUENTE, «El Registro Civil y la Familia» en VVAA, *El derecho y los servicios sociales*, Granada, 1997, p. 166, y de la misma autora, «Notas sobre el Registro Civil» en *RDP*, febrero, 1998, p. 104.

<sup>361</sup> La inscripción de la adopción se erige como un derecho del menor. V. Susana SALVADOR GUTIÉRREZ, «Derechos registrales del menor» en *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones*, Nueva Serie, n.º III, Madrid, 1998, pp. 123-150. V. con carácter general, Vidal HERNÁNDEZ LÓPEZ, «El acogimiento y la adopción frente al Registro» en *El Registro Civil*, vol. 15 de la colección «Cursos del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia», Madrid, 1995, pp. 167-173; Jesús DIEZ DEL CORRAL RIVAS, «La inscripción de la adopción internacional en el Registro Civil español» (conferencia pronunciada en uno de los grupos de trabajo de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999. De la misma manera que sucede con la adopción, algunas instituciones de protección del menor también pueden ser inscritas. V. Susana SALVADOR GUTIÉRREZ, «Algunas instituciones de protección del menor y su régimen registral» en *AC*, tomo 2, 1998, pp. 549-571.

<sup>362</sup> V. Eloy Miguel RODRÍGUEZ GAYÁN, «Comentario a la R.D.G.R.N. de 23 de abril de 1993» en *REDI*, vol. XLV, n.º 2, 1993, p. 489.

de adopción constituida (esto es, si la misma es plena o no)<sup>363</sup>. Para poder inscribir la adopción se necesitan, según lo previsto en el art. 23 LRC<sup>364</sup> con carácter general, los siguientes documentos: una resolución formal de la competente autoridad extranjera constitutiva de la adopción (judicial y/o administrativa, previamente legalizada, y traducida si fuera necesario, mediante la autenticación, como ya se ha visto)<sup>365</sup> y el certificado de idoneidad del adoptante español (domiciliado en España al tiempo de la adopción), que como se analizó es un documento público expedido por la Autoridad correspondiente al domicilio en España. Si la adopción se tramitó según lo establecido en el CHAI bastará, sin embargo, el certificado que acredite que la misma se ha constituido de conformidad a lo previsto en dicho Convenio (puesto que dicho certificado presupone la previa existencia del certificado de idoneidad del adoptante así como la resolución constitutiva de la adopción, entre otras cosas).

A la hora de inscribir la adopción hay que tener en cuenta, en primer lugar, si el menor nació o no en España, puesto que si nació en nuestro país una vez que la adopción se constituya se anotará marginalmente junto a la inscripción de nacimiento. Si por el contrario, nació en el extranjero, deberá practicarse en el Registro Civil Central simultáneamente la inscripción de nacimiento (arts. 16 LRC y 68 RRC) y la marginal de adopción (art. 46 LRC). En este último caso, ha de promoverse un expediente para la inscripción de nacimiento fuera de plazo (regulado en los arts. 311 y ss. del RRC)<sup>366</sup>. El Juez Encargado del Registro Civil (Consular o Central) instruirá el expediente y, tras haber oído al Ministerio Fiscal, dictará un Auto ordenando o no la inscripción del nacimiento del adoptado y la adopción de éste. Dicho Auto puede ser recurrido ante la D.G.R.N., tal y como prevén los arts. 355 y ss. RRC.

El nacimiento del menor<sup>367</sup> (o bien la anotación soporte que prevé el art. 154.1.º RRC) se inscribe, haciéndose constar los datos de los que el Encargado del Registro da fe, transcribiéndolos del certificado original extranjero aportado<sup>368</sup> (expedido por el Registro Civil de su país de origen) con la resolución de adopción, debidamente legalizada (y traducida, si está en idioma distinto del español), anotándose el nombre y apellido (o apellidos) anteriores a la adopción. Por lo que respecta a la filiación por naturaleza se consignará si ésta llegó a determinarse, y en su defecto, se pondrán como nombres de padre o madre otros de uso corriente a efectos de identificar al nacido, tal y como prevé el art. 191 RRC<sup>369</sup>. Posteriormente se hará lo mismo con la adopción, inscribiéndose marginalmente<sup>370</sup> la resolución constitutiva de la misma, dejando constancia de la fe-

<sup>363</sup> V. un modelo de petición de inscripción de una adopción internacional en el Registro Civil Central con renuncia al derecho de revocación en Ernesto DE LA ROCHA GARCÍA, *Los menores de edad en el derecho español*, Granada, 2000, pp. 59-60.

<sup>364</sup> El art. 23 LRC establece que: «Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o en los casos señalados en la Ley por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse sin necesidad de previo expediente por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros siempre que no haya duda de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española».

<sup>365</sup> V. Susana SALVADOR GUTIÉRREZ, «El fraude en el Registro Civil» en AC, n.º 12, 1999, pp. 283-312 (en especial, p. 293).

<sup>366</sup> V. arts. 341 y ss. RRC, donde se regulan con carácter general todos los expedientes.

<sup>367</sup> V. la R.D.G.R.N. de 23 de abril de 1993, y un comentario sobre la misma en el artículo de Eloy Miguel RODRÍGUEZ GAYÁN, «Comentario a la R.D.G.R.N. de 23 de abril de 1993» en *REDI*, vol. XLV, n.º 2, 1993, pp. 487-491.

<sup>368</sup> Que no pueden ser objeto de modificación. V., por ejemplo, las Resoluciones de la D.G.R.N. de 17 de abril de 2000 y la de 21 de mayo de 2001.

<sup>369</sup> En la actualidad (abril de 2003), se están llevando a cabo trabajos preparatorios de cara a actualizar el Reglamento del Registro Civil puesto que, como sostuvo el Ministro de Justicia, José María Michavila en su comparecencia ante el Senado el 26 de febrero de 2003, la redacción del artículo 191 del Reglamento del Registro Civil se halla superada no sólo por los principios constitucionales, sino por la propia realidad social, por las prácticas de convivencia e incluso por otras leyes.

<sup>370</sup> El hecho de que la adopción sea inscrita mediante una inscripción marginal (V. la R.D.G.R.N. de 23 de abril de 1993) y no mediante una inscripción principal, tal y como reconoce MÉNDEZ PÉREZ, no revierte particularidad alguna a su valor, que será idéntico al de una inscripción principal. V. José MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Barcelona, 2000, p. 192.

cha, el lugar y autoridad que la constituyó, así como de los datos de identidad del adoptante y los apellidos resultantes de la misma (según lo dispuesto en los arts. 46 LRC y 201 RRC).

Conviene recordar que, pese a lo expuesto, la inscripción en el Registro Civil no es constitutiva de la adopción, si bien en la práctica se usa como prueba de la existencia de la misma (art. 2 LRC). En el RCC se encuentran todas y cada una de las adopciones de menores nacidos en el extranjero, ya hayan sido constituidas por los Cónsules (pues en este caso se enviarán duplicados de la inscripción del nacimiento y de la anotación de la adopción en el Registro consular al RCC), por los Jueces españoles o bien por las autoridades extranjeras competentes en el país de origen del menor (en estos casos la inscripción de nacimiento y anotación de la adopción se realizará en el RCC y se trasladará al Registro consular correspondiente al lugar en el que nació el menor). Concretamente, como ya se estudió en el apartado dedicado al reconocimiento, cuando la adopción fue constituida por la autoridad extranjera competente del país de origen del menor, puede ser inscrita: bien en el Registro Consular español sito en el país extranjero o bien en el Registro Civil Central español<sup>371</sup>.

¿Qué sucederá si los adoptantes instan la inscripción del nacimiento del menor y no la de la adopción del mismo? Necesariamente ha de plantearse con carácter previo si la adopción va a ser o no reconocida, siendo inviable la posibilidad de que se inscriba el nacimiento de un menor adoptado cuando no se va a poder reconocer la adopción. No existe vínculo alguno que relacione al menor con nuestro país<sup>372</sup>. La D.G.R.N. ha establecido que «(...) para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda ser inscrito en el Registro Civil español es necesario que aquél afecte mediata o inmediatamente a algún ciudadano español»<sup>373</sup>, y está claro que el adoptado únicamente será español una vez que nuestro país haya reconocido la adopción, por lo que sea cual sea la vía por la que se intente inscribir el nacimiento, es *condicio sine qua non*, el reconocimiento de la adopción. Por otra parte, como sostiene ÁLVAREZ ÁLVAREZ<sup>374</sup>, «(...) no puede acogerse la pretensión de algunos adoptantes de que se efectúe la inscripción en el Registro Central integrando en el cuerpo principal los datos derivados de la adopción, amparándose en la Ley del país de origen de sus hijos que ordena anular la inscripción de nacimiento original sustituyéndola por otra en la que, sin hacer mención alguna a la adopción, se inscriben los datos provenientes de ésta como si fueran los biológicos».

Una vez inscrita la adopción en el Registro Civil Central, con el fin de facilitar posteriores tramitaciones (como por ejemplo podría ser el pedir un certificado de nacimiento), debe solicitarse el traslado del expediente al Registro del propio municipio.

Cuando la adopción ha sido constituida por Juez o Cónsul español no se precisa instar el reconocimiento de la adopción, puesto que la misma ha sido llevada a cabo por una autoridad es-

<sup>371</sup> En la práctica, tal y como apunta Salomé ADROHER BIOSCA, «La adopción internacional: una aproximación general» en *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones*, Nueva Serie n.º III, Madrid, 1998, p. 282, las adopciones realizadas por la competente autoridad extranjera, se inscriben indistintamente en el RCC (y se envía duplicado al consular) o en el Registro consular (y se envía duplicado al Central).

<sup>372</sup> Patricia 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)» en *AC*, tomo I, vol. 2.º, 1998, p. 15.

<sup>373</sup> Resoluciones de la D.G.R.N. 1.ª y 2.ª de 4 de junio de 1996.

<sup>374</sup> V. José Manuel ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «El Registro Civil Central» en *BIMJ*, año LII, n.º 1834, 1 de diciembre de 1998, p. 3458, donde sigue a lo establecido por las R.D.G.R.N. de 23 de abril de 1993 y 6 de julio de 1994, que establecen que: «(...) cualquier otra solución comportaría una diferencia de trato, contraria a la igualdad constitucional de los españoles ante la Ley, respecto de las demás adopciones inscritas en el Registro Civil; impediría o, al menos, dificultaría extraordinariamente el derecho del adoptado a conocer su origen, y haría imposible el conocimiento de los impedimentos matrimoniales por parentesco natural, que subsisten pese a la ruptura de vínculos jurídicos con la familia anterior: Si la inscripción reflejara que el hijo adoptivo lo es por naturaleza no sólo se faltaría a la verdad sino que se darían por existentes impedimentos matrimoniales inexistentes y se ocultarían en su caso impedimentos reales».

pañola (ya sea en España, en el caso del Juez, o bien en el extranjero, en el supuesto del Cónsul español). La inscripción de estas adopciones tiene las mismas características que las que ya se han estudiado para las adopciones constituidas por autoridades extranjeras ya reconocidas. Una vez que la resolución constitutiva de la adopción es firme, ésta se remite de oficio al Registro pertinente. Gozan además de la misma particularidad que las otras: la inscripción no es constitutiva de la institución adoptiva, si bien sí es prueba fehaciente de su existencia.

## II. PUBLICIDAD FORMAL RESTRINGIDA DE LA INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN: DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES *VERSUS* DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS PADRES BIOLÓGICOS.

Íntimamente relacionado con el deber de sigilo que debe imperar en la tramitación y constitución de la adopción en pro del interés del adoptando, se halla la publicidad formal<sup>375</sup> limitada de la inscripción de la filiación adoptiva (erigiéndose de esta manera como una clara excepción a un consagrado principio de Derecho Registral: el carácter público del Registro para quienes tengan interés en conocer los asientos, que se presume en quien solicite la información, tal y como rezan los arts. 6.1 y 51 LRC y 17 y ss. RRC). Con base en el art. 21.1 RRC, únicamente tendrán acceso a esta información aquellas personas que cuenten con una autorización especial (que les proporcionará el Juez<sup>376</sup> si lo estima oportuno a la vista de las razones que las mismas aleguen<sup>377</sup>). Por tanto, sólo quienes acrediten un interés legítimo van a poder hacerse con la autorización que les posibilitará acceder a la inscripción de la adopción. Está claro que uno de esos interesados es, sin duda, el adoptado que, junto a los adoptantes, no precisarán de dicho permiso especial (art. 22 RRC) considerándoseles legitimados *ab initio* para acceder a dicha información<sup>378</sup>. Concretamente, el art. 22 RRC faculta al adoptado mayor de edad para obtener la certificación literal de nacimiento, no pudiendo hacerlo por tanto, el adoptado menor (aunque sí pueden hacerlo, como se ha visto, los adoptantes). Nada se dice sobre el adoptado menor de edad emancipado, pero entiendo que habrá que considerarle a estos efectos como si fuese mayor (art. 323 CC)<sup>379</sup>.

<sup>375</sup> La publicidad de la que puede ser objeto el Registro Civil ha de ser entendida en una doble vertiente: la formal (que sería aquella que permitiría conocer el contenido de los asientos y documentos del Registro) y la material (que refleja el valor de los asientos en sí mismos, sin tener en cuenta su contenido). V. Justo RODRÍGUEZ CASTRO, «Las restricciones a la publicidad formal del Registro» en *La Ley*, tomo III, 1989, pp. 850-858.

<sup>376</sup> En virtud del art. 9 LOPJ, es competente para conocer de esta cuestión la jurisdicción civil ordinaria, mediante los trámites establecidos en la LEC 1881 para la jurisdicción voluntaria, que como ya se apuntó, continúan en vigor hasta tanto no se apruebe una Ley de Jurisdicción Voluntaria (DF 18.ª LEC 1/2000).

<sup>377</sup> Puesto que es posible que aún teniendo un interés legítimo (como sería por ejemplo el ser el propio interesado el que inste la solicitud para tener acceso a esos datos) pudiera ser que el Juez denegara tal permiso porque dadas las circunstancias del caso concreto no lo estimara conveniente. V. Teresa LEMA DÍAZ, «Datos biológicos y adopción. La aplicación del art. 28 de la Ley 37/91, de 30 de diciembre, del Parlament de Catalunya» en *RJC*, año XCIII, n.º 4, 1994, p. 1002.

<sup>378</sup> Esta afirmación tan clara es fruto de una evolución en esta materia. Prueba de ello es el famoso *caso Gaskin*, planteado ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y que desembocó en el reconocimiento por dicho Tribunal, en una sentencia de 1989, de que el respeto a la vida privada implica siempre el acceso a la información en la que conste la identidad del afectado, lo cuál se hace aún más patente cuando el interesado es mayor de edad. (V. *Caso Gaskin*, Serie A, n.º 160, en 1989). V. una breve pero detallada exposición sobre esta sentencia en lo que aquí interesa en el libro de Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, pp. 120-122. V. también, la R.D.G.R.N. de 23 de abril de 1993.

<sup>379</sup> A favor, Leticia GARCÍA VILLALUENGA, «El derecho del adoptado a conocer sus orígenes» en VVAA, *I Jornadas de Protección al Menor en España y su protección hacia Iberoamérica*, Madrid, 1999, pp. 147-154 (en particular, p. 150).

El motivo de la restricción de acceso a esta información encuentra un doble fundamento: se protege, por un lado, el derecho a la intimidad de la madre (e indirectamente de toda la familia biológica)<sup>380</sup>, y por otro, el derecho que tiene el adoptado a mantener en secreto el origen de su filiación<sup>381</sup>. Mientras que la CE establece en su art. 105 el derecho al acceso a los registros y archivos administrativos salvo en lo que afecta a la intimidad de las personas (lo cual no viene sino a reafirmar lo que había establecido en su art. 18, esto es, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen<sup>382</sup>), nuestro CC no recoge precepto alguno que establezca específicamente un derecho del adoptado a conocer sus orígenes (o sea, a tener acceso a la información existente en el Registro Civil acerca de su adopción)<sup>383</sup>. Pese a ello, algunos autores han fundamentado este derecho en la misma Constitución española de 1978, como QUESADA GONZÁLEZ<sup>384</sup>, que llega a la conclusión de que es posible defender el derecho a conocer el propio origen partiendo del art. 10 CE.

Sin embargo, no sucede lo mismo en el derecho catalán<sup>385</sup>, por cuanto el art. 129 CF legitima expresamente al adoptado emancipado o mayor de edad para llevar a cabo cuantas acciones sean

<sup>380</sup> La regulación registral existente en nuestro país en esta materia (básicamente el art. 167 RRC) ha venido a ser cuestionada por la STS de 21 de septiembre de 1999 que declaró en su FJ n.º 5 que la normativa con base a la cual se permitía a cualquier madre a dar a luz anónimamente se encontraba derogada por inconstitucionalidad sobrevenida, puesto que el que no constara el nombre de la madre en el parte médico impedía la inscripción posterior de la filiación. Un estudio de dicha sentencia es el realizado por Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, pp. 163-170. En cualquier caso, lo que sí está claro es que se precisa, si ello es materialmente posible, que conste quiénes fueron los padres biológicos del adoptado. V. en contra, Bernardo DONAPETRY CAMACHO, «El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptado y de los adoptantes» en *La Ley*, tomo 4, 1990, pp. 996-1015.

<sup>381</sup> Derecho que tiene, incluso, una protección penal. V. Mirentxu CORCOY BIDASOLO, «El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento» en VVAA, *Protección de menores en el Código Penal*, Dir. José Luis JORI TOLOSA, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, pp. 293-325.

<sup>382</sup> Derechos que se han visto expresamente desarrollados y protegidos tras la entrada en vigor por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. V., con anterioridad a la promulgación de esta Ley, los artículos de: Teresa PUENTE MUÑOZ, «El derecho a la intimidad en la Constitución» en *ADC*, tomo XXXIII, fasc. IV, octubre-diciembre, 1980, pp. 915-927; Jaime VIDAL MARTÍNEZ, «En torno al concepto y naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar» en *RGD*, año XXXVII, n.º 436-437, 1981, pp. 3-17. Sobre el estado de la cuestión tras la promulgación de esta norma, puede consultarse el artículo de Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «El derecho a la intimidad» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, pp. 645-661.

<sup>383</sup> Existen casos en los que en el Registro Civil no constan los datos relativos a la adopción, sino que éstos se hallan en poder de las Administraciones Públicas, que reiteradamente se han venido negando a facilitar información a los interesados, utilizando para ello diversos argumentos (tales como el deber de secreto sobre documentos administrativos de carácter personal o el derecho al honor e intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18 CE). V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, pp. 244-245. V., sobre el derecho a conocer los orígenes, el n.º 5 de la revista *Infancia y Adopción* de 1999, donde se encuentran los siguientes artículos relacionados con la búsqueda de los orígenes: Puri BINIÉS LANCETA, «La búsqueda de los orígenes», pp. 10-16; José R. UBIETO, «Orígenes e identidad», pp. 17-19; Carmen AMORÓS y Míriam BOTBOL, «Construcción de la identidad», pp. 21-26; León y Rebeca GRINBERG, «La identidad del adolescente», pp. 27-31. V. también M.ª Jesús PÉREZ, «Búsqueda de la familia de origen: experiencia del Servicio Social Internacional» en *Trabajo Social Hoy*, n.º 3, 1993, pp. 98-100; Joaquín FUERTES ZURITA y Pere AMORÓS MARTÍ, «Práctica de la adopción» (concretamente el epígrafe titulado: Revelación e información sobre los orígenes) en *Manual de protección infantil*, Coord. Joaquín DE PAUL OCHOTORENA y M.ª Ignacia ARRUABARRENA MADARIAGA, Barcelona, 1996, pp. 481-488; Martine AUDUSSEAU-POUCHARD, «Los orígenes del niño» en *Adoptar un hijo hoy*, Barcelona, 1997, pp. 250-261.

<sup>384</sup> V., M.ª Corona QUESADA GONZÁLEZ, «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico» en *ADC*, tomo XLVII, fasc. II, abril-junio, 1994, pp. 237-303 (V. especialmente pp. 300-302).

<sup>385</sup> V. un estudio de la normativa autonómica catalana antes de la entrada en vigor del CF en el artículo de Teresa LEMA DÍAZ, «Datos biológicos y adopción. La aplicación del art. 28 de la Ley 37/91, de 30 de diciembre, del Parlament de Catalunya» en *RJC*, año XCIII, n.º 4, 1994, pp. 999-1007. V. un análisis de la regulación del CF del derecho del adoptado a conocer sus orígenes en Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, pp. 231-243. V. un estudio de la regulación existente sobre el acceso del adoptado a la información sobre su origen

necesarias para averiguar la identidad de sus progenitores, y aún más específicamente, a solicitar los datos biogénéticos de los mismos si su salud así lo requiere (y concretamente, con relación a esta segunda situación, el CF legitima también para proceder de igual manera a los adoptantes si el adoptado es menor de edad no emancipado y se precisa conocer dicha información. Piénsese, por ejemplo, que ello fuera necesario para el éxito de un tratamiento médico al que el menor debe ser sometido). En mi opinión, debiera incluirse en el derecho estatal un precepto paralelo a esta norma autonómica para que el derecho del adoptado a conocer sus orígenes tenga un respaldo legal directo, y no como sucede en la actualidad, que para justificar su existencia han de usarse diversos preceptos pertenecientes a distintos cuerpos legales<sup>386</sup> (sobre todo a los recogidos en la legislación registral, y especialmente el art. 22 RRC) de los cuáles se infiere la existencia del mismo, bajo el prisma siempre de que tras las últimas reformas sufridas por nuestro ordenamiento, el principio que impera en esta materia es el de difusión de la verdad biológica, a través del ejercicio de las acciones de filiación.

Por tanto, nunca va a poder inscribirse al adoptado como hijo biológico puesto que, además de la falsedad documental que constituiría tal proceder (originándose las oportunas repercusiones penales), si ello fuera posible, se estaría evitando que se conozca el carácter adoptivo de la filiación, lo que vulneraría el derecho del menor a conocer sus orígenes<sup>387</sup>. En este sentido se han pronunciado diferentes Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (R.D.G.R.N.

---

en países de nuestro Derecho Comparado (concretamente de Francia, Italia, Suiza, Alemania, EEUU, Canadá, Inglaterra y Gales, Australia y Portugal) en Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, pp. 182-211.

<sup>386</sup> El art. 30 del CHAI establece que: «1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y de su familia. 2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la Ley de dicho Estado». Pero como sostiene GARRIGA GORINA, con el Convenio «(...) no se llega a un reconocimiento del derecho del adoptado al conocimiento del propio origen, sino solamente si la ley del Estado de origen permite la transmisión de la información y, además, la del Estado de recepción le permite acceder a ella». V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 216 (en especial, V. nota n.º 488, y con relación a los demás Convenios internacionales que abordan esta cuestión, V. pp. 211-219).

<sup>387</sup> La D.G.R.N. ha tenido ocasión de analizar un supuesto en el que, de acuerdo a la legislación nacional del país de origen del menor, se cancelaron los datos de filiación biológica del asiento primitivo. La solución aportada en este caso por el Juez Encargado del Registro Civil español fue la de extraer dichos datos del asiento cancelado, lo cual fue apoyado por la D.G.R.N. con la siguiente argumentación: «(...) son totalmente correctas las inscripciones practicadas, que reflejan la filiación materna por naturaleza originaria, marginalmente la sobrevenida por adopción. Cualquier otra solución comportaría una diferencia de trato, contraria a la igualdad constitucional de los españoles ante la ley, respecto de las demás adopciones inscritas en el Registro Civil, impediría o, al menos, dificultaría extraordinariamente el derecho del adoptado a conocer su origen, y haría imposible el conocimiento de los impedimentos matrimoniales por parentesco natural, que subsisten pese a la ruptura de vínculos jurídicos con la familia anterior». V. la R.D.G.R.N. de 23 de abril de 1993 relativa a la adopción por españoles de un menor de nacionalidad brasileña. V. desde el punto de vista de la paternidad, Mónica GUZMÁN ZAPATER, *El derecho a la investigación de la paternidad (En el proceso con elemento extranjero)*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1996. RODRÍGUEZ GAYÁN sintetiza el problema planteado en esta Resolución de una manera clara: «(...) el problema se circunscribe a la existencia de una adopción válida y de una inscripción inválida». Eloy Miguel RODRÍGUEZ GAYÁN, «Comentario a la R.D.G.R.N. de 23 de abril de 1993» en *REDI*, vol. XLV, n.º 2, 1993, pp. 487-491. Este autor, sostiene que hubiese sido más correcto haber interpretado el art. 85 RRC de otra manera puesto que «(...) si de lo que se trata es de mantener a ultranza y, desde el punto de vista del Derecho español, la realidad de los hechos inscritos, podría haberse empleado como tal medio la sentencia extranjera del Juez brasileño donde consta la adopción y cancelar la originaria de nacimiento» (V. p. 490 de la *ob. cit.*). V., sobre la búsqueda de sus orígenes por parte de los adoptados, Mary IWANEK, «La investigación de los orígenes» en *Protección de la infancia y de la familia más allá de las fronteras. Principios y Métodos para el Tratamiento de Casos Internacionales (Seminario de Formación del SSI, celebrado en Londres del 20 al 24 de octubre de 1997) en Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 47, Madrid, 1999. Desde el punto de vista psicológico, V. Pere AMORÓS, Jesús FUERTES y Isabel PAULA, «La búsqueda de los orígenes en la adopción» en *Anuario de Psicología*, n.º 71, 1996, pp. 107-119.

de 6 de julio de 1994; de 31 de diciembre de 1994; etc.), en las que se niega, con razón (pues de lo contrario se estaría amparando una falsedad documental), a los padres adoptivos el ver cancelada la inscripción de nacimiento de sus hijos y la marginal de adopción y, consiguientemente, la creación de una nueva inscripción donde consten sólo los datos de la adopción<sup>388</sup>.

Todo lo expuesto hasta ahora lo ha sido bajo la óptica del Derecho español, que desde luego va a tener importantes repercusiones una vez que el adoptado pretenda obtener información sobre sus orígenes. Pero no hay que perder de vista que para que este proceso pueda ser culminado con éxito, el país de origen del menor deberá también conservar toda la información sobre los menores que entrega en adopción para que cuando éstos lo consideren oportuno puedan indagar en sus orígenes. No se garantiza el derecho a conocer los orígenes si únicamente se le puede constatar al interesado que fue adoptado en tal país y en tal fecha, sin poderle facilitar información sobre su familia biológica. Desde luego, si bien esta obligación de conservar los datos queda en la esfera estrictamente interna del Estado extranjero (que es soberano en lo que a su normativa interna se refiere), no puede dejar de exigirse que España negocie con estos Estados y llegue a acuerdos que puedan garantizar este derecho que futuros nacionales suyos poseen (esto es, los menores adoptados que devienen españoles a raíz de la adopción), pese a que con carácter general esta obligación de conservación de la información relativa a los orígenes del adoptado se encuentra recogida en el artículo 30 del CHAI.

## 2.1. Repercusiones de la Instrucción de 15 de febrero de 1999 de la D.G.R.N. sobre constancia registral de la adopción

Llegados a este punto hay que hacer referencia a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 1999<sup>389</sup>. Con esta Instrucción se intentan solucionar los problemas que surgían en la práctica de la dualidad de filiaciones, o bien de la ausencia de filiación biológica anterior<sup>390</sup>, pero sin desvirtuar el derecho del adoptado a conocer sus orígenes<sup>391</sup>

<sup>388</sup> Concretamente, en la Resolución de 31 de diciembre de 1994, relativa a la adopción de una menor panameña ante la autoridad de su país de origen, la D.G.R.N. sostuvo que «(...) precisamente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad no se compaginan con las pretensiones deducidas que equivaldrían a que el registro consagra una falsedad en cuanto a la verdadera filiación por naturaleza del adoptado e impedirían o al menos dificultarían extraordinariamente el derecho del adoptado a conocer su origen».

<sup>389</sup> BOE n.º 52, de 2 de marzo de 1999.

<sup>390</sup> Tales como la posibilidad de que se pueda proporcionar certificación literal, con la consiguiente vulneración de la intimidad familiar. Es posible que no aparezca inscrita la filiación materna o que la misma conste junto a la adoptiva. V. Leticia GARCÍA VILLALUENGA, «El derecho del adoptado a conocer sus orígenes» en VVAA, *I Jornadas de Protección al Menor en España y su protección hacia Iberoamérica*, Madrid, 1999, p. 150.

<sup>391</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS sostiene con acierto que el derecho del menor a conocer sus orígenes se encuadra en el art. 39 CE, siendo también una emanación de la dignidad de la persona, recogida en el art. 10 CE, por lo que incluso es posible hablar de que dicho derecho constituye por sí mismo uno de los derechos de la personalidad. V. María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)» en *DPC*, n.º 13, 1999, p. 71 y ss. Con relación a los menores nacidos en España, la Orden Ministerial de 10 de noviembre de 1999 (BOE de 23 de noviembre de 1999) modifica el cuestionario para la declaración de nacimiento al Registro Civil para garantizar de una manera más fehaciente, el derecho del menor a conocer sus orígenes, su identidad (y ello se consigue reflejando en el Registro la identidad de la madre independientemente del deseo de ésta de que ello suceda, estando obligados los médicos que asistan al parto a certificar, además del parto, la identidad de la madre, que habrá de poner sus huellas dactilares), así como el derecho a la intimidad de la madre (que se ve protegido limitando el acceso a los datos del Registro únicamente al hijo, a la madre biológica, y si los hubiere, al adoptante). Con anterioridad a esta Orden Ministerial podía afirmarse que primaba el derecho a la intimidad de la madre (esto es, a no ser conocida, al secreto, V. Luis García SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, «Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión», en

(puesto que en el nuevo asiento que se practique habrá de consignarse el tomo, página y número de la inscripción original), derecho que le viene reconocido por la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989<sup>392</sup>.

La solución planteada por la Instrucción es la siguiente: «(...) una vez extendidas en el Registro competente la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, si el matrimonio adoptante lo solicita durante la minoría de edad del adoptado, podrá extenderse en el folio que entonces corresponda, una nueva inscripción de nacimiento en la que contarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos. (...) en la nueva inscripción se hará referencia en la casilla destinada a observaciones, exclusivamente, a los datos registrales de la inscripción anterior (...), la cual será cancelada formalmente». Por tanto, además de cancelarse la inscripción inicial de nacimiento<sup>393</sup>, se abre una nueva de la que podrán expedirse certificaciones literales a favor de cualquier persona, quedando la inicial sometida a un régimen de publicidad limitada.

Según la R.D.G.R.N. (1.ª) de 30 de junio de 2000, sobre inscripción de adopción, «El propósito de esta Instrucción (...) es doble: de un lado evitar confusiones que puede provocar un asiento, como el normal de adopción, con superposición de filiaciones, obteniéndose una mayor claridad (...) con el nuevo asiento; de otro lado, conseguir que este nuevo asiento sea objeto de una publicidad amplia, a diferencia de lo que ocurre con el primitivo asiento cancelado». Como reconoce BALLESTEROS DE LOS RÍOS<sup>394</sup>, «La adopción es objeto de publicidad restringida de modo que, si bien puede darse a conocer al adoptado mayor de edad y a los adoptantes, sólo se dará publicidad de ella a otras personas previa autorización del Juez Encargado y si justifican su interés legítimo (...) y razón fundada para pedirla (arts. 21 y 22 RRC)». Por tanto, mientras que por un lado se tratan de evitar confusiones por superposición de filiaciones, por otro se pretende impedir que puedan llegar a certificarse datos que afecten directamente a la intimidad familiar. Por ello, mientras que la nueva inscripción ya no estará sujeta a restricciones en su publicidad, de la antigua inscripción (que será cancelada) únicamente podrá darse publicidad con la autorización prevenida en el artículo 21 RRC<sup>395</sup>.

Desde el punto de vista de la adopción internacional el problema cobra mayor importancia pues independientemente de lo que establezca nuestro país, habrá que estar siempre a lo que dispone al respecto el país de origen del menor. Como afirman ADROHER BIOSCA y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO<sup>396</sup>, «Si el país de origen del niño es de los que mantienen el secreto, difícilmen-

---

VVAA, *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992, p. 18) sobre el derecho del menor a conocer sus orígenes lo que no tiene justificación alguna por ser ambos derechos merecedores de igual protección.

<sup>392</sup> Art. 7.1: «El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, y tendrá derecho desde que nazca a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos».

<sup>393</sup> La Instrucción no regula el trámite para instar la cancelación del asiento original. No obstante, el procedimiento a seguir será la incoación del correspondiente expediente gubernativo (art. 301 y 307 RRC) que se tramitará con arreglo a las normas generales (art. 341 y ss. RRC) y para cuya resolución es competente el Juez Encargado del Registro Civil donde conste el asiento de nacimiento del adoptado (art. 342 RRC y Circular de 11 de mayo de 1988 de la DGNR sobre traslado de inscripciones de nacimiento), todo ello sin perjuicio de la competencia del Juez Encargado del Registro Civil del domicilio de los adoptantes para la tramitación de la solicitud mediante auxilio registral (art. 348 RRC).

<sup>394</sup> V. María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)» en *DPC*, n.º 13, 1999, p. 58.

<sup>395</sup> El hecho de extender una nueva inscripción haciendo referencia a una antigua que se encuentra sujeta a las normas de publicidad restringida, muy probablemente inducirá a que se solicite una certificación de la misma ante la sospecha de que la filiación matrimonial inscrita y cuya verdad proclama el Registro Civil no es fiel reflejo de la realidad extraregistral. Por ello, este sistema tampoco puede ser considerado como perfecto.

<sup>396</sup> Salomé ADROHER BIOSCA y Ana BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, «La adopción internacional: una nueva migración» en *Migraciones*, n.º 8, 2000, p. 263.

*te podrá conocer el menor sus orígenes por mucho que en su país de residencia se reconozca tal derecho».*

Como ya se expuso, los datos relativos al nacimiento del menor no pueden ser modificados<sup>397</sup>. En este sentido resulta curiosa la argumentación que usa la R.D.G.R.N. de 17 de abril de 2000, sobre inscripción de adopción internacional, dictada a raíz de la interposición de un recurso de los padres adoptivos que pretendían que constara en el Registro Civil que el nacimiento de sus hijas acaeció en su domicilio en España para de esta manera proteger la intimidad personal y familiar (V. FJ 3.º). Para la D.G.R.N. «Hacer constar que el lugar de nacimiento es otro del verdadero es una posibilidad excepcional que únicamente podría fundarse en una norma legal explícita que así lo permitiera (...)» (FJ 4.º), norma que, desde luego, no existe.

Pero esta posibilidad, ¿se halla únicamente reservada para aquellos casos en que los adoptantes estén casados? ¿Un adoptante soltero no va a tener abierta esta vía? Del tenor literal de la Instrucción parece desprenderse que ello es así. No obstante, ha de estudiarse cuál es la interpretación exacta que ha de dársele al uso por parte de la D.G.R.N. de las palabras «matrimonio adoptante». En mi opinión, y a la luz de la DA 3.ª de la Ley 21/1987, es criticable interpretar que el uso específico de la palabra matrimonio por parte de la D.G.R.N., excluya de entrada a la pareja de hecho y al adoptante solo. En este sentido se pronunció el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid en un informe de 1999 (de nivel estatal) que dirigió a la D.G.R.N., donde considera que «(...) la cita al matrimonio adoptante puede implicar un trato desigual o discriminatorio a la unidad familiar por no asentarse ésta en la previa existencia de vínculo jurídico matrimonial, práctica que debe ser rechazada por respeto al principio de tutela y protección a la familia proclamado en nuestra Carta Magna, que debe ser respetado por ciudadanos, poderes públicos e instituciones». Por ello, planteó a la D.G.R.N. sustituir la expresión «si el matrimonio adoptante lo solicita» por la de «si el adoptante o los adoptantes lo solicitan». No obstante, la respuesta que obtuvo esta propuesta de modificación por parte de la D.G.R.N. no fue la esperada, ya que afirmó: «1.º El propósito de la Instrucción es no sólo que, para evitar superposiciones de filiaciones, se abra un nuevo folio a la filiación adoptiva, sino el conseguir que de este nuevo folio puedan expedirse certificaciones literales a cualquier persona cuyo interés se presuma por el hecho de solicitar la certificación (...). 2.º Este segundo propósito no se lograría cuando el adoptante sea una persona sola o cuando los adoptantes no estén casados entre sí, porque en tales casos el nuevo folio forzosamente dejaría en blanco el apartado preimpreso relativo al matrimonio de los padres, de modo que el nuevo folio publicaría una filiación no matrimonial, cuya publicidad es restringida y sólo puede ser dada a conocer, por medio de una certificación literal, al propio inscrito, sus ascendientes, descendientes o herederos o a los terceros que obtengan la autorización especial a que se refiere el último párrafo del artículo 21 del Reglamento del Registro Civil. 3.º Esta diferencia de efectos, en cuanto a la publicidad de la filiación matrimonial (amplia) y la publicidad de la filiación no matrimonial (restringida), proviene del art. 51 de la Ley del Registro Civil y ha sido mantenida, después de la Constitución, por los arts. 21 y 22 del Reglamento del Registro Civil, redactados por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. 4.º En la redacción de estos artículos del Reglamento, se tuvo muy en cuenta el principio de respeto a la intimidad personal y familiar del artículo 18 de la Constitución Española. Se estimó que mientras la publicidad de la filiación matrimonial no podía perjudicar a familias correspondientes, la publicidad de la filiación no matrimonial podría ser molesta a este núcleo familiar, porque, teniendo en cuenta también el interés del menor, no tiene éste motivos para explicar su condición a sus compañeros, ni éstos para indagar si aquél es hijo de madre no casada o de progenitores que no hayan contraído matrimonio. 5.º En definitiva se es-

<sup>397</sup> V. la R.D.G.R.N. de 10 de septiembre de 2001 sobre la imposibilidad de modificar la fecha de nacimiento del menor adoptado por españoles pese a que el país de origen del mismo haya aceptado dicho cambio.

*tima que la diferencia de trato, en cuanto a la publicidad registral de la filiación matrimonial y de la no matrimonial, obedece a razones dignas de tenerse en cuenta, por lo mismo, no implican verdadera discriminación por razón de nacimiento a los efectos del artículo 14 de la Constitución»<sup>398</sup>.*

La argumentación de la que hace uso la D.G.R.N. tiene fundamento (el considerar que la sociedad valora positivamente al hijo matrimonial y por el contrario, rechaza al no matrimonial), pero ello no implica que sea la acertada. Estas concepciones se encuentran anquilosadas en el pasado y en mi opinión no son acordes a esta época. Además, todo el problema se basa en que el modelo preestablecido en el folio correspondiente del Registro incorpora un espacio específico para hacer constar la referencia matrimonial de los padres. ¿No sería más sensato modificar tal circunstancia? Es decir, debería cambiarse el contenido del folio en el sentido de que éste diera fe únicamente de quiénes son los padres del menor y no del vínculo que los une (esto es, si están casados o no). Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que uno de los padres adoptivos hubiera fallecido. En este caso, probablemente para la D.G.R.N. no resultaría reprochable que el Registro diera fe de la condición de huérfano del adoptado, con tal de que manifestara que es hijo matrimonial. Pero este supuesto es susceptible de ser interpretado de otra manera ya que ¿qué diferencia habría con la certificación que acredita que el adoptado lo ha sido por persona sola?

Además, el art. 21.1 RRC dispone, entre otras cosas, que no se dará publicidad sin autorización especial: a la filiación adoptiva, no matrimonial o desconocida o de circunstancias que descubran tal carácter (salvo, como puntualiza el art. 22 1.º RRC que se trate del «(...) propio inscrito o sus ascendientes, descendientes o herederos. Respecto de la adopción plena<sup>399</sup>, el adoptante o el adoptado mayor de edad, y respecto de la simple, además, los herederos, ascendientes y descendientes de uno y otro»). La D.G.R.N. interpreta el precepto en el sentido de que si la filiación adoptiva es matrimonial, no se encuentra incluido en el mismo, pero si es filiación adoptiva matrimonial, sí lo estaría. Considero que siempre que se trate de filiación adoptiva, independientemente de que la misma sea matrimonial o no lo sea, se precisará de una autorización especial para obtener una certificación del Registro (excepto, claro está, que quien la pida sea uno de los sujetos que expresamente se hallan exentos de solicitarla, tal y como establece el art. 22 1.º RRC)

Parece ser que la D.G.R.N. ha cambiado su criterio en este punto, al estimar un recurso interpuesto por un adoptante solo para poder cancelar el asiento primitivo y que se extienda en el folio una nueva inscripción de nacimiento en la que constaran sólo los datos del nacimiento y del menor así como las circunstancias personales del adoptante individual. Esto ha sucedido en la R.D.G.R.N. (1.ª) de 30 de junio de 2000 sobre inscripción de adopción, en la que se reconoce en su FJ 5.º que «(...) aunque la hipótesis de un único adoptante no esté contemplada expresamente por la Instrucción citada, lo cierto es que persisten las razones de evitar confusiones en el asiento producidas por la superposición de filiaciones y estas razones de mayor claridad (...) han de permitir que se acceda a la petición formulada y que se extienda un nuevo asiento que recoja exclusivamente la filiación creada, en el bien entendido de que este nuevo asiento, lo mismo que el cancelado, seguirá sometido a las normas establecidas sobre la publicidad restringida». Exactamente en los mismos términos se manifiesta la R.D.G.R.N. (2.ª) de 8 de julio de 2000, sobre inscripción de adopción: también aplica la Instrucción de 15 de febrero de 1999 aunque haya un único adoptante. Por tanto, necesariamente ha de entenderse incluidos a todos los posibles adoptantes, pues de lo contrario se estaría discriminando arbitrariamente a los excluidos<sup>400</sup>. A ello hay que añá-

<sup>398</sup> V. el Informe Anual de 1999 del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2000, pp. 402-403

<sup>399</sup> Esta referencia a la adopción plena y a la simple que pervive en ese precepto hay que entenderla derogada por cuando hoy en día sólo existe una modalidad de adopción en nuestro ordenamiento. Deberá, por tanto, interpretarse que todas las personas mencionadas en este artículo se encuentran exentas de pedir autorización especial para obtener la certificación.

<sup>400</sup> V. Rafael VERDERA SERVER, «Adopción y principio de igualdad. (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)» en *RDPC*, n.º 13, 1999, nota al pie n.º 49, pp. 330-331.

dir, que también se puede aplicar el mecanismo de la Instrucción de 15 de febrero de 1999 cuando el solicitante es el adoptado mayor de edad, tal y como ha argumentado la Resolución (1.<sup>a</sup>) de 20 de enero de 2003, sobre inscripción de adopción, puesto que no hay razón alguna para que el mismo sea excluido.

## SECCIÓN CUARTA: EFECTOS JURÍDICOS DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES

Los efectos de las adopciones internacionales, una vez que se han reconocido e inscrito en nuestro Registro Civil, van a ser los mismos que los que se producen en las adopciones nacionales si bien, dadas las peculiares características de aquellas, dichos efectos pueden presentar ciertas particularidades<sup>401</sup>.

### I. LA RUPTURA CON LA FAMILIA BIOLÓGICA Y LA GENERACIÓN DE VÍNCULOS CON LA FAMILIA ADOPTIVA: ALCANCE Y LÍMITES

Tras la adopción quedan extinguidos todos los vínculos que el adoptado tenía con su familia biológica<sup>402</sup>, tal y como dispone el art. 178.1 CC<sup>403</sup> y como puso de manifiesto en su momento la Exposición de Motivos de la Ley 21/1987. TORRES LANA<sup>404</sup> opina que este precepto supone «(...) la culminación de un proceso de progresiva incardinación del adoptado en el seno de la familia adoptiva y de correlativa segregación de su familia de origen». Se consigue de esta manera el mayor acercamiento posible, dadas las circunstancias, entre adoptado y adoptante. El primero se integra plenamente en la familia del adoptante (y no sólo en la familia formada por el adoptante y sus descendientes, sino también en la familia extensa de éste). Además, se generan todos los efectos que tiene la filiación por naturaleza. No obstante, GARRIDO MELERO<sup>405</sup> critica que ni en la redacción dada al CC por la Ley 21/1987 ni la operada por la LO 1/1996 se haya plasmado claramente que el hijo adoptivo ingresa a todos los efectos en la familia de la persona que le adopta, sugiriendo que pese a que es reconocido por todos unánimemente que ello es así, debería ser tomado en cuenta por el legislador de cara a sucesivas reformas.

La normativa catalana a este respecto, aunque pueda sorprender, difiere de la prevista en nuestro CC. En este sentido, puede afirmarse con GARRIGA GORINA<sup>406</sup> que «(...) la adopción, tal y como la regula el Codi, ni integra al adoptado en la familia del adoptante en toda su extensión, ni le desvincula totalmente de la familia anterior, esto último especialmente en materia sucesoria». Estas

<sup>401</sup> Si la adopción se ha llevado a cabo de acuerdo a lo establecido en el CHAI, se generarán los efectos mínimos que con carácter general prevé este Convenio. V., a este respecto, Nathalie MEYER-FABRE, «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale» en *RCDIP*, tomo 83, n.º 2, 1994, pp. 259-295 (especialmente, pp. 289-295).

<sup>402</sup> V. Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia. Acogimiento y adopción*, Madrid, 1988, p. 80 y ss., y Francisco LLEDÓ YAGÜE, «Comentario al Proyecto de Ley de Adopción» en *ADC*, tomo XXXIX, fasc. 4, 1986, pp. 1193-1217.

<sup>403</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA afirma con razón que este precepto (que dice literalmente que: «La adopción produce la extinción de vínculos entre el adoptado y su familia anterior») debió haberse completado con la coletilla de: «los que nacerán con la familia del adoptante». Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Barcelona, 1999, p. 306.

<sup>404</sup> José Ángel TORRES LANA, «Comentario al artículo 178 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1993, p. 189.

<sup>405</sup> V. Martín GARRIDO MELERO, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1999, p. 460.

<sup>406</sup> V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, pp. 54-60.

particularidades se concretan básicamente en que el adoptado carece de tíos y primos en la familia adoptiva (pues los lazos se crean únicamente en línea recta, esto es, recíprocamente de ascendientes a descendientes, tal y como manifiesta el art. 127.1 CF), y mantiene los vínculos con sus hermanos biológicos en materia sucesoria (para sucederse abintestato entre sí, como prevé el art. 346 CF).

### 1.1. Efectos frente a la familia biológica

Efectivamente se produce una ruptura de vínculos, tal y como establece el art. 160 pfo. 1.º CC:

*«El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.»*

Esos vínculos que se extinguen son principalmente: la patria potestad (en favor de los padres biológicos), el deber y el derecho a alimentos y los derechos sucesorios. Además, el adoptado dejará de tener los apellidos y la vecindad civil (e incluso la nacionalidad si fuera el caso) de la familia biológica.

Frente a la regla general imperativa de que se produce una destrucción de los vínculos entre el adoptado y su familia biológica, hay una importante excepción recogida en el art. 178.2 del CC que establece que, excepcionalmente, persistirán,

*«2. (...) los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso: 1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante 407, aunque el consorte hubiera fallecido. 2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante 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 persistir.»*

No obstante el art. 178.3 CC<sup>408</sup> establece, con una remisión en blanco, que:

*«3. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.»*

El art. 47.1.º CC establece la imposibilidad de contraer matrimonio por parte de los adoptados con sus adoptantes en línea recta (o sea, entre ascendiente y descendiente hasta el infinito)<sup>409</sup>. Esta prohibición está basada en ese afán que persigue la institución de la adopción de «imitar a la naturaleza», en asimilarse lo más posible a la procreación biológica, lo cual constituye una tónica general en nuestro Derecho Comparado. Por ejemplo, en Alemania<sup>410</sup>, Inglaterra, Francia, Holanda e Italia se prevé la ruptura total de vínculos entre el adoptado y su familia biológica, con la

<sup>407</sup> Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, «Mantenimiento y extinción de vínculos parentales tras la adopción del hijo del cónyuge: el artículo 178 del Código Civil» en *AC*, n.º 48, tomo 4, 1994, pp. 981-993.

<sup>408</sup> V. con relación al apdo. 3, el artículo de Manuel ALBADALEJO GARCÍA, «El impedimento matrimonial de adopción del Código Civil a hoy», tomo I, *Centenario del Código Civil (Asociación de Profesores de Derecho Civil)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

<sup>409</sup> V. Manuel ALBALADEJO GARCÍA, «El impedimento matrimonial de adopción del Código Civil a hoy» en *Centenario del Código Civil (1889-1889). Asociación de profesores de Derecho Civil*, tomo I, Madrid, 1990, pp. 1-15.

<sup>410</sup> Pese a esta realidad, en Alemania se prevé la posibilidad de la existencia de un nexo de de los padres biológicos con su hijo adoptado unión (visitas y/o derecho a tener noticias del menor, básicamente).

excepción de que persisten los impedimentos matrimoniales. En Suecia la legislación es más tajante, pues se establece la ruptura total de vínculos por regla general, con la única salvaguarda de que en cada caso concreto la sentencia que establezca la adopción introduzca los impedimentos que estime convenientes (entre los que estarían, sin duda, los matrimoniales).

Volviendo a centrar la cuestión en nuestro ordenamiento y partiendo de lo dispuesto en el art. 108 CC, soy partidaria de la conveniencia de considerar ampliada esta prohibición a lo dispuesto en el art. 47.2.º CC (que se refiere a los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, por lo que no sólo afectaría a los colaterales por consanguinidad, sino también por adopción).

Otro problema que ha de dilucidarse es qué sucede en aquellos supuestos en los que se desconoce la filiación por naturaleza del adoptado. No estando determinada ésta con anterioridad a la adopción, ¿se producirán los mismos efectos que se originan cuando, como sucede en el supuesto más frecuente en la práctica, se conoce la filiación biológica del adoptado? Me adhiero a la solución esgrimida por MARCO MOLINA<sup>411</sup> (que si bien es aportada cuando estudia el derecho autonómico catalán, es, en mi opinión, extrapolable al derecho estatal). Esta autora sostiene que en tales supuestos, «(...) la constitución del vínculo adoptivo no es obstáculo a que dicha filiación biológica llegue a determinarse, ya que el art. 129.1 CF faculta al adoptado, cuando alcance la mayoría de edad o la emancipación, a ejercer acciones que le permitan averiguar quiénes han sido sus progenitores biológicos».

## 1.2. Efectos frente a la familia adoptiva

La adopción produce todos los efectos, patrimoniales y no patrimoniales, que genera habitualmente la filiación biológica en todos los órdenes de la vida. En este sentido, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado, con la consiguiente extinción de la patria potestad del progenitor biológico (art. 169.3 CC) si es que todavía la poseía. De la misma manera finalizará la patria potestad prorrogada (art. 171.2.º CC). Realmente, en los casos en los que los padres biológicos tuvieran la patria potestad, más que una extinción lo que se produce realmente es un cambio de titularidad (y no una extinción propiamente dicha).

Por lo que respecta al orden sucesorio, el adoptado pasa a ser heredero forzoso del adoptante como un hijo más (arts. 807 y 808 CC), extinguiéndose cualquier derecho sucesorio frente a la familia de origen. Nacen también para el adoptante derechos sucesorios con respecto al adoptado (arts. 809 y 810 CC) dentro del orden para suceder (en particular, para la sucesión intestada)<sup>412</sup>.

En la misma línea, si el adoptado es menor de edad adquiere la vecindad civil y la nacionalidad de los adoptantes (arts. 19.1 y 14.2 pfo. 2.º CC respectivamente)<sup>413</sup>. Ambos tendrán, adoptado y adoptante, derecho recíproco a alimentos (art. 143. 2 en relación con el art. 153 CC), extinguiéndose este derecho frente a la familia biológica. Por otra parte, es del todo obvio que entre la

<sup>411</sup> Juana MARCO MOLINA, «Los efectos y la extinción de la adopción» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 195.

<sup>412</sup> V. con carácter general sobre los derechos sucesorios el estudio monográfico de Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos en el Código Civil (Problemas de Derecho Transitorio)*, Barcelona, 1994. V. también, entre otros, los arts. 772.3 y 980.2 CC.

<sup>413</sup> Si el adoptado fuera mayor de edad, como se verá en el siguiente apartado, podrá optar por la nacionalidad española en un plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción, tal y como prevé el art. 19.2 CC. Con relación a la vecindad civil, si en el caso de adopción conjunta la vecindad de los adoptantes es distinta, y sin perjuicio de que los adoptantes tienen la potestad de atribuir al adoptado la vecindad civil de cualquiera de los dos durante los seis meses siguientes a la adopción (art. 14.3 pfo. 2.º CC), habrán de aplicarse las normas establecidas para el nacido: primero, la que corresponda al padre o madre cuya filiación haya sido determinada antes (lo cual sólo sucederá en los casos de adopciones sucesivas); en segundo lugar, la del lugar de nacimiento; y en tercer lugar, la vecindad civil de derecho común.

familia biológica y la familia adoptiva no se va a generar tras la constitución de la adopción ningún tipo de vínculo.

Con relación a los apellidos<sup>414</sup>, según lo que establece el pfo. 1.º del art. 55 LRC (modificado por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos<sup>415</sup>), que sigue en este punto lo previsto en el art. 109 CC, la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley. Por ello, el adoptado adquiere tras el reconocimiento e inscripción de la adopción, los apellidos de los adoptantes en el orden que éstos decidan<sup>416</sup>, y no sólo para sí sino también para sus descendientes<sup>417</sup>. Si se trata de una adopción individual, se puede invertir el orden de los apellidos del adoptante para que no coincidan exactamente con los de éste<sup>418</sup>, dándose así cumplimiento a lo que establece el art. 55 pfo. 2.º LRC.

*«El adoptado (...) por una sola persona tendrá por su orden los apellidos del adoptante. Se exceptúan el caso en que uno de los cónyuges adopte al hijo de su consorte, aunque haya fallecido, y aquél en que la única adoptante sea mujer. En este último supuesto podrá invertirse el orden con el consentimiento de la adoptante y del adoptado si es mayor de edad.»*

Pese a lo afirmado, el momento exacto en el que el adoptado adquiere los apellidos de los adoptantes, en el supuesto de que la adopción se hubiera llevado a cabo en el extranjero, dependerá de lo previsto en la legislación del país de origen. Es posible que se plantee el reconocimiento de la adopción en nuestro país y que ya el adoptado disfrute de los apellidos de los adoptantes porque la autoridad extranjera que constituyó la adopción ya se los otorgó. También puede ser que cuando se solicite el reconocimiento el adoptado tenga todavía los apellidos de su familia de origen. En cualquier caso, como he afirmado, para el Derecho español una vez que la adopción se reconoce y se inscribe, el adoptado, independientemente de su edad, adquiere los apellidos del adoptante de acuerdo con lo previsto en esta materia por nuestro ordenamiento con carácter general<sup>419</sup>.

Si el adoptado es mayor de edad es posible que mantenga los apellidos que tenía antes de que se constituyera la adopción, puesto que se entiende que para él será un trastorno importante cambiarlos<sup>420</sup>.

<sup>414</sup> V. María LINACERO DE LA FUENTE, *El nombre y los apellidos*, Madrid, 1992, pp. 144-193 (en especial, pp. 150-152).

<sup>415</sup> BOE n.º 266, de 6 de noviembre de 1999. V. sobre esta Ley, entre otros, María LINACERO DE LA FUENTE, «Comentario a la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos» en *RGLJ*, n.º 3, mayo-junio, 2000, pp. 321-360 (en particular V. sobre las modificaciones que dicha Ley ha introducido en el régimen de atribución de apellidos, p. 344 y ss. de la *ob. cit.*).

<sup>416</sup> El art. 109 CC establece: «La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. El orden de los apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. (...)». V. un análisis de este precepto, antes de que fuera modificado por la Ley 40/1999, en Manuel PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentario a los arts. 108-111 del CC» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, en especial, pp. 809-815.

<sup>417</sup> Cosa que antes de la entrada en vigor de la Ley 21/1987 se hallaba regulada en el art. 204 RRC, actualmente derogado (junto a los arts. 201 a 203 RCC). V. María LINACERO DE LA FUENTE, *El nombre y los apellidos*, Madrid, 1992. Además, la adopción es justa causa (siempre que no haya perjuicio de un tercero) para que el Encargado del Registro Civil autorice el cambio del nombre propio inscrito del adoptado por el usado habitualmente. V. José Ramón PÉREZ OREIRO, «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» en *VVAA, Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Burgos, 1999, p. 220, nota al pie n.º 216.

<sup>418</sup> En el supuesto de que se adopte al hijo del cónyuge se permite que el adoptado mantenga uno de los apellidos de su progenitor (o adoptante individual), adquiriendo uno sólo de los apellidos del nuevo adoptante (V. las Resoluciones de la D.G.R.N. de 10 de julio de 1985 y de 15 de octubre de 1987).

<sup>419</sup> V. Rosa MÉNDEZ TOMÁS y Esther VILALTA NICUESA, *Expedientes y solicitudes sobre nombres y apellidos*, Biblioteca Básica de Derecho Procesal, n.º 73, Barcelona, 2000, pp. 21-26.

<sup>420</sup> En la Resolución de 23 de febrero de 1999, la Dirección General de Registros y del Notariado afirmó que: «(...) el Encargado del Registro Civil del domicilio tiene facultades para autorizar en expediente la conservación por el hijo de

Tras la reforma operada en nuestro ordenamiento por la Ley 20/1994, de 6 de julio, de reforma del artículo 54 de la Ley del Registro Civil (que entró en vigor el 8 de julio del mismo año)<sup>421</sup> es posible que, pese a que el menor adoptado tenga nombre extranjero, éste se mantenga y tenga acceso a nuestro Registro sin problemas, en tanto en cuanto dicha reforma vino a posibilitar que los españoles tengan nombres propios extranjeros. De esta manera, como afirma SALVADOR GUTIERREZ<sup>422</sup>, se vino a adecuar nuestra legislación a la realidad social.

Pero, ¿puede el adoptante cambiar (o traducir al español) el nombre del adoptado, ya sea extranjero o no, si lo desea? En esta materia impera la norma de que únicamente los mayores de edad podrán cambiar, siempre alegando unas causas que lo justifiquen (pues en esta materia rige el principio general de la inmutabilidad)<sup>423</sup>, el nombre que en su día les fue asignado<sup>424</sup>. Pese a ello, en principio, hay que afirmar que es posible cambiar o traducir al español el nombre propio inscrito del adoptado incluso cuando éste sea menor de edad (en virtud de lo establecido en el art. 193 LRC), siempre y cuando se instruya un expediente de cambio de nombre, que podrá ser presentado bien ante el Ministerio de Justicia (arts. 57 LRC, 205 y 365 RRC)<sup>425</sup>, que dispone de una amplia discrecionalidad para admitir el cambio de nombre propio siempre que concorra justa causa y ausencia de perjuicio de tercero, por lo que «(...) es suficiente el mero deseo de los interesados o sus representantes legales para obtener el cambio solicitado»<sup>426</sup>, o bien ante el Juez de Primera Instancia encargado del Registro (arts. 59.5.º LRC y 209.5 RRC), en dos supuestos: cuando se trate de cambiar el nombre por el usado habitualmente, según lo previsto en los arts. 59.2 LRC y 209.2 RRC (si bien la D.G.R.N. rechaza la existencia de habitualidad en los niños de corta edad)<sup>427</sup>, o cuando únicamente se quiera traducir al español el nombre extranjero del adoptado. En ambos casos es necesario eso sí, como afirma LINACERO DE LA FUENTE<sup>428</sup>, que concurren con carácter previo: justa causa y ausencia de perjuicio de tercero, conforme a lo establecido en los arts. 60 LRC y 210 RRC.

Por tanto, la conclusión a la que hay que llegar es que tanto para cambiar como para traducir el nombre al español del adoptado<sup>429</sup> se requiere básicamente, de acuerdo a lo previsto por nues-

*los apellidos que viniera usando, siempre que se inste el procedimiento dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de la filiación (...) y siempre que exista justa causa en la pretensión y no haya perjuicio de tercero (...) los apellidos del hijo adoptivo serán los del adoptante o adoptantes (...), pero sin que de tal aserto se pueda extraer la conclusión de una imperatividad incondicionada en la determinación de los apellidos (...).*

<sup>421</sup> BOE n.º 161, de 7 de julio de 1994. V. sobre esta reforma, Aurelio Díez Gómez, «Reforma del artículo 54 de la Ley del Registro Civil» en *RJN*, n.º 9, enero-marzo, 1994, pp. 9-17; María Linacero de la Fuente, «Notas sobre el Registro Civil» en *RDP*, febrero, 1998, pp. 108-119.

<sup>422</sup> V. Susana Salvador Gutiérrez, «Derechos registrales del menor» en *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones*, Nueva Serie, n.º III, Madrid, 1998, p. 145 y ss.

<sup>423</sup> Cristina Arozamena Laso, «Régimen legal del cambio de nombre y apellidos» en *La Ley*, n.º 4257, tomo 2, 1997, p. 1752.

<sup>424</sup> V. María Linacero de la Fuente, *El nombre y los apellidos*, Madrid, 1992, pp. 78-104.

<sup>425</sup> La competencia para cambiar o sustituir el nombre del adoptado la tiene con carácter general el Ministerio de Justicia español, y por delegación, la Dirección General de los Registros y del Notariado (V. R.D.G.R.N. de 11 de mayo de 1995), tal y como prevé el art. 57 LRC.

<sup>426</sup> María Linacero de la Fuente, «Notas sobre el Registro Civil» en *RDP*, febrero, 1998, p. 119. No obstante, la D.G.R.N. ha venido exigiendo para la existencia de justa causa que exista perjuicios en la identificación de la persona.

<sup>427</sup> V. la R.D.G.R.N. de 23 de febrero de 1996. Linacero de la Fuente acierta al afirmar que «(...) en el supuesto de niños adoptados, y en la medida en que la adopción determina la filiación y, por tanto, los apellidos (arts. 108 y 109 del CC) (...), estaría justificada la concesión de cambio de nombre propio con criterios de mayor flexibilidad, sin necesidad de acreditar la habitualidad en el uso del nuevo vocablo». María Linacero de la Fuente, «Notas sobre el Registro Civil» en *RDP*, febrero, 1998, p. 116.

<sup>428</sup> María Linacero de la Fuente, *El nombre y los apellidos*, Madrid, 1992, p. 84.

<sup>429</sup> En el supuesto de que se pretendiera cambiar el nombre del menor cuya adopción aún no ha sido reconocida, y por lo tanto, no inscrita en nuestro Registro Civil (o incluso en los casos de los acogimientos internacionales), como la mayor parte de las veces dicho menor no será nacional español habría que acudir a lo establecido al respecto en la legislación

tra legislación, que exista justa causa así como que no haya perjuicio de tercero (arts. 59 y 60 LRC)<sup>430</sup>, requisitos que generalmente concurrirán, por lo que no habría mayor problema.

Partiendo de lo expuesto, nada obsta a que si se sigue el procedimiento dicho cambio se pueda empezar a tramitar en el mismo Registro Civil Consular. De esta manera, si se insta el reconocimiento de la adopción en el Consulado del país de origen y éste prospera, se inscribirá principalmente el nacimiento del menor y marginalmente la adopción con el nombre que dicho menor tenga en el Registro Civil local<sup>431</sup>. Posteriormente<sup>432</sup>, al tratarse ya de un español, se podrían iniciar los trámites desde el Consulado para cambiar o traducir al español el nombre del adoptado. Incluso, parece que podría admitirse que «(...) autoridades extranjeras se pronuncien sobre el cambio de nombre de españoles derivado de hechos de estado civil»<sup>433</sup>, por lo que pudiera darse el caso de que se inste a la autoridad extranjera competente el cambio de nombre propio del menor a lo largo del mismo proceso constitutivo de la adopción<sup>434</sup>.

De *lege ferenda* sería interesante modificar la legislación registral en el sentido de hacer constar expresamente como supuesto legítimo para el cambio de nombre la adopción de la persona a la que se le desea cambiar. Se ha tenido ocasión de realizar esta modificación en las últimas reformas legislativas que ha experimentado esta materia y sin embargo no se ha hecho<sup>435</sup>.

## II. ATRIBUCIÓN Y ADQUISICIÓN POR EL ADOPTADO EXTRANJERO DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

La nacionalidad siguiendo a SANCHO REBULLIDA<sup>436</sup> puede definirse de la siguiente manera: «Nacionalidad es el estado civil de la persona determinado por su integración en una comunidad política suprema (Estado), respecto de la que ostenta derechos (...) y tiene obligaciones; en cuya comunidad (...) le compete plena participación pues, en realidad, el Estado está constituido y,

---

nacional de su país de origen. Por ello, hay que concluir *a sensu contrario* que es posible que la resolución extranjera constitutiva de la adopción (o bien otra resolución extranjera dictada específicamente para tal fin) ya haya cambiado el nombre propio del adoptado. Nuestro país nada tiene que objetar a este respecto pues cuando se plantea ante nuestras autoridades el reconocimiento de la adopción, el menor que sigue siendo extranjero (pues de ser español no tendría relevancia para nuestro Derecho lo que una autoridad extranjera dictaminara con relación a su nombre) ya viene con el nuevo nombre que será el que se tome como base para proceder, si se considera conveniente al reconocimiento e inscripción de la adopción. V. Jesús Díez del Corral Rivas, «Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre estado civil durante el año 1999» en AC, n.º 27, 3 al 9 de julio, 2000, pp. 965-1113 (en especial, V. p. 994).

<sup>430</sup> V. Rosa Méndez Tomás y Esther Vilalta Nicuesa, *Expedientes y solicitudes sobre nombres y apellidos*, Biblioteca Básica de Derecho Procesal, n.º 73, Barcelona, 2000, p. 15 y ss.

<sup>431</sup> V. la R.D.G.R.N. de 4 de julio de 1994, sobre inscripción en el Registro Civil Consular de adopción constituida ante autoridad consular.

<sup>432</sup> Es aconsejable, a efectos prácticos, efectuar el cambio de nombre una vez que se ha trasladado la inscripción de la adopción al Registro correspondiente al domicilio.

<sup>433</sup> V. Ángeles Lara Aguado, *El nombre en Derecho Internacional Privado*, Granada, 1998, p. 129. Puntualiza esta autora que: «La autoridad que sea competente para conocer de la cuestión relativa al estado civil, extenderá su competencia a los efectos que de aquélla se deriven respecto al nombre, sin que pueda sustraerse de su núcleo de competencias las relativas a los efectos sobre el nombre» y más aún si el menor continúa siendo nacional suyo.

<sup>434</sup> V. Joaquín-Juan Forner y Delaygua, *Nombres y apellidos. Normativa interna e internacional*, Barcelona, 1994.

<sup>435</sup> V. la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos (BOE n.º 266, de 6 de noviembre de 1999) y el RD 193/2000, de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos (BOE n.º 49, de 26 de febrero de 2000).

<sup>436</sup> Francisco de Asís Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho Civil* (VVAA, José Luis Lacruz Berdejo y otros), tomo I, vol. 2.º, Barcelona, 1992, p. 151. V. sobre la nacionalidad en general, por todos, Jacinto Gil Martínez, «Comentario al Título I del CC» en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 1.º, Coords. Joaquín Rams Albesa y Rosa M.ª Moreno Flórez, Barcelona, 2000, pp. 9-23.

*más o menos mediatamente, organizado y regido por el conjunto de sus nacionales».* Por su parte, el art. 15.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos declara el derecho de toda persona a tener una nacionalidad, por lo que consecuentemente los menores también disfrutaban de este derecho<sup>437</sup>.

Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 51/1982, de 13 de julio, en materia de nacionalidad, el extranjero adoptado no adquiría en ningún caso automáticamente la nacionalidad española, si bien es cierto que podía llegar a adquirirla si residía por un periodo mínimo de dos años en España o bien por carta de gracia (en aquellos supuestos en los que el Jefe del Estado apreciaba circunstancias particulares que así lo aconsejaban)<sup>438</sup>. La situación era incomprensible, sobre todo tras la entrada en vigor de nuestra CE, por cuanto se atentaba directamente contra el principio de igualdad de hijos biológicos e hijos adoptados<sup>439</sup>. Tras la reforma operada en 1982<sup>440</sup>, la situación cambia en el sentido de que el menor extranjero adoptado por españoles adquiere la nacionalidad española de origen. Posteriormente, esta materia vuelve a sufrir una significativa modificación mediante la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad<sup>441</sup>.

El art. 19 CC<sup>442</sup> ha quedado redactado de la siguiente manera:

«1. El menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere desde la adopción, la nacionalidad española de origen.

2. Si el adoptado es mayor de dieciocho años, podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción.»

Del precepto se deduce claramente la importancia que tiene la edad del adoptado<sup>443</sup> en lo que a obtener la nacionalidad se refiere: sólo los menores de dieciocho años adquirirán automáticamente la nacionalidad española de origen desde la adopción<sup>444</sup>, debiendo los mayores de dicha edad ejer-

<sup>437</sup> V. Susana SALVADOR GUTIÉRREZ, «Derechos registrales del menor» en *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones*, Nueva Serie, n.º III, Madrid, 1998, p. 148 y ss.

<sup>438</sup> V., con relación a la reforma operada por la citada Ley, José M.ª RUIZ HUIDOBRO, «El Derecho español de la nacionalidad» en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Coord. Salomé ADROHER BIOSCA y Pilar CHARRO BENA, Barcelona, 1995, p. 102 y ss.; Susana SALVADOR GUTIÉRREZ, *Manual práctico sobre nacionalidad*, Granada, 1996, pp. 116-120.

<sup>439</sup> Esta realidad ya fue puesta de manifiesto por la R.D.G.R.N. de 13 de julio de 1971, que tuvo su origen en una consulta del Cónsul General de España en Düsseldorf dirigida a la Dirección General. V., sobre la situación existente en esta materia con anterioridad a la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, Carlos LASARTE ÁLVAREZ, «Notas sobre la nacionalidad del menor de edad extranjero adoptado por españoles» en *RDP*, junio, 1975, pp. 511-531.

<sup>440</sup> V., sobre la reforma operada por la Ley 51/1982, de 13 de julio en materia de nacionalidad, Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988, pp. 49-86. V. también, Emilio CASASÚS HOMET, «Algunas consideraciones sobre el parentesco por adopción» en *RDN*, año XXXII, n.º 125-126, julio-diciembre de 1984, p. 360.

<sup>441</sup> V. Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, «Un primer apunte sobre la última reforma del Código Civil en materia de nacionalidad (Ley 18/1990, de 17 de diciembre)» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, pp. 735-745.

<sup>442</sup> Redacción dada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre (BOE n.º 302, de 18 de diciembre de 1990). V. un interesante estudio sobre el precepto tras la reforma operada por esta Ley en el artículo de Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Comentario al artículo 19 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1993, pp. 713-720. V. también, Jacinto GIL MARTÍNEZ, «Comentario al art. 19 del CC» en *VVAA, Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 1.º, Coords. Joaquín Rams Albesa y Rosa M.ª Moreno Flórez, Barcelona, 2000, pp. 62-81; José Luis IRIARTE ÁNGEL, «Comentario al art. 19 CC» en *Comentarios al Código Civil*, tomo I, Coord. Ignacio Sierra Gil, Barcelona, 2000, pp. 543-545.

<sup>443</sup> Para el cómputo de los años se aplica lo establecido en el art. 315 CC, por lo que se contabiliza completo el día de nacimiento.

<sup>444</sup> Como sostiene ALVARGONZÁLEZ SAN MARTÍN, este precepto hay que entenderlo irretroactivo. V. Fernando ALVARGONZÁLEZ SAN MARTÍN, *La regulación de la nacionalidad: guía jurídico-práctica para el Cónsul*, Madrid, 1999, p. 29.

cer su derecho a opción para conseguirla. Ello, como acertadamente pone de relieve Adroher BIOSCA<sup>445</sup>, no implica una discriminación entre los hijos adoptivos menores y los mayores de edad puesto que: «(...) *difícilmente sería admisible que al mayor de 18 años se le impusiera un cambio de nacionalidad no querido por sí mismo*».

## 2.1. Atribución *ex iure* de la nacionalidad española de origen al menor de edad adoptado

Según ESPINAR VICENTE<sup>446</sup>, «(...) *una vez que la adopción se ha consumado en los términos que establece el derecho español, el adoptado adquiere por ese mismo hecho la nacionalidad española de origen; se extingue la relación privada internacional y nace una relación de filiación de derecho interno*». Pero la cuestión es ¿qué quiere decir este autor cuando hace referencia a que «*la adopción se ha consumado en los términos que establece el derecho español*»? En mi opinión, hay que diferenciar dos supuestos: que la adopción se haya constituido por la autoridad extranjera o por el Juez ó Cónsul español.

En el primero de los supuestos planteados (adopción constituida ante la autoridad extranjera), ¿ha de entenderse que para que al menor extranjero se le atribuya la nacionalidad española de origen basta con la firmeza de la resolución extranjera que constituyó dicha adopción, o bien que es necesario también el reconocimiento por nuestro país de la adopción, o incluso, que es necesaria la inscripción de la misma en nuestro Registro Civil? En mi opinión, el que la resolución extranjera que constituyó la adopción devenga firme no implica la atribución al adoptado menor de dieciocho años de la nacionalidad española<sup>447</sup> por una sencilla razón: es posible que a la hora de que se inste el reconocimiento y la subsiguiente inscripción en nuestro Registro Civil, ello sea denegado (por las razones que fueren), originando que un menor que es español de origen en virtud de una adopción que nuestro Derecho no reconoce. Por ello, me parece más sensato situar el momento de la atribución de la nacionalidad española en el reconocimiento de la institución adoptiva por nuestro país<sup>448</sup>. Así, una vez que la adopción es reconocida, e independientemente de cuál sea el momento en el que se inscribe (pues aunque ambos momentos en la práctica suelen ser simultáneos puede ser que en algún caso no lo fueren), el menor adoptado pasa a ser ciudadano español. La inscripción de la adopción en el Registro no es por tanto, constitutiva de la atribución de la nacionalidad española del adoptado menor de edad, pero sí es prueba fehaciente<sup>449</sup> de que la ha adquirido automáticamente<sup>450</sup>. Los efectos de la atribución, como sostiene RUIZ

<sup>445</sup> Salomé ADROHER BIOSCA, «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 140.

<sup>446</sup> José María 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 D.G.R.N.)» en *AC*, n.º 32, 1997, p. 758.

<sup>447</sup> En contra, Patricia 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)» en *AC*, tomo I, vol. 2.º, 1998, p. 15.

<sup>448</sup> V. a favor, Julio Ignacio IGLESIAS REDONDO, «Algunas reflexiones acerca de la atribución y adquisición de la nacionalidad española por adopción» en *AC*, n.º 17, 1996, p. 392.

<sup>449</sup> V. José M.ª RUIZ HUIDOBRO, «El Derecho español de la nacionalidad» (en especial el apdo. rubricado «El Registro Civil y la prueba de la nacionalidad») en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Coord. Salomé Adroher Biosca y Pilar Charro Baena, Barcelona, 1995, pp. 128-130.

<sup>450</sup> A favor, además de varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (como por ejemplo la de 17 de julio de 1985) puede citarse, entre otros, a Jesús Díaz del Corral, *Comentario del Código Civil*, tomo I, Madrid, 1991, p. 186; José María ESPINAR VICENTE, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, 1994, pp. 65-67; Susana SALVADOR GUTIÉRREZ, *Manual práctico sobre nacionalidad*, Granada, 1996, p. 120 y ss. En contra, Cristina DE LORENZO BROTONS, «Adopciones internacionales irregulares o no reconocidas en España: situación jurídica de los menores extranjeros desplazados a España con motivo de su adopción» en *RMTAASS*, n.º 20, 1999, p. 110.

HUIDOBRO<sup>451</sup>, no se retrotraen: «(...) por razones de seguridad jurídica y estabilidad de los estados civiles».

Por el contrario, en el supuesto de que la adopción del menor extranjero se haya constituido por el Juez o el Cónsul español, nada impide considerar que el momento de constitución de la misma es aquel en el que se le atribuye al menor la nacionalidad puesto que no es necesario acudir a procedimiento de reconocimiento alguno, y todo ello sin perder de vista que tanto el Juez como el Cónsul en estos casos promueven de oficio la inscripción de la adopción constituida (aunque para la adquisición de la nacionalidad no se precisa esperar a la inscripción: basta con la firmeza de la resolución constitutiva de la adopción para poder ejercitarla)<sup>452</sup>.

En la adopción póstuma, dado que nuestro ordenamiento prevé que sus efectos se retrotraerán a la fecha en la que el adoptante prestó su consentimiento, considero que en estos casos no ha de entenderse que la adquisición de la nacionalidad española también ha de retrotraerse a dicha fecha, sino que la misma sigue las pautas generales: el menor adquirirá la nacionalidad una vez que es firme la adopción (si fue constituida por Juez o Cónsul español) o bien cuando la misma es reconocida (cuando quien la constituyó fue la competente autoridad extranjera)<sup>453</sup>.

Independientemente de cuál sea la postura que se sostenga con relación al momento exacto en el que al menor adoptado se le atribuye la nacionalidad española, el hecho es que ello sucede y que tal atribución se produce automáticamente<sup>454</sup>, lo cual tendrá virtualidad en el procedimiento de constitución de la adopción por Juez o Cónsul español en tanto en cuanto los mismos aplicarán la ley española a todo el procedimiento adoptivo para dar así cumplimiento a lo dispuesto en el art. 9.5. pfo. 1.º CC, ya que no concurre el requisito de no adquirir el adoptado en virtud de la adopción la nacionalidad española (puesto que sí la adquiere según lo previsto por el art. 19.1 CC).

A efectos puramente prácticos, he de tratar un problema que se plantea con bastante frecuencia. Si uno de los adoptantes es español y el reconocimiento e inscripción de la adopción (una vez reconocida) se lleva a cabo en un Registro consular<sup>455</sup>, hay que entender (de acuerdo con el art. 17 CC) que el adoptado desde ese mismo momento es español, por lo que le es expedido el correspondiente pasaporte español con el que sale de su país de origen y entra en España. El problema surge cuando la inscripción de la adopción se lleva a cabo en el RCC, puesto que el menor entra en España como extranjero. Hay que distinguir dos supuestos diferentes: a) Que uno de los adoptantes (o ambos) sea español o comunitario. En este caso, se aplica el Reglamento de comunitarios (RD 766/1992, de 26 de junio). Concretamente, en su art. 2 se prevé que solamente serán beneficiarios de la reagrupación familiar los adoptados antes de entrar en España. b) Cuando el adoptante (o ambos) sea extranjero no comunitario, debe aplicarse la legislación de extranjería, concretamente el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000,

<sup>451</sup> José M.ª RUIZ HUIDOBRO, «El Derecho español de la nacionalidad» en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Coord. Salomé Adroher Biosca y Pilar Charro Baena, Barcelona, 1995, p. 140.

<sup>452</sup> V. Jacinto GIL MARTÍNEZ, «Comentario al art. 19 del CC» en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 1.º, Coords. Joaquín RAMS ALBESA y Rosa M.ª MORENO FLÓREZ, Barcelona, 2000, p. 73.

<sup>453</sup> V. Jacinto GIL MARTÍNEZ, «Comentario al art. 19 del CC» en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 1.º, Coords. Joaquín RAMS ALBESA y Rosa M.ª MORENO FLÓREZ, Barcelona, 2000, p. 71.

<sup>454</sup> Algunos autores se han cuestionado la conveniencia o no de esta atribución automática porque prescinde de la voluntad de los adoptados. V. Julio Ignacio IGLESIAS REDONDO, «Algunas reflexiones acerca de la atribución y adquisición de la nacionalidad española por adopción» en *AC*, n.º 17, 1996, p. 389; Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Madrid, 2000, p. 105.

<sup>455</sup> Si ello no fuera así, puesto que se pospone el reconocimiento e inscripción de la adopción al momento de la llegada a España, se expediría en el pasaporte extranjero del menor un visado de residencia «por otras causas», para cuya concesión el Cónsul únicamente tendrá en cuenta si se han cumplido los requisitos de forma, eludiendo entrar en el fondo de la cuestión (cosa que sí haría en el supuesto de que se instara el reconocimiento de la adopción ante él).

de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (aprobado por el RD 864/2001, de 20 de julio).

Este análisis revela que están regulados todos los supuestos excepto el de los españoles o comunitarios que traen un menor a España como sus representantes legales para llevar a cabo una futura adopción en nuestro país ante el Juez español. Esta laguna legal hace caso omiso al mandato del CHAI, que en su art. 18 prevé que los Estados parte (y España lo es tras haber ratificado dicho Convenio) tomarán las medidas necesarias tanto para que el menor reciba la autorización de salida del país de origen como para que reciba la de entrada y residencia en el país de recepción. En definitiva, lo que hay que tener claro es que una vez que se ha constituido la adopción, el menor adoptado deberá tener garantizada una nacionalidad<sup>456</sup>.

## 2.2. La adquisición de la nacionalidad española: el derecho de opción del adoptado mayor de edad extranjero

Dado que la mayoría de las adopciones que se constituyen tienen como adoptandos a menores de edad, estadísticamente serán menos los casos en los que el régimen de opción a la nacionalidad española previsto en el art. 19.2 CC se aplique<sup>457</sup>. El fundamento del precepto se encuentra en última instancia en evitar posibles situaciones de apatridia que derivarían de la pérdida de la nacionalidad de origen del adoptado mayor de dieciocho años cuando su ley nacional así lo establezca<sup>458</sup>. La literalidad de este precepto ofrece mayores dudas interpretativas que en su primer apartado, si bien no en lo que se refiere al ejercicio de este derecho del adoptado (no siendo objeto del presente trabajo estudiar las particularidades con las que pueda contar)<sup>459</sup>, sino en lo relativo a otro aspecto<sup>460</sup>.

El segundo apartado del art. 19 CC al afirmar que el adoptado mayor de dieciocho años cuenta con dos años para poder ejercitar su derecho de opción a la nacionalidad española<sup>461</sup>, plantea la duda de cuál sea el inicio del cómputo de dicho plazo al puntualizar que el mismo empezará a contar «a partir de la constitución de la adopción». La referencia al inicio del cómputo tiene una redacción diferente en el primer apartado de este precepto, donde se sostiene que «desde la adopción» adquirirá automáticamente la nacionalidad española de origen el menor extranjero. Al introducir en este segundo epígrafe el legislador la palabra «constitución (de la adopción)» parece que impide hacer una interpretación paralela a la que expuesta con anterioridad para el caso del menor de edad (o sea, entender que la adquisición se produce desde el reconocimiento de la adopción y no desde

<sup>456</sup> Esta idea se halla expresamente recogida en las *Directrices para procedimientos de adopción internacional* (concretamente en la directriz 7.3) del Servicio Social Internacional y el Centro de Adopción de Suecia, Ginebra, 1993.

<sup>457</sup> V. Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, «Un primer apunte sobre la última reforma del Código Civil en materia de nacionalidad (Ley 18/1990, de 17 de diciembre)» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, p. 742. V. la R.D.G.R.N. de 4 de octubre de 1996, sobre la adopción de un mayor de edad brasileño.

<sup>458</sup> José M.<sup>a</sup> RUIZ HUIDOBRO, «El Derecho español de la nacionalidad» en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Coord. Salomé Adroher Biosca y Pilar Charro Baena, Barcelona, 1995, pp. 145-46.

<sup>459</sup> Para poder ejercer este derecho el adoptado mayor de edad extranjero deberá cumplir lo preceptuado en el art. 20 c. y 23 CC. V., por todos, José Manuel LETE DEL RÍO, «Comentario al artículo 20 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercoitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1993, pp. 720-734; Luis-Vidal DE MARTÍN SANZ, «Nacionalidad» en VVAA, *Extranjería, asilo y nacionalidad*, Coord. Fernando Oliván López, Universidad Complutense, Madrid, 2000, en especial, pp. 265-268.

<sup>460</sup> V. también el interesante problema que a este respecto se plantea José María ESPINAR VICENTE, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, 1994, pp. 92-97.

<sup>461</sup> V., con relación al ejercicio del derecho de opción, Susana SALVADOR GUTIÉRREZ, *Manual práctico sobre nacionalidad*, Granada, 1996, pp. 133-149; Jacinto GIL MARTÍNEZ, «Comentario al art. 19 del CC» en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 1.º, Coords. Joaquín Rams Albesa y Rosa M.<sup>a</sup> Moreno Flórez, Barcelona, 2000, pp. 74-77.

la firmeza de la resolución que la constituye), por lo que debe interpretarse que dicho plazo comienza a correr desde ese momento y no con posterioridad. En mi opinión, tal interpretación (a pesar de que, repito, la considero la más adecuada al tenor literal del precepto), no es correcta por varias razones. En primer lugar, por los mismos argumentos esgrimidos para sostener el momento del reconocimiento como el de adquisición de la nacionalidad española por parte del menor de edad. En segundo lugar, porque el partir de que el plazo de dos años comienza a contar desde el momento de la firmeza de la resolución judicial que constituye la adopción limita al adoptado el tiempo real que dispone para optar a la nacionalidad puesto que qué duda cabe que el primer paso que dará un adoptado mayor de edad que desee ejercitar este derecho a opción que le concede la ley española, será instar el reconocimiento y la inscripción de su vínculo adoptivo. Además, ¿se concedería la nacionalidad española a un mayor de edad adoptado que ejercitara este derecho sin haber previamente instado el reconocimiento de la adopción realizada en el extranjero? Obviamente no, por lo que es más beneficioso para el adoptado mayor de edad considerar que dicho plazo comienza a contar desde el momento del reconocimiento de dicha adopción. Ello es trascendente en la medida en que el mismo es de caducidad, entendiéndose aplicable el art. 20 2 d. CC en este punto<sup>462</sup>.

Por otro lado, se pueden generar dudas con relación a cuál es el momento de adquisición de la nacionalidad española de origen del adoptado mayor de edad que ejercita su derecho a optar por ella en los términos legalmente establecidos. Pudiera entenderse que el adoptado adquiere la nacionalidad retroactivamente al momento de constitución de la adopción, o bien que la adquiere una vez que concluye exitosamente el procedimiento por el que ejercita su derecho a optar por la nacionalidad española. En mi opinión, LALAGUNA DOMÍNGUEZ<sup>463</sup> tiene razón cuando afirma que: «(...) precisamente por el carácter voluntario de la opción, se ha de tener en cuenta la libertad del optante, cuyo propósito de adquirir voluntariamente la nacionalidad española se define, dentro del plazo de dos años de ejercicio de la opción, en el momento en que el interesado formula su declaración».

### 2.3. Problemas de apatridia: el art. 9.10 CC

Puede darse el caso de que a raíz de la constitución de la adopción extranjera, el adoptado pierda su nacionalidad puesto que la legislación de su país de origen prevé que adquiera la de su adoptante extranjero. En el caso de España el menor de dieciocho años adquiere automáticamente la nacionalidad española una vez que es reconocida la adopción por nuestro país, y que el mayor de dieciocho años tiene derecho a optar por la misma en un periodo de dos años. En ambos casos pueden producirse problemas de apatridia, es decir, de carencia de nacionalidad, ya que tanto el menor que perdió su nacionalidad como consecuencia de la adopción y no ha adquirido la española, como el adoptado mayor de dieciocho años que todavía no ha optado por la nacionalidad española, pueden no tener nacionalidad.

Antes de que ambos adoptados lleguen a España habrá que estar a la legislación vigente en el país extranjero en el que residan, pues el ordenamiento español nada prevé en este punto. Pero una vez que ingresan en nuestro país, es de aplicación lo previsto en el art. 9.10 CC que establece:

*«Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual.»*

<sup>462</sup> V. José MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Barcelona, 2000, pp. 225-226.

<sup>463</sup> Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Comentario al artículo 19 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1993, p. 719. A favor, José Manuel LETE DEL RÍO, «Comentario al artículo 20 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1993, pp. 720-734 (en especial, p. 722).

Como he apuntado, al menos por lo que respecta al menor adoptado<sup>464</sup>, hay que considerar, con carácter general, como beneficioso para la protección de su interés general entender que el mismo reside habitualmente en nuestro país, y ello a pesar de que haga, tal vez, pocos días que ha llegado al mismo (salvo en el supuesto de que dicho menor haya sido trasladado expresamente para ser adoptado aquí). La consecuencia directa es que le será aplicable la ley española.

## SECCIÓN QUINTA: EXTINCIÓN Y NULIDAD DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES

En España, como en muchos otros países<sup>465</sup>, tanto las adopciones nacionales como las internacionales son irrevocables, lo cual implica que una vez constituida no existe posibilidad de dejarla sin efectos por voluntad de los adoptantes, del adoptado ni de cualquier otra persona. Ello no podía ser de otra manera en tanto en cuanto la adopción en nuestro país se constituye mediante resolución judicial y no por la voluntad de las partes<sup>466</sup>. Se intenta conseguir por esta vía la total equiparación de la institución a la paternidad biológica, de la que materialmente es imposible rectificar una vez nacido el niño. En este sentido se pronuncia el art. 180.I CC cuando establece tajantemente que la adopción es irrevocable<sup>467</sup>. Este precepto fue introducido en la reforma operada en nuestro Código Civil por la Ley 21/1987, que además procedió a suprimir ciertos supuestos en los que se permitía solicitar la extinción de la adopción<sup>468</sup>. Ya se ha tenido ocasión de analizar, por lo que a las adopciones internacionales se refiere, las repercusiones que tiene para nuestro Derecho que el ordenamiento extranjero conceda o reconozca un derecho de revocación de la adopción, por lo que huelga volver a incidir en ese aspecto. Pero, por otra parte, se plantean otros interrogantes (con independencia de que la adopción sea nacional o internacional): si la adopción genera entre adoptado y adoptante una relación de filiación idéntica a la establecida por la filiación biológica, con las salvedades vistas, nada obstaría en principio a que el adoptante pueda abandonar al menor, procediendo a «entregar al adoptado en adopción», y eludir de esta manera la imposibilidad que tiene de extinguir la filiación adoptiva por otra vía. Tal posibilidad es perfectamente factible en la práctica porque nada impide que un menor pueda ser dado en adopción cualquiera que sea la edad que tenga<sup>469</sup>. En un supuesto como el planteado, la adopción anteriormente reali-

<sup>464</sup> Por lo que respecta al mayor de edad, también soy partidaria de optar por esta interpretación amplia de lo que debe entenderse por residencia habitual, haciendo en este caso énfasis en la voluntad de permanencia futura en nuestro país que pueda denotar el interesado en cuestión.

<sup>465</sup> A modo de ejemplo puede citarse el art. 359 del Código Civil francés de 11 de julio de 1966 (referido a la adopción plena).

<sup>466</sup> Es por ello por lo que, con razón, PARRA LUCÁN califica la expresión de «irrevocable» como de «poco afortunada». V. M.<sup>a</sup> Ángeles PARRA LUCÁN, *Orientaciones actuales del estado civil*, Barcelona, 1993, p. 150.

<sup>467</sup> Según MARCO MOLINA hubiera sido más correcto terminológicamente hablando que el legislador hubiera establecido que «la adopción es inextinguible», puesto que «(...) del mismo modo que el consentimiento de los afectados no basta para constituirla, tampoco basta para extinguirla, siendo entonces igualmente precisa a esos efectos una resolución judicial». V. Juana MARCO MOLINA, «Los efectos y la extinción de la adopción» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 204. Particularmente yo discrepo de esta opinión por cuanto no es posible ser tan tajante ya que existen varios supuestos previstos expresamente en el CC, y que analizaré a continuación, en que la adopción puede extinguirse, pese a la tendencia generalizada de estabilidad y permanencia que lleva implícita esta institución jurídica.

<sup>468</sup> V. Ángel CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 180 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Coord. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1993, pp. 208-246.

<sup>469</sup> No podría, sin embargo, darse en adopción al menor emancipado por cuanto éste ya no se encuentra bajo la patria potestad de sus padres.

zada se extinguiría, pero nunca desde su constitución, sino desde el momento en que el menor es entregado en adopción nuevamente con la renuncia del adoptante al ejercicio de la patria potestad. Se trataría del inicio de un nuevo procedimiento adoptivo, en el que los primeros padres adoptivos tendrán los mismos derechos y deberes que nuestro ordenamiento reconoce a estos efectos a los padres biológicos. En la práctica, aunque pocos, existen casos en los que el adoptante se dirige al organismo competente de su CA para «devolver» al menor<sup>470</sup>, alegando los argumentos más variopintos. En los casos de adopciones internacionales, el índice aumenta básicamente por problemas de integración y adaptación, y por otros de diversa índole<sup>471</sup>, por lo que debo aquí volver a hacer hincapié en la necesidad de que se instituya administrativamente un sistema de postadopción que asesore a las familias para que la integración del adoptado en su nuevo entorno sea un éxito.

También es posible, al menos hipotéticamente, que el adoptante incumpla voluntaria y conscientemente sus deberes tuitivos para conseguir de esta manera la extinción de la adopción. Ante un supuesto de este tipo habría que acudir a la exclusión del adoptante que se encuentra expresamente prevista en el CC. La existencia de mala fe en el adoptante no impedirá que consiga su propósito: dejar de tener al menor, hijo suyo ante la ley, bajo su potestad, iniciándose de nuevo un proceso de adopción (si se dan las circunstancias para que ello suceda). Hallándose el menor en situación de desamparo, deberá velarse por su interés superior que en la mayoría de los casos desembocará en la oportunidad de constituir a su favor una nueva adopción.

Lo cierto es que, pese a admitir el enorme perjuicio que puede suponer para el menor volver a «soportar» los trámites de una nueva adopción, probablemente el daño sea inferior que el que se le pueda ocasionar si permanece bajo la tutela de ese adoptante que no lo desea como hijo. Además, también hay que ser realista. Es posible que existan casos en que, pese a poner el adoptante toda su voluntad por facilitar la adaptación del menor en su nueva vida, ésta sea muy difícil (piénsese, por ejemplo, en el supuesto de menores adolescentes que rechazan su nueva familia), a pesar de que suele ser habitual que las autoridades públicas pongan en marcha mecanismos para solventar el problema (tales como la mediación familiar y la psicoterapia). Sólo una vez que han fracasado estos intentos de facilitar la integración entre adoptante y adoptado, puede tomarse la decisión de internar al menor en un centro de acogida (sin que pueda considerarse en ningún caso que el adoptante ha podido incurrir en responsabilidad debido a que el menor se haya encontrado en situación de desamparo o riesgo, puesto que éste pasará directamente de la tutela del adoptante a la de la Administración).

## I. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR NATURALEZA DEL ADOPTADO

El art. 180.4 CC sostiene que:

*«La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.»*

<sup>470</sup> No es posible usar con propiedad jurídicamente hablando el término «devolución» puesto que adoptado y adoptante están, una vez constituida la adopción, unidos por un vínculo de filiación de la misma entidad que el existente entre padres e hijos biológicos. Lo correcto sería hablar de abandono (en el sentido de que quieren dar a su hijo en adopción).

<sup>471</sup> Pilar CERNUDA y Margarita SÁENZ-DIEZ, «Las “devoluciones” son, de hecho, un nuevo abandono» en *Los hijos más deseados*, Madrid, 1999, pp. 165-175. V. Martine AUDUSSEAU-POUCHARD, «Los posibles fracasos de la adopción» en *Adoptar un hijo hoy*, Barcelona, 1997, pp. 246-249, centra los motivos del fracaso en tres cuestiones: la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, el error de vocación y los errores de educación.

Este precepto proviene de la redacción dada a nuestro CC por la Ley de 24 de abril de 1958 y se enmarca en un sistema en el que, al estar los hijos extramatrimoniales discriminados, eran frecuentemente adoptados por sus progenitores para de esta manera legitimarlos. Por ello, tal y como sostiene SERRANO GARCÍA<sup>472</sup>, a lo que está haciendo referencia este artículo en la actualidad es a la posibilidad de que se produzca un reconocimiento de la filiación biológica<sup>473</sup> posterior a la adopción, o bien al supuesto de que dicho reconocimiento venga recogido en una sentencia dictada en causa criminal, tras la constitución de la adopción<sup>474</sup>. Parece evidente, por tanto, que hace alusión a la adopción ya constituida y no a aquella que no lo ha sido. Por eso ambos supuestos pueden ser deslindados: por un lado, que la determinación de la filiación por naturaleza del adoptado se produzca con anterioridad a la constitución de la adopción y, por otro, que la misma sobrevenga una vez constituido el vínculo adoptivo.

### 1.1. Filiación determinada con anterioridad a la constitución de la adopción

Es evidente que si no han comenzado los trámites para adoptar al menor o bien si los mismos se encuentren en una fase inicial, los efectos que puede tener la determinación de la filiación del menor no son otros que los que hubiera tenido si ésta ya hubiera estado determinada. Es conveniente destacar la posibilidad de que la constitución de una adopción que en principio no contaba con mayores obstáculos se vea definitivamente imposibilitada debido a incurrir el adoptante en una de las prohibiciones establecidas por la ley para poder adoptar. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a los supuestos en los que el adoptando resulta ser realmente hijo del adoptante o de cualquier otro parentesco de los que da lugar a prohibición.

Por lo que respecta a las adopciones internacionales habrá que estar a lo que disponga la legislación extranjera al respecto, que probablemente establecerá la imposibilidad de continuar con los trámites hasta tanto el progenitor que acaba de ser determinado se pronuncie sobre lo que desea hacer con el menor.

### 1.2. Filiación determinada una vez constituida la adopción: el problema de que coincidan filiación adoptiva y filiación biológica

La adopción constituida según lo previsto en el art. 180.4 CC, no se verá en modo alguna afectada por la determinación de la filiación natural del ya adoptado. Con carácter general (tanto en

---

<sup>472</sup> Ignacio SERRANO GARCÍA, «La adopción según las leyes 21/1987 de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero» en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, pp. 55-56 y p. 104.

<sup>473</sup> V., con carácter general sobre el reconocimiento, M.<sup>a</sup> Susana QUICIOS MOLINA, *Determinación de la filiación matrimonial por reconocimiento*, Biblioteca de Derecho Privado, n.º 84, Barcelona, 1997.

<sup>474</sup> No hay que olvidar que también podría operar una determinación de la filiación por naturaleza desde el punto de vista civil, es decir, mediante una sentencia que culmine un procedimiento iniciado por el propio adoptado que, junto con sus progenitores, son los únicos legitimados para reclamar la filiación. En estas situaciones difícilmente podrán los progenitores instar el procedimiento de reclamación de la filiación, pues como afirma GARRIGA GORINA, parece difícil que los progenitores del adoptado sean sus representantes legales o que tengan la posesión de estado de padres. V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 40. También hay que plantear la posibilidad de que la determinación de la filiación por naturaleza surja como consecuencia del reconocimiento testamentario, apuntando que tras la modificación operada en el art. 188 RRC por el RD 1917/1986, de 29 de agosto, dicho reconocimiento únicamente tiene eficacia en vida del testador, siempre que medie la aprobación judicial o el consentimiento del representante legal del reconocido. Por último, he de afirmar que es indiferente cuál sea el origen de esa determinación de la filiación por naturaleza del adoptado.

las adopciones nacionales como en las internacionales), dicha determinación producirá los efectos que le son propios con normalidad<sup>475</sup>, incluso se inscribirá en el Registro Civil (debiendo hacerse constar en el mismo asiento que tal inscripción no influye para nada en la adopción constituida)<sup>476</sup>. En principio, no hay inconveniente para que tenga acceso al Registro, ya que como sostiene la D.G.R.N. en la Resolución de 17 de julio de 1991, «(...) para que después de constituida e inscrita una adopción plena (...) la posterior determinación de la filiación por naturaleza del adoptado tenga acceso al Registro Civil, puesto que la adopción queda incólume, el propio asiento habrá de reflejar que la adopción no se ve afectada (art. 180.4.º CC) y no dejan de existir ciertos efectos residuales entre el adoptado y su familia por naturaleza (arts. 47 y 178.3 CC). Por lo tanto, no hay incompatibilidad entre la filiación adoptiva y la paterna por naturaleza, de modo que no entran en juego ni el art. 50 LRC ni el art. 113.11 CC».

Realmente, como sostiene MORENO FLÓREZ<sup>477</sup>, para que en un supuesto de este tipo «(...) el Juez declare extinguida la adopción han de concurrir, cumulativamente, los requisitos de solicitud del padre o la madre que no hubieran intervenido en el expediente, que no haya transcurrido el plazo de dos años —de caducidad— desde que la adopción quedó formal y válidamente constituida y la falta de perjuicio grave para el adoptado, requisito éste último que será (...) de libre apreciación por el Juez (...)».

Pero esta regla general tiene una excepción: que el adoptado resulte ser hijo biológico del adoptante. En este caso, la doctrina considera que la adopción perdería su sentido, toda vez que implica dualidad de filiación, al coincidir la adoptiva y la biológica en las mismas personas<sup>478</sup>.

Otro problema lo constituyen los casos en los que el progenitor biológico solicita la entrega del menor como hijo. El ordenamiento español nada dice al respecto. La doctrina mayoritaria sostiene que el progenitor que con posterioridad a la adopción reconoce la filiación (ya sea voluntariamente ya porque así lo ha recogido una sentencia judicial), está legitimado para iniciar un procedimiento para que el adoptado le sea entregado como hijo. La cuestión no deja de ser polémica. PÉREZ ÁLVAREZ<sup>479</sup>, defensor de la postura minoritaria, considera que interpretando conjuntamente el art. 180. 2 y 4 CC no se puede llegar a otra conclusión que la de afirmar que no va a poder solicitar la extinción de la adopción el progenitor cuya maternidad o paternidad respecto del adoptado hubiera sido determinada con posterioridad a la constitución de la adopción. No cabe, por tanto, para este autor, el ejercicio de la acción de extinción por la omisión de trámites cuando la constitución de la adopción precediera a la determinación de la filiación por naturaleza.

Piénsese en el supuesto (que probablemente será el más frecuente en la práctica en el que se pueda producir una situación como la aquí analizada), en el que un padre<sup>480</sup> se entera, tras haberse constituido la adopción, que ese menor adoptado era realmente su hijo, cosa que desconocía hasta ese momento, y debido a tal circunstancia se encontraba imposibilitado con anterioridad para cuidar de su hijo ejerciendo la patria potestad. Además, nunca fue citado en el proceso de adopción al desconocerse su identidad ante la negativa de la madre a comunicarla. En este caso, dado que la adopción ya se ha constituido, ¿qué sucederá? Según lo analizado hasta el momen-

<sup>475</sup> Al tratarse de un adoptado, los efectos que producirá serán básicamente los relativos a los impedimentos matrimoniales que ostentará para con su familia biológica. Habrá, en definitiva, que poner en relación esta materia con los escasos lazos que siguen uniendo al adoptado a su familia biológica.

<sup>476</sup> V. las R.D.G.R.N. de 28 de septiembre de 1995 y de 13 de marzo de 1998, entre otras.

<sup>477</sup> Rosa M.ª MORENO FLÓREZ, «Comentario al art. 180 CC» en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, tomo II, vol. 2.º, Coords.: Joaquín Rams Albesa y Rosa M.ª Moreno Flórez, Barcelona, 2000, p. 1620.

<sup>478</sup> Pero el renacimiento de la filiación biológica no es automático. Es preciso que se solicite esa recuperación.

<sup>479</sup> V. Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, pp. 199-200.

<sup>480</sup> Un caso semejante no puede ocurrirle a una mujer, puesto que ésta necesariamente debe haber prestado su asentimiento o abandonado a su hijo tras el parto, salvo que el menor le hubiera sido sustraído o lo hubiera «perdido» tras su nacimiento.

to, la opinión de la doctrina mayoritaria sostiene que se le ha de reconocer a este padre la legitimación necesaria para reclamar judicialmente la filiación. Para estos autores, por tanto, prima el derecho del progenitor a reclamar su filiación al derecho de los padres adoptivos a mantener a su hijo en tal condición. Respecto a esta primacía de derechos la postura es menos polémica, puesto que puede afirmarse que ambas partes se hallan en un mismo plano y que una de ellas se ha visto imposibilitada para ejercer sus derechos. Pero, ¿qué sucede con los derechos del menor? El principio de primacía del interés superior del menor, no debe aplicarse únicamente durante la tramitación de la constitución de la adopción sino en todo momento (por el mismo hecho de ser menor) e independientemente de la institución jurídica que se vaya a utilizar. La solución a este problema pudiera no ser salomónica (es decir, concederle a ese padre el derecho a reclamar la filiación o no concedérselo), pudiéndose plantear, a mi juicio, esta otra alternativa: concederle el derecho a reclamar la filiación y que en el proceso el Juez dilucide lo que es, en el caso concreto, lo mejor para proteger el interés superior del menor (es decir, si le compensa o no a ese menor salir del ámbito familiar en el que se había integrado para iniciar una vida con su progenitor natural). Con tal finalidad, el Juez atenderá a criterios que difícilmente son susceptibles, en mi opinión, de ser exhaustivamente recogidos en una norma legal puesto que dependerán de cada caso concreto, pero que, en definitiva, podrían ser los siguientes: análisis del tiempo que lleva la adopción constituida; adaptación del menor a su nueva familia; oír al menor para conocer su opinión (si ello fuera posible) y en todo caso si fuera mayor de doce años; situación (laboral, emocional) del progenitor que reclama su filiación; etc. Quedaría, por tanto, en manos del Juez el proceder de una manera u otra, pero no sería la ley la que abriera o cerrara la puerta de esta posibilidad, puesto que tanto en uno como otro caso se podrían producir situaciones ciertamente injustas.

PÉREZ ÁLVAREZ<sup>481</sup>, cuando se plantea esta posibilidad, explica cómo si bien en la fase constitutiva de la adopción el Juez va a tener en cuenta únicamente el interés superior del menor, en el caso de que se planteara la extinción del vínculo adoptivo por reconocimiento de la filiación de uno de los progenitores biológicos del adoptado, la autoridad judicial va a ver limitada su discrecionalidad para decidir, puesto que en todo caso va a tener que acceder a la solicitud de extinción con la única excepción de que se ocasionara un perjuicio grave para el menor. Es aquí donde está, a mi modo de ver el *quid* de la cuestión ya que si ello no fuera así, es decir, si el Juez se viera «obligado» a extinguir la adopción siempre, podría llegarse a obviar el interés del menor. Como ya he puesto de manifiesto, coincido con PÉREZ ÁLVAREZ, puesto que la solución pasa necesariamente por considerar que el Juez puede y debe ponderar en este juicio como interés prioritario el del menor, considerándolo preferente al del progenitor natural y al de los adoptantes y decidir en consecuencia. Puede achacarse a esta solución el ser un camino prácticamente inviable para el progenitor que intenta hacer valer sus derechos, puesto que a nadie se le escapa que en la práctica serán pocos los casos en los que no suponga grave perjuicio para el menor separarlo de su familia adoptiva. Puede pensarse que ello únicamente no sucedería en los supuestos en los que el menor es muy pequeño o en aquellos en los que la adopción ha sido constituida desde hace poco tiempo, o bien, cuando el menor no se ha adaptado a la familia adoptiva<sup>482</sup>.

<sup>481</sup> V. Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, p. 200.

<sup>482</sup> No obstante, en nuestra jurisprudencia ya se han dado casos en los que se ha devuelto un menor a sus padres biológicos tras haber pasado muchos años desde que se constituyó la adopción (o la situación de guarda de hecho sobre el mismo u otra institución de protección de menores). V. María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)» en *DPC*, n.º 13, 1999, pp. 77-79, donde la autora presenta dos casos concretos en los que el alto Tribunal resolvió restituir a los padres biológicos a sus hijos tras haber pasado más de ocho años sin ellos. V. la STS de 21 de septiembre de 1999 y la STS de 20 de mayo de 1997.

Por otro lado, si lo que resulta de esa determinación de la filiación *post adopcione* es una relación de parentesco que no sea la de hijo entre el adoptante y adoptado, la doctrina se ha venido pronunciando en el sentido de estimar como más conveniente para el menor el mantenimiento de la adopción<sup>483</sup>. Si se toma esta solución como verdadera, se plantea la gran diferencia práctica existente en cuál sea el momento exacto en que se produzca la determinación de la filiación por naturaleza, puesto que mientras que la adopción no podrá ser constituida si el adoptante resulta ser uno de los parientes a los que nuestro ordenamiento tiene vetada la adopción, por el contrario, si la determinación se produce tras la adopción, ésta pervivirá (salvo en el caso de que el adoptado resulte ser hijo biológico del adoptante) en beneficio del menor.

La problemática analizada alcanza más virtualidad, si cabe, en la vertiente internacional de la institución adoptiva puesto que ¿qué sucede en los casos en los que de acuerdo con el Derecho extranjero se determina la filiación natural una vez que el menor ha sido adoptado por adoptante español? En la mayoría de los supuestos en que esto ocurre la adopción que ya ha sido reconocida e inscrita en nuestro Registro Civil y por ende con plena eficacia en España. El *quid* de la cuestión está, en mi opinión, en bilateralizar a estos efectos lo dispuesto en el art. 180.4 CC así como en el valor que se le dé al principio del interés superior del menor: aunque la reclamación del menor (ya español) se haga de país a país (es decir, que su país de origen le reclame a España), considero que nuestras autoridades deberán negarse a la entrega del mismo, en tanto en cuanto se encuentra unido por un vínculo de filiación (totalmente válido para nuestro Derecho) a un ciudadano español.

## II. LA EXTINCIÓN DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES

En España la institución adoptiva no puede extinguirse por la simple voluntad del adoptante o del adoptado, ni por el fallecimiento de cualquiera de los dos, de la misma manera que sucede con la filiación biológica<sup>484</sup>. En algunos supuestos puede que se lleve a cabo una nueva adopción, en cuyo caso, se extinguirá la primera<sup>485</sup>. No hay que olvidar que una vez más juega aquí un importante papel el principio del interés del menor, el *favor minoris*<sup>486</sup>.

Se ha aludido ya en alguna ocasión a la fase de seguimiento del menor una vez que concluye la adopción. El objetivo último del seguimiento del menor adoptado es precisamente asegurar que el interés superior del mismo ha quedado efectivamente garantizado con la constitución de la institución adoptiva. Obviamente, dadas las características de la situación analizada donde entran en juego múltiples factores (culturales, emocionales, etc.), y dejando a un lado el caso de los recién nacidos, la adaptación no se producirá normalmente de manera inmediata sino que llevará un tiempo que es imposible predecir. En cualquier caso, es posible, que por mucha voluntad que pongan los padres adoptivos en cumplir adecuadamente sus funciones y en facilitar al menor la integra-

<sup>483</sup> V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 41 (y nota al pie n.º 32).

<sup>484</sup> Ello no sucede ni siquiera en los supuestos en los que el hijo adoptivo atente contra la persona, bienes u honor del adoptante. En estos supuestos, lo que puede hacer el adoptante es desheredarlo. Tampoco tendrá relevancia alguna un posible acuerdo entre adoptante y adoptado en tal sentido, o entre éstos y los padres biológicos del adoptado. Esto es lo que quiere decir, en definitiva, que la adopción es irrevocable.

<sup>485</sup> En este sentido se expresa el art. 175.4. 2.º inciso CC: «*En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el art. 179 CC, es posible una nueva adopción del adoptado*». Se trataría de supuestos de «adopciones sucesivas».

<sup>486</sup> V. un supuesto en el que por no enervar el principio del interés superior del menor deben ceder obligatoriamente los demás intereses concurrentes en el estudio de Francisco LLEDÓ YAGÜE, «Sobre nulidad de adopción plena (Sentencia de 18 de marzo de 1987)» en *ADC*, tomo 41, fasc. 1, enero-marzo de 1988, pp. 351-359.

ción a su nuevo ambiente<sup>487</sup>, ello no desemboque en una adaptación exitosa. Incluso, es probable que en casos como el planteado, el interés superior del menor pase por dejar de vivir con los adoptantes. Para éstos, la situación es altamente dolorosa: habían puesto grandes esperanzas en la llegada a sus vidas de ese nuevo hijo, a lo que hay que añadir el tiempo de espera, el dinero invertido, etc. El fracaso de la adaptación del menor a su nuevo entorno puede derivar en sentimientos de culpa personales. Pero dejando de lado el plano psicológico, ¿jurídicamente qué sucede en estos casos? En la práctica, es posible que tras un periodo de convivencia prudencial en el que no se logren los objetivos previsibles, los padres insten de la Administración la constitución de una medida de guarda<sup>488</sup> con carácter urgente y consecuentemente, el ingreso del menor en un centro residencial de menores<sup>489</sup>. Ello, en mi opinión, es lo primero que hay que hacer (una vez constatada por los servicios públicos pertinentes la efectiva inadaptación del menor así como que la magnitud de los problemas familiares aconseja la adopción de tal medida), dado que el menor no se encuentra en desamparo. De esta manera se posibilitará, la salida del menor del entorno familiar y se proporcionará a ambas partes (menor y padres adoptivos, sobre todo a estos últimos) un tiempo para reflexionar sobre la situación. Es en este ámbito donde destaca especialmente la importancia de la labor de apoyo a los adoptantes y al adoptado que llevan a cabo los servicios correspondientes de la Administración Pública. Éstos deberán trabajar coordinadamente con la familia y con el menor para tratar de mejorar las relaciones entre ambos, dado que la prioridad que en todo momento se persigue es la reintegración del menor con la familia adoptiva por considerarla, en principio (y salvo que se demuestre lo contrario) como la medida más garantista del interés superior del menor de cuantas puedan tomarse. Aquí hay que hacerse eco de otra reivindicación de las familias adoptivas: que se instaure un «servicio de postadopción» en las CCAA que ayude al éxito de la integración. Lógicamente, no basta la supervisión del proceso preadoptivo y el de constitución de la adopción: la ayuda y asesoramiento a la familia y demás miembros de la comunidad en la que se ha integrado al menor durante el periodo postadoptivo es vital para que la adaptación sea plena.

Pero si los padres persisten en su idea de no querer hacerse cargo del menor, es decir, de «devolverlo»<sup>490</sup>, no queda otra solución que considerarlo en situación de abandono con el consecuente

---

<sup>487</sup> Dejaré a un lado, de momento, el supuesto que se produciría si la inadaptación del menor viene originada por un incorrecto ejercicio de los adoptantes de las funciones que le son propias al desempeño de la patria potestad. Estos casos los estudiaré cuando analice las causas (siempre excepcionales) por las que una adopción puede extinguirse.

<sup>488</sup> Con carácter general puede afirmarse que la guarda voluntaria de un menor es la llevada a cabo por el órgano competente de la Administración autonómica, a petición de los padres o tutores, cuando éstos justifiquen no poder cuidarlo al menor por circunstancias graves. Esta institución se encuentra regulada en los apdos. 2 a 5 del art. 172 CC, si bien la mayoría de las legislaciones autonómicas han dictado normas que concretan lo establecido con carácter general en el citado precepto. La guarda voluntaria tendrá carácter temporal y atenderá, en todo momento, a la reintegración del menor en su familia de origen. Podrá exigirse a los padres o tutores de los menores cuya guarda sea asumida que contribuyan, de acuerdo con su capacidad económica, al sostenimiento de las cargas que se deriven de su cuidado y atención. Una vez asumida la guarda la entrega del menor deberá formalizarse por escrito, dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo para con él, así como de la forma de ejercicio de esta institución de protección. La guarda cesará a petición de los padres (o tutores), una vez que se haya comprobado por el órgano competente la desaparición de las causas que motivaron su asunción; o por la constitución de la tutela por ministerio de la ley cuando se verifique que no han desaparecido las circunstancias que la justificaron y que las mismas están recogidas como alguno de los supuestos en que se considera al menor en situación de desamparo. El procedimiento para la asunción de la guarda habrá de ordenarse a la comprobación de las causas graves impositivas del cuidado temporal del menor alegadas por los padres o tutores, y en el mismo habrá de ser oído el menor que hubiere cumplido doce años o tuviese suficiente juicio. Este procedimiento puede ser obviado si existen circunstancias especialmente graves que así lo aconsejan.

<sup>489</sup> Puesto que, con carácter general, no se va a considerar conveniente en estos casos optar por el acogimiento familiar sino por el residencial.

<sup>490</sup> En la CA de Madrid, por ejemplo, el promedio de «devoluciones» de menores adoptados por no poder convivir con ellos durante el año 1997 fue de uno de cada siete. V. Sonsoles RODRIGUEZ ÁLVAREZ, «La adopción internacional»

desamparo que aquel origina, debiendo la Administración Pública competente declarar formalmente tal estado. Desde luego, en el expediente correspondiente el menor habrá de ser oído siempre que sea mayor de doce años y también si fuera menor de dicha edad pero tuviera juicio suficiente. Lo que no parece factible es plantear de entrada el regreso del menor a su país de origen puesto que, tras la constitución y reconocimiento de la adopción, el menor habrá adquirido la nacionalidad española y, en muchos casos, habrá perdido la suya de origen. No obstante, queda el interrogante abierto de qué sucedería si en una situación de este tipo se pone fehacientemente de manifiesto que el interés superior del menor únicamente va a ser totalmente satisfecho si se le devuelve a su país de origen. Desde luego, no parece aconsejable rechazar en todo caso tal posibilidad, independientemente de que paralelamente se reconozca que existen muchos impedimentos que dificultan esta solución.

## 2.1. Supuestos en los que pervive la adopción pese a la extinción de la patria potestad del adoptante

### 2.1.1. Muerte del adoptante una vez constituida la adopción

Cuando el adoptante muera o se le declare fallecido se extinguirá la patria potestad (en caso de que la adopción hubiera sido individual, puesto que si lo fue conjunta pervivirá a favor del otro adoptante supérstite), pero no la adopción propiamente dicha. Subsistirán, por tanto, los demás efectos de la adopción (tales como parentesco, apellidos, derechos sucesorios). Ello no impide que ese menor (porque por ejemplo, la familia del adoptante fallecido no pueda hacerse cargo de él) vuelva a ser adoptado como permite el art. 175.4 CC: sería éste un caso de «adopción sucesiva». Lo que está claro es que si se produce una nueva adopción es porque la anterior se extingue (de la misma manera que también se extingue, como dispone el art. 169.3.º CC, la patria potestad de los padres biológicos cuando su hijo es adoptado), ya que nadie puede tener más de dos padres o familias (adoptivos o no).

### 2.1.2. La exclusión del adoptante

Es posible la exclusión del adoptante cuando éste incumpla las funciones tuitivas que le impone el art. 154 CC (los deberes dimanantes de la patria potestad), tal y como prevé el art. 179 CC si bien «(...) la declaración de desamparo o la consiguiente tutela de la entidad pública no implican la privación de la patria potestad»<sup>491</sup>. El art. 179 CC dispone que:

*«1. El Juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad, quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias.*

*2. Una vez alcanzada la plena capacidad, la exclusión sólo podrá ser pedida por el adoptado, dentro de los dos años siguientes.*

en *Estudios e investigaciones 1997*, Defensor del Menor de la CA de Madrid, Madrid, 1998, pp. 451-483 (en especial, p. 481).

<sup>491</sup> V. Pedro DE PABLO CONTRERAS, «Comentario a la STC de 18 de octubre de 1993» en CCJC, n.º 34, enero-marzo de 1994, pp. 85-86. En el mismo sentido, Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, «La privación de la patria potestad» en ArC, tomo I, 1995, pp. 51-77 (en particular p. 55).

3. *Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.»*

Esta norma es la correlativa a la prevista en el art. 170 CC para el caso de incumplimiento de estos deberes por los padres biológicos, por lo que como afirma FELIÚ REY<sup>492</sup> se está ante una manifestación vigorosa del principio *adoptio imitatur naturam*. Obviamente no todo incumplimiento genera automáticamente estas consecuencias, pues, tal y como afirma SERRANO GARCÍA<sup>493</sup>, «(...) los deberes que se incumplen o que se ejercen de modo inadecuado son los establecidos en las leyes para la guarda de los menores y estos serán: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos». La exclusión, como sostiene HERRÁN ORTIZ<sup>494</sup>, «(...) representa la privación al adoptante frente al adoptado y sus descendientes. Por el contrario, en lo que se refiere al adoptado y sus descendientes, no se produce la exclusión de ninguno de los derechos que hayan alcanzado mediante la adopción, tanto frente al adoptante como frente a los familiares de éste, ya que en todo caso habrá que considerar que la adopción subsiste». Habrá de tenerse en cuenta, eso sí, que tal suspensión únicamente ocurrirá en supuestos perfectamente justificados, porque como explica SEISDEDOS MUIÑO<sup>495</sup>, «(...) siempre que los padres estén en condiciones de cumplir, y cumplan adecuadamente —con toda la relatividad inherente a este término— las obligaciones derivadas de la patria potestad, habrá de prevalecer este derecho-deber de los padres, incluso si con ello el menor, objetivamente, sale perdiendo. Admitir lo contrario supondría vulnerar los artículos 154 a 170 del CC, entre otros, y, además, entrar en una dinámica de resultados imprevisibles». La exclusión conlleva aparejada la suspensión indefinida de la patria potestad del adoptante y de todo derecho de éste respecto al adoptado<sup>496</sup>. No obstante, está claro que la exclusión debe tener como finalidad proteger el interés superior del menor<sup>497</sup>, por lo que es unilateral: el adoptado, así como sus descendientes, conservarán sus derechos con respecto al adoptante y su familia.

También es posible que medie la exclusión sin haberse incumplido los deberes inherentes a la patria potestad. Tal situación se produciría cuando la patria potestad sea atribuida a uno sólo de los padres, por los motivos que sea<sup>498</sup>. En estos casos, está claro que la adopción no se ha extinguido pues pervive en toda su plenitud con respecto al adoptante cumplidor. Pero, en el supuesto de que tanto el único adoptante como la pareja adoptante sean excluidos de sus funciones, ¿se extingue la adopción? Obviamente no, de la misma manera que no se extingue la filiación cuando a unos padres biológicos se les priva de la patria potestad<sup>499</sup>. El adoptado seguirá perteneciendo a la fa-

<sup>492</sup> V. Manuel Ignacio FELIÚ REY, «El artículo 179 del Código Civil como manifestación de los principios de protección al menor y *adoptio imitatur naturam*» en *La Ley*, tomo II, 1989, pp. 1091-1097.

<sup>493</sup> Ignacio SERRANO GARCÍA, «Vacilaciones y dudas acerca del concepto de tutela introducido en el CC por Ley 21/1987 (arts. 172, 222 y 239)» en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, 1993, p. 2022.

<sup>494</sup> V. Ana HERRÁN ORTIZ, «De la adopción y otras formas de protección de menores» en VVAA, *Compendio de Derecho de Familia*, Madrid, 2000, p. 527.

<sup>495</sup> V. Ana SEISDEDOS MUIÑO, «Comentario a la STS de 25 de junio de 1994» en *CCJC*, n.º 36, septiembre-diciembre de 1994, pp. 1175-1182 (en particular, p. 1182).

<sup>496</sup> V. José Ángel TORRES LANA, «Comentario al artículo 179 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Coord. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1993, pp. 200-207.

<sup>497</sup> Así lo puso de manifiesto en su momento una Recomendación de 1984 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros relativa a la responsabilidad de los padres, en virtud de la cual toda decisión de las autoridades nacionales competentes acerca de la atribución o privación de la patria potestad debe tener como base el superior interés del menor.

<sup>498</sup> V. José Ramón PÉREZ OREIRO, «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» en VVAA, *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Burgos, 1999, p. 223.

<sup>499</sup> V. Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Barcelona, 1999, p. 301.

milia adoptiva (seguirá siendo nieto de los padres de los adoptantes) y seguirá siendo hijo de éstos si bien no se hallará bajo su potestad. Para que pueda afirmarse que se produce la extinción de la adopción será necesario que vuelva a realizarse otra adopción (o que se de alguno de los otros dos supuestos estudiados en este epígrafe). En el procedimiento por el que se tramita la constitución de una nueva adopción, el adoptante tendrá el mismo *status* que si fuera padre biológico, debiendo ser por lo menos oído en audiencia.

Los efectos que conlleva la exclusión del adoptante que ha incumplido sus funciones tuitivas no se hallan regulados de igual manera en la legislación autonómica de nuestras CCAA. En el derecho catalán, el legislador ha obviado la inclusión de esta posibilidad con la consecuencia de que al adoptante se le va a aplicar el régimen general y se le va a considerar como a un progenitor biológico a todos los efectos lo cual conlleva aparejadas numerosas consecuencias para el adoptado, como ha puesto de manifiesto MARCO MOLINA<sup>500</sup>.

## 2.2. La extinción de la adopción cuando fue constituida sin el asentimiento de los padres biológicos y concurren los requisitos previstos en el art. 180.2 CC

Los dos supuestos analizados anteriormente difieren del que a continuación estudiaré en el sentido de que aquí sí se produce la extinción de la adopción a instancias de los padres biológicos del menor, que (conjunta o individualmente) se erigen en los únicos legitimados para solicitar la extinción de la institución adoptiva si concurren los requisitos establecidos en el CC a tal efecto, claro está. Se trata realmente de una vertiente más del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de nuestra Norma Fundamental en tanto en cuanto el mismo engloba, además del acceso a la justicia, el derecho de audiencia de las partes.

El art. 180.2 CC establece:

*«El Juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieran intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción no perjudique gravemente al menor.»*<sup>501</sup>

La demanda de impugnación de la adopción debe ser interpuesta por ambos progenitores biológicos o bien por uno sólo de ellos, durante los dos años siguientes a la fecha del Auto que constituyó la adopción, ya que fuera de este plazo no se podrá presentar<sup>502</sup>. Deberán fundamentar la

<sup>500</sup> V. Juana MARCO MOLINA, «Los efectos y la extinción de la adopción» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, pp. 206-207, donde la autora enumera dos importantes consecuencias de esta carencia en la legislación autonómica catalana. Así, sostiene que: «a) Puesto que el adoptante aún privado o incurso en causa de privación de la patria potestad, sigue siendo padre, deberá ser por lo menos, oído (...), a la hora de constituirse una nueva adopción (...). b) Asimismo, el adoptante, puesto que legalmente sigue siendo padre, conserva derechos, incluidos los sucesorios, frente al adoptado. Ello que ya parece poco justificado en el padre biológico que desampara, resulta tanto o más intolerable en un sujeto que, además de incumplidor de sus deberes paternos, ni siquiera está ligado al hijo por vínculo biológico alguno, que es, en su última instancia, lo que justifica los derechos sucesorios legales».

<sup>501</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA sostiene que en realidad esta causa de extinción lo es de revocación. Para él este precepto recoge: «(...) una causa que eufemísticamente el legislador denomina de extinción, cuando en verdad se trata de una revocación que, a fin de no complicar en demasía el problema de por sí complejo, se ha preferido extinguir la adopción firme mediante un procedimiento ordinario, sin enviar a los interesados a un recurso de revisión, que hubiera sido lo técnicamente aceptable». Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Barcelona, 1999, p. 308.

<sup>502</sup> El plazo de dos años comienza a contar desde que adquiere firmeza la resolución constitutiva de la adopción y no desde que los padres biológicos se enteraron o tuvieron ocasión de enterarse. Por tanto, puede afirmarse que transcurridos esos dos años, pese a que existan razones importantes que pudieran haber extinguido la adopción y que realmente

acción de impugnación alegando la causa que les impidió presentarse en su momento, que no podrá ser otra que el padecimiento de una enfermedad tal (o estado similar) que se los hubiera impedido o bien cuando existen circunstancias que justifican dicha ausencia. En todo caso, lo que está claro es que han probar que su ausencia del proceso de adopción no fue por culpa suya, pues de lo contrario podría aceptarse desde un punto de vista constitucional una resolución *inaudita parte*<sup>503</sup>. Así lo puso de manifiesto el TC en la Sentencia 298/1993, de 18 de octubre cuando afirmó que: «(...) el artículo 24 no impone cauces procesales determinados, siempre que se respeten las garantías esenciales para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables. Lo fundamental, desde la óptica constitucional, es precisar si en las circunstancias del concreto proceso seguido, el titular del derecho fundamental ha disfrutado de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos, mediante los medios de alegación y de prueba suficientes cuando se actúa con una diligencia procesal razonable». Por todo ello, nuestra jurisprudencia ha venido entendiendo que la adopción es nula cuando los padres biológicos no fueron citados pese a conocerse su domicilio<sup>504</sup>, e incluso en aquellos supuestos en los que no fue posible localizarlos<sup>505</sup>. GARCÍA PASTOR<sup>506</sup> concluye que «Los tribunales consideran que la extinción está prevista para los casos en que habiéndose desarrollado correctamente el expediente de adopción, los padres no han intervenido, pero que quedan fuera de tal supuesto aquellos casos en que la falta de participación de los padres ha sido provocada por un defecto en la tramitación».

No obstante, pese a interponerse la demanda de impugnación de la adopción dentro del plazo legalmente establecido y concurrir causas sobradas para sustentarla, en caso de que el Juez considere que la extinción de la adopción va a perjudicar gravemente al menor, la desestimarán (art. 180.2 CC) por aplicación directa y prioritaria, como sucede en todo el ámbito de protección de menores, del principio del interés superior del menor. A este respecto, GARRIGA GORINA<sup>507</sup> señala con acierto que no deben valorarse las mejores o peores condiciones económicas y sociales de la familia del adoptante, ya que de lo que se trata no es de valorar con cuál de las familias estaría mejor el adoptado, sino el perjuicio que pueda causarle la extinción. Lo que deberá tener en cuenta el Juez es el grado de integración que el adoptado haya alcanzado en la familia adoptiva así como el tiempo que lleve conviviendo con ella. CARRASCO PERERA<sup>508</sup> sostiene que nunca va a poder el Juez estimar que el llevar el adoptado cierto tiempo con la familia adoptiva constituye circunstancia suficiente para considerar que la extinción será perjudicial, sino que deberá indagar si efectivamente la integración ha sido satisfactoria, independientemente del tiempo de convivencia que haya transcurrido.

En otro orden de cosas, hay que entender que no sólo se hace referencia en este supuesto a la ausencia total de asentimiento, sino que también se encuentran incluidos aquellos en los que este asentimiento se prestó sin las garantías necesarias (como por ejemplo podría ser el caso

---

lo hubieran hecho si se hubiera presentado la solicitud en el plazo legal, nada podrá hacerse. No obstante, si no tuvieron ocasión de conocerla, se entiende que la adopción es nula. Dicho plazo es de caducidad. A favor, Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Barcelona, 1999, p. 309.

<sup>503</sup> V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 83, donde cita dos supuestos en los que el TC entendió que se vulneró el art. 24 CE en la constitución de la adopción: la STC 143/1990, de 26 de septiembre y la STC 114/1997, de 16 de junio.

<sup>504</sup> SSTs de 28 de mayo de 1973 y de 27 de febrero de 1985.

<sup>505</sup> STS de 19 de febrero de 1988.

<sup>506</sup> Milagros GARCÍA PASTOR, «Comentario al art. 176 CC» en *Jurisprudencia Civil comentada*, tomo I, Dir. Miguel PASQUAU LIAÑO, Granada, 2000, p. 807.

<sup>507</sup> V. Margarita GARRIGA GORINA, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Pamplona, 2000, p. 39.

<sup>508</sup> V. Ángel CARRASCO PERERA, «Comentario al art. 180 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Coord. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1993, p. 223.

de la madre que prestó su asentimiento<sup>509</sup>) antes de los treinta días posteriores al parto<sup>509</sup>). Desde luego, la relevancia que va a tener la concurrencia de vicios en los asentimientos (o en las audiencias) necesarios para constituir una adopción no va a tener las mismas consecuencias jurídicas que si ello sucede en la prestación de los consentimientos, como analizaré en el siguiente apartado.

La extinción de la adopción ¿qué tipo de efectos despliega? Lo primero que hay que plantearse es lo siguiente: si se extingue la adopción al prosperar la acción de impugnación de los padres biológicos<sup>510</sup> mediante una resolución judicial firme, ¿se produce un renacimiento de la filiación por naturaleza? En mi opinión, sí, y ello pese a que nuestro ordenamiento no se pronuncia sobre este punto. A mi entender no cabe otra solución posible, en tanto en cuanto éste es el fin que persigue el progenitor demandante tras conseguir la extinción de la adopción. Carecería de sentido que, tras extinguirse la adopción, no renaciese la filiación biológica, obligando de esta manera al progenitor a acudir nuevamente a los Tribunales. De *lege ferenda* considero conveniente la inclusión de una norma que específicamente reconozca esta situación: esto es, el renacimiento de la filiación biológica. En el sentido propuesto se pronuncia el derecho catalán, que regula expresamente, en el art. 131 CF, el restablecimiento de la filiación por naturaleza en estos supuestos, y prevé, incluso, que dicho resurgimiento operará únicamente a favor del progenitor que interpuso la acción impugnatoria de la adopción. MARCO MOLINA<sup>511</sup> argumenta, sin embargo, que «(...) una restauración automática de los efectos de la filiación por naturaleza es objetable». Pero no en todos los casos, pues habrá que analizar también las circunstancias en las que se encuentra el progenitor que impugnó la adopción para ejercer correctamente la patria potestad del menor. La solución, por tanto, por lo que a la patria potestad se refiere (que es la consecuencia más importante que se deriva de la relación de filiación que renace), sería que la misma renacería siempre que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, dicha opción sea la que más se ajuste al interés superior del menor. De lo contrario, la patria potestad no renacería, aunque sí lo harían —pues ello no se entiende que pueda perjudicar al menor—, otros efectos propios de la relación paternofamiliar, tales como podrían ser los apellidos, derechos sucesorios o alimentos.

Lo expuesto hasta ahora replantea el verdadero alcance que tiene la ruptura de vínculos con la familia biológica tras la adopción, en tanto en cuanto estos pueden volver a surgir si median circunstancias como las aquí analizadas.

<sup>509</sup> V. María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)» en *DPC*, n.º 13, 1999, pp. 37-79.

<sup>510</sup> Está claro que si la adopción se extingue por un motivo que no sea éste, nunca va a renacer la filiación por naturaleza. Lo que sucede es que el menor pasa a ser tutelado por la Administración como cualquier otro que lo esté. Sería absurdo sostener que renace la filiación por naturaleza. Piénsese en el supuesto de que la adopción se extinga y que los padres biológicos del menor no quieran hacerse cargo de él, o bien que no se sepa dónde están, o incluso, que hayan fallecido. Se hace difícil sostener que es beneficioso para el menor volver a estar bajo la patria potestad de una familia que lo abandonó y prefirió entregarlo en adopción.

<sup>511</sup> V. Juana MARCO MOLINA, «Los efectos y la extinción de la adopción» en *VVAA, Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, p. 205. En el derecho catalán, según esta autora, «sólo se hace salvedad o se mantienen los efectos patrimoniales ya producidos (art. 131.2 CF) a consecuencia de la adopción, lo que lleva a entender que, en cambio, se restauran, sin más, los efectos personales de la filiación por naturaleza, sustituyendo a los producidos por la adopción (por ej., se recupera la nacionalidad y la vecindad civil en su día adquiridas de los progenitores y se extinguen las derivadas de la adopción). Ahora bien, hay un efecto personal o familiar que, creemos, nunca cabría restaurar automáticamente: la patria potestad. Así, el progenitor o progenitores que instan con éxito la extinción de la adopción estaban, en el momento de constituirse ésta, privados de ella o, cuando menos, incursos en causa de privación, en ningún caso cabrá restituírsela extinguida la adopción, sino que la restauración de los efectos correspondientes a la filiación biológica deberá ceñirse al contenido mínimo previsto en el art. 114.2 CF (en relación con el art. 113.2 CF): apellidos, deber de alimentos y de velar por el hijo».

Con relación a cuáles son las consecuencias jurídicas que acarrea la extinción de la adopción, hay que señalar como el efecto más inmediato el cambio del estado civil de adoptante y adoptado que dejarán de serlo, por lo que el adoptado perderá el derecho a vivir en compañía del adoptante, a ser educado y alimentado por él, a utilizar sus apellidos y a ser heredero suyo<sup>512</sup>. Para ambos se extinguirán, en definitiva, el cúmulo de derechos y deberes que nuestro ordenamiento establece a favor de los padres e hijos. Con acierto (pues sostener lo contrario atentaría directamente contra el interés superior del menor) el art. 180.3 CC<sup>513</sup> dispone:

*«La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.»*

La extinción posee efectos *ex tunc*, nunca retroactivos, por lo que el que fue adoptado conservará la nacionalidad o vecindad civil que la adopción le proporcionó<sup>514</sup>, los efectos patrimoniales ya producidos (tales como donaciones, herencias)<sup>515</sup>, e incluso, como sostiene la mayoría de la doctrina<sup>516</sup>, el adoptado conservará el nombre y la emancipación si la hubiera conseguido. También, una de las consecuencias más importantes que implica la extinción de la adopción, es que el adoptado puede volver a ser «dado» en adopción a otras personas. Realmente, nuestro CC limita la adopción de adoptados frente a la posibilidad de adoptar a hijos comunes. Sólo es factible realizar una nueva adopción en los casos de fallecimiento del adoptante (o cuando se le declare fallecido), o bien cuando éste haya sido privado de la patria potestad y excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias (art. 179 CC). ÁLVAREZ CAPEROCHIPI<sup>517</sup> considera que esta regulación legal limitativa de la posibilidad de realizar una nueva adopción, tiene su razón de ser en el loable propósito de evitar que la adopción se convierta en una *adopción a prueba*, con el consiguiente perjuicio para el menor. Pero a pesar de esta regla general, habrá que estar al caso concreto y si en dicho supuesto se estima que es conveniente la realización de una nueva adopción en beneficio del interés del menor, la misma deberá ser llevada a cabo.

### III. LA NULIDAD DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

No se trata ya de simples defectos formales, sino de la ausencia o incorrecta concurrencia de requisitos esenciales para poder constituir la adopción. El estudio ha de centrarse en la prestación por parte del adoptante (y, en su caso, del adoptando) del consentimiento necesario para constituir la adopción, si bien con carácter general puede afirmarse, como hace ESPINOSA CALABUIG<sup>518</sup>,

<sup>512</sup> V. Equipo Jurídico DVE, *Todo sobre la adopción*, Barcelona, 1992, p. 116.

<sup>513</sup> Con relación al origen de este precepto y al porqué de su inclusión en nuestro CC en los términos arriba expresados, es muy brillante la explicación de Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, p. 201, nota 238.

<sup>514</sup> V. José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de Familia. Patria potestad, tutela y alimentos*, Madrid, 1988, pp. 168-169.

<sup>515</sup> V. con relación a los efectos patrimoniales de la adopción el artículo de Juana MARCO MOLINA, «Los efectos y la extinción de la adopción» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, pp. 199-204.

<sup>516</sup> V. Ignacio SERRANO GARCÍA, «La adopción según las leyes 21/1987 de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero» en VVAA, *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Salamanca, 1997, p. 104.

<sup>517</sup> V. José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de Familia. Patria potestad, tutela y alimentos*, Madrid, 1988, p. 170.

<sup>518</sup> Rosario ESPINOSA CALABUIG, «Una nueva reforma en materia de adopción internacional» en *RGD*, n.º 647, abril, 2000, p. 4350. Esta autora plantea acertadamente la diferencia substancial entre nulidad y revocación: «Con la nulidad, la institución se invalida ab initio por motivos tales como el fraude, la incapacidad jurídica para adoptar o la ausencia de

que «(...) la nulidad de la adopción tendrá lugar cuando se haya producido un vicio en el acto constitutivo de la adopción que afecte a su validez».

### 3.1. Breve referencia de esta problemática en el Derecho español: adopciones constituidas por la competente autoridad española

Si se plantea un problema de nulidad en una adopción nacional o bien en una internacional que hubiera sido constituida por la competente autoridad española (el Cónsul español en el extranjero o el Juez en España), la solución deberá ser en principio la misma. Por ello, y pese a las oportunas salvedades que iré poniendo de manifiesto a medida que sea necesario, he decidido estudiar ambos supuestos conjuntamente.

Por lo que respecta a la posible existencia de vicios en el consentimiento<sup>519</sup> lo primero que hay que decir es que al estar ante una declaración de voluntad propiamente dicha, nada impide que la misma pueda adolecer de vicios de diversa entidad. El verdadero alcance de dichos vicios es una cuestión diferente que habrá que ponderar en cada caso concreto dadas las particulares características de las consecuencias que dicho consentimiento origina (la constitución de un vínculo adoptivo). Y lo que es más importante: ante el silencio de nuestro ordenamiento al respecto (pues se limita a recoger unas causas tasadas en virtud de las cuales se puede extinguir una adopción), hay que encontrar una solución sobre todo para cuando el vicio del que adolece el consentimiento prestado plantee la posibilidad de nulidad de la adopción. En este sentido, SERRANO ALONSO<sup>520</sup> afirma que: «(...) el que la adopción sea irrevocable no excluye que pueda ser impugnada por adoptante y adoptado cuando en sus respectivas declaraciones de voluntad han existido vicios que la invalidan, con lo que la adopción quedaría sometida al régimen general de impugnación de los negocios jurídicos». No obstante, tal postura no es unánime. La doctrina más autorizada (LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, PARRA LUCÁN<sup>521</sup>, SERRANO GARCÍA<sup>522</sup>) entiende inaplicables las categorías de ineficacia de los negocios jurídicos, siendo únicamente obtenible la nulidad de una adopción mediante el procedimiento establecido para la nulidad de los actos judiciales. Por tanto, no podrá ejercitarse una acción de nulidad con base en los arts. 1261 y ss. CC puesto que, como sostiene MARCO MOLINA<sup>523</sup>: «(...) la amplitud de las posibles causas de nulidad choca con el régimen restrictivo legalmente previsto para la extinción de la adopción. De otra, porque, de ale-

---

consentimiento, entre otros, requiriendo, por lo general, una orden judicial. Con la revocación, en cambio, los efectos surten desde el momento en que ésta se produce. Pero en ambos casos, la relación jurídica con la familia biológica se reestablece y los derechos y deberes entre los padres adoptivos —y sus parientes— y el niño adoptado llega a su fin». (V. p. 4351 de la ob. cit.).

<sup>519</sup> V. la STS de la Sala 1.ª de 18 de junio de 1998, donde el TS estima que no procede declarar extinguida la adopción constituida conforme a la legislación anterior, ya que no se ha acreditado que hubiese existido simulación del adoptante al prestar el consentimiento y que la adopción constituida atentara contra los intereses del menor (V. un breve comentario a la misma en RDF n.º 4, julio, 1999, pp. 118-120).

<sup>520</sup> Eduardo SERRANO ALONSO, «Comentarios a los arts. 175 al 180 CC» en *Comentarios al Código Civil*, tomo II, Coord. Ignacio Sierra Gil, Barcelona, 2000, p. 503.

<sup>521</sup> V. M.ª Ángeles PARRA LUCÁN, *Orientaciones actuales del estado civil*, Barcelona, 1993, p. 151.

<sup>522</sup> V. Ignacio SERRANO GARCÍA, «Comentario de los artículos 175 a 180 del Código Civil» en *Comentario al Código Civil*, tomo I, Madrid, 1991, p. 598. Este autor parece llegar a una concepción flexible del régimen de impugnación tal y como en ocasiones ha sostenido nuestra jurisprudencia, como por ejemplo sucedió en la STS de 19 de febrero de 1988 cuando dispuso: «(...) que prioritariamente prevalezcan los intereses y preferencias del menor (...) evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paternofiliales (...)».

<sup>523</sup> V. Juana MARCO MOLINA, «Los efectos y la extinción de la adopción» en VVAA, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Barcelona, 1999, pp. 208-209.

*garse una falta absoluta de consentimiento, la acción de nulidad es imprescriptible, pudiendo entonces la adopción ser impugnada en cualquier momento, lo que se contrapone a la necesaria estabilidad del estado civil que la adopción constituye».*

Evidentemente, el sostener una u otra postura dependerá en gran medida de cuál sea la concepción que se tenga de la adopción, es decir, si se la considera o no un negocio jurídico. Dado que he argumentado que la adopción en nuestro ordenamiento jurídico es un acto estrictamente judicial, me adscribo a la segunda solución propuesta, por lo que las causas de nulidad han de verse reconducidas al régimen de nulidad de los actos judiciales establecido en los arts. 238 a 243 LOPJ.

### **3.2. Posibles soluciones a los casos de nulidad de adopciones constituidas por autoridad extranjera que ya han sido reconocidas e inscritas**

Hay que plantear ahora qué sucede con las adopciones que, pese a haber sido reconocidas e inscritas en nuestro Registro Civil, adolecen *ab initio* en su mismo proceso de constitución de vicios en el consentimiento del adoptante (y, en su caso, también del adoptado) de tal entidad que, de haber sido conocidos por el Juez Encargado del Registro Civil, nunca hubiera procedido a su reconocimiento, y probablemente de haber sido conocidos por la autoridad extranjera no las hubiera constituido. No hay que perder de vista el dato de que la adopción se llevó a cabo en el país extranjero por la competente autoridad extranjera, por lo que las garantías de que las que se halla investido dicho proceso muy bien pueden no ser semejantes a las que cuenta el mismo en nuestro ordenamiento. Incluso, pudiera darse la circunstancia de que no sea constatable *a priori* tal irregularidad por mucho empeño que ponga en cumplir correctamente su tarea el Juez Encargado del Registro Civil, ya que no se está necesariamente haciendo alusión a casos en los que el reconocimiento se ha llevado a cabo deficientemente, pudiendo haberse realizado correctamente de haber puesto el Juez la diligencia debida, sino a circunstancias que se descubren con posterioridad al reconocimiento e inscripción de la adopción y que pueden implicar la nulidad de la misma.

Un ejemplo de un supuesto concreto que se ha producido en la práctica es el siguiente<sup>524</sup>: un menor ruso de 12 años de edad es adoptado en Rusia ante la autoridad rusa competente por un matrimonio español (que previamente ha cumplimentado todos y cada uno de los requisitos que nuestra legislación le exige). Lógicamente, el menor no sabe hablar español y sus padres adoptivos tampoco saben hablar ruso. Una vez en España, cuando comienza a dominar nuestro idioma, les cuenta a sus padres que él nunca deseó ser adoptado, que a él le dijeron que iba a venir a España unos meses para curarse (pues se daba la circunstancia de que tuvo que ser operado de un defecto físico reversible que padecía, concluyéndose con éxito la operación), circunstancia que desconocían los padres adoptivos, y lo que es más grave: que pese a estar él en Rusia en un Centro de Acogida, tenía familiares (concretamente su madre y un hermano mayor) que le iban a visitar asiduamente, pero que por problemas económicos no podían hacerse cargo de él. Cuenta, además, a sus padres adoptivos que únicamente con la garantía de regresar es por lo que firmó el documento relativo a la prestación de su consentimiento a la adopción, que por otra parte, no le dejaron leer: únicamente se lo pusieron delante el tiempo justo para que lo firmara<sup>525</sup>. El menor manifiesta reiteradamente a sus padres adoptivos su deseo de volver a Rusia aunque sea al Centro, y ello pese

---

<sup>524</sup> Pese a contar con datos concretos sobre este caso, he optado por no hacer pública toda la información de la que dispongo por garantizar al máximo el anonimato de la familia adoptiva, si bien cuento con su expreso consentimiento para hacer mención de su caso particular en estas páginas y con estos fines. Vaya por delante, que esos detalles concretos del caso realzan aún más el particular calvario que ha pasado tanto la familia adoptiva como el menor.

<sup>525</sup> La legislación rusa permite que el consentimiento del adoptando sea prestado de esta manera, no siendo necesario que se le escuche personalmente a lo largo de la tramitación del expediente constitutivo de la adopción.

a que se muestra profundamente agradecido por todas las atenciones que le han dedicado. Empieza a cartearse desde España con su madre y su hermano, quienes ignoran lo que ha sucedido con él, pues piensan que está temporalmente fuera de Rusia para someterse a la intervención quirúrgica referida. Los padres adoptivos inician los trámites para solicitar la nulidad de la adopción alegando, además de los defectos mencionados en la prestación del consentimiento del menor, que también su propio consentimiento a la adopción se encuentra viciado puesto que manifestaron su deseo de adoptar a ese menor básica y primordialmente porque consideraban que el mismo deseaba ser adoptado (tenía ya doce años) y porque les garantizaron que se encontraba en situación de adoptabilidad, cosa que no era cierta. El reconocimiento e inscripción de esta adopción se llevó a cabo por el Consulado español de Moscú.

Todos estos problemas pueden generarse en tres vertientes distintas, ya que puede suceder que se hayan incumplido normas preceptivas del Estado de origen del menor que constituyó la adopción, normas imperativas españolas o bien normas imperativas de ambos ordenamientos (o sea, el del Estado extranjero en cuestión y el nuestro). Pero realmente donde se pone de manifiesto en toda su magnitud este conflicto es en nuestro país, pues es aquí donde ya residen adoptante y adoptado. Es una adopción que, desde su inscripción registral, viene produciendo todos y cada uno de los efectos que reconoce a la filiación adoptiva nuestro ordenamiento, lo cual confiere particular delicadeza a la posible solicitud de nulidad de la adopción.

De entrada se pueden plantear dos posibles soluciones: plantear el problema ante los tribunales españoles o bien ante la autoridad judicial extranjera que constituyó la adopción y, posteriormente pretender la eficacia de la resolución que ésta dicte en nuestro país. La cuestión es compleja puesto que pudiera darse incluso el caso de que se acuda paralelamente a ambas vías. En el caso de acudir a los tribunales españoles será única y exclusivamente para solicitar la nulidad del reconocimiento de la adopción por no haber concurrido realmente uno de los requisitos esenciales para que ello sea así. No se podrá nunca, en mi opinión, solicitar la nulidad de la adopción propiamente dicha puesto que la misma fue constituida por autoridad extranjera de acuerdo con el Derecho extranjero, y posteriormente reconocida como tal por nuestro país. A esta conclusión llegó la AP de Madrid (Sección 22.<sup>a</sup>) en su Auto de 25 de enero de 2002 que, confirmando el Auto dictado en primera instancia, estima la excepción de falta de competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer y analizar los requisitos para la constitución de una adopción realizada en el extranjero, en tanto en cuanto, nunca se va a poder revisar el fondo del asunto, tal y como se infiere del art. 9.5 CC y del art. 22.3 LOPJ.

Si por el contrario se acude a los tribunales extranjeros (lo cual no sucederá en la práctica con demasiada frecuencia porque no hay que olvidar que el adoptante es español y ya se encuentra en nuestro país), habrá que proceder a impugnar la resolución constitutiva del vínculo adoptivo (siempre y cuando la legislación nacional del país extranjero permita y ampare tal proceder) para después intentar obtener la eficacia de dicha nulidad en España. En mi opinión, la solución más recomendable y que se erige en requisito fundamental para solventar con éxito situaciones de este tipo, no es otra que la cooperación internacional entre los países implicados, tanto a nivel institucional como de Autoridades: ambos ordenamientos han de posibilitar que «las cosas vuelvan a su estado original» con la salvaguarda en todo momento del interés superior del menor que se ha visto adoptado en unas condiciones irregulares. El menor nunca debió ser adoptado y el adoptante ha de ver satisfecho su interés de adoptar a un menor en situación de adoptabilidad propiamente dicha (para lo cual debería exigirse, como ya he apuntado, por parte de España a los países de origen de los menores un «certificado de adoptabilidad» del menor donde se encuentren reflejadas todas las circunstancias del mismo).

También deberán depurarse las responsabilidades en que hayan podido incurrir quienes con tales conductas, probablemente delictivas, hicieron factible que un supuesto de tales características llegara a producirse. Serán, en la mayoría de los casos, personas nacionales del país de origen del

menor las que hayan incumplido su labor, si bien es muy probable (y en el ejemplo práctico planteado así ha sido) que si la adopción se tramitó con la ayuda de una ECAI, ésta haya incurrido en responsabilidad al no haber cumplido diligentemente su labor el representante de dicha entidad en el país de origen del menor. Por ende, tal y como se ha tenido ocasión de defender, también la Administración autonómica pudiera considerarse responsable solidaria de la incorrecta actuación de la ECAI. Incluso, sería responsable desde mi punto de vista la Administración si, pese a no haberse tramitado la adopción mediante ECAI, aquella avaló la preasignación de dicho menor ante el adoptante que actuó amparado en ese respaldo de la autoridad administrativa española al procedimiento adoptivo.

### 3.3. Efectos *ex tunc* que genera la nulidad de la adopción internacional

Si una adopción internacional (constituida por autoridad española o bien por autoridad extranjera una vez reconocida e inscrita) deviene nula, por las razones que fueren, es evidente que tal circunstancia genera una serie de consecuencias importantes puesto que la misma provoca la ineficacia *ex tunc*, que no *ex nunc*, de la adopción. Por tanto, todo los derechos y deberes adquiridos por las partes (adoptante y adoptado putativos) en virtud de esa adopción declarada nula deben desaparecer como si nunca hubieran existido.

Esta afirmación puede ser matizada en aquellos casos en los que el adoptado es menor de edad, en tanto en cuanto su interés superior pudiera verse seriamente dañado por tal consecuencia: piénsese, por ejemplo, en el caso de que hubiera perdido su nacionalidad de origen como consecuencia de la constitución de la adopción por la competente autoridad extranjera, adopción que según Derecho. A mi juicio, habría que extrapolar la solución dada a este problema a la planteada para los supuestos de extinción de la adopción: el menor no puede verse perjudicado con la declaración de nulidad<sup>526</sup>. Por ello, puede acudirse a la vía que proporciona el art. 18 CC para que el menor pueda consolidar su condición de español<sup>527</sup>.

---

<sup>526</sup> V. Eduardo CORRAL GARCÍA, «La nulidad de una adopción y el interés del menor: conveniencia de la reinserción en la familia de origen (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001)» en *Actualidad Civil*, n.º 7, 2002.

<sup>527</sup> V. Julio Ignacio IGLESIAS REDONDO, «Algunas reflexiones acerca de la atribución y adquisición de la nacionalidad española por adopción» en *AC*, n.º 17, 1996, p. 394. Este autor plantea el siguiente caso: «(...) un menor extranjero menor de dieciocho años que, una vez declarada la nulidad de su adopción, siguiera utilizando la nacionalidad española atribuida en virtud del vínculo adoptivo en la creencia de que tal atribución había sido definitiva, siempre y cuando el vicio del que adolecía la constitución de la adopción no hubiese sido previamente conocido, ni mucho menos provocado, por el interesado, ya que en tal caso incurriría en la falsedad, ocultación o fraude del artículo 25.2 CC, por lo que carecería de la buena fe exigida por el art. 18 CC para consolidar dicha nacionalidad».



## BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, Ángel: «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia» en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. 15-16, año 1996-1997, Cáceres, 1998.
- ADAM MUÑOZ, M.<sup>a</sup> Dolores: *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- ADROHER BIOSCA, Salomé: «La entrada, la permanencia y la salida de extranjeros de España» en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Coord. Salomé Adroher Biosca y Pilar Charro Baena, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- «Menores extranjeros en riesgo» en *Razón y Fe (Revista Hispanoamericana de Cultura)*, tomo 233, 1996.
  - «La adopción internacional: una aproximación general» en *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones*, Nueva Serie n.º III, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Instituto Universitario «Matrimonio y Familia», Madrid, 1998.
  - «Menores inmigrantes» en *El menor en la legislación actual*, Fundación Antonio de Nebrija, Madrid, 1998.
  - «Adopción de menores africanos en Europa» en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*, Coord. Luis Garau Juaneda y Rosario Huesa Vinaixa, Ed. BOE, Madrid, 1999.
  - «Marco jurídico de la adopción internacional» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Asociación Española de Abogados de Familia, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
  - «La protección de los menores inmigrantes, refugiados y desplazados en el Derecho español» en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 15, 1999.
  - y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana, «La adopción internacional: una nueva migración» en *Migraciones (Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre migraciones de la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid)*, n.º 8, 2000.
- AFONSO RODRÍGUEZ, Elvira: «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores» en *Actualidad Civil*, n.º 17, 1995.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano: «La familia en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, n.º 1, 1993.
- «La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho Internacional Privado» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año L, n.º 1766, 1996.
  - y VVAA, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
  - y CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, «El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LV, n.º 1888, 2000.
  - «Comisiones rogatorias y obtención de pruebas en el extranjero» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1905, de 15 de noviembre, año LV, 2001.

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «El impedimento matrimonial de adopción del Código Civil a hoy» en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*. Asociación de profesores de Derecho Civil, tomo I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia*, Ed. Jose María Bosch Editor, 7.ª Edición, Barcelona, 1996.
- «Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro» en *Revista de Derecho Privado*, marzo, 1997.
- ALBERDI, Cristina: «Las uniones de hecho» en *Cuadernos de Derecho Judicial*, tomo X: Derecho de Familia, Consejo General del Poder Judicial, 1993.
- ALBERT MUÑOZ, María del Amor: «Especialidades de los procesos en los que interviene el menor» en *Protección jurídica del menor*, VVAA, Ed. Comares, Granada, 1997.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Una hipótesis: la mayor conexión del hecho de una Comunidad Autónoma con Derecho propio como regla subsidiaria en caso de conflicto» en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas (Ponencias y comunicaciones a las Jornadas de Granada de mayo de 1988)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- ALCARRETA, Manuel: «Resum del projecte de mediació per a l'adopció de menors de la República Russa» en *Alimara*, n.º 41, 2.ª época, junio, 1998.
- ALCÓN YUSTAS, M.ª Fuencislas: «La protección de los derechos del niño en la Constitución española y en las constituciones de los estados de nuestro entorno» en *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones*, Nueva Serie n.º III, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Instituto Universitario «Matrimonio y Familia», Madrid, 1998.
- ALONSO CRESPO, Evelia: «Reflexiones críticas en torno a la constitución de la adopción a través de la jurisdicción voluntaria» en *Revista de Derecho de Familia*, n.º 3, abril, 1999.
- ALONSO HERREROS, Diego,: «Cavilaciones en torno a los Registros de uniones civiles de hecho» en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 42, 2002.
- ALONSO PÉREZ, Francisco: *Régimen jurídico del extranjero en España. Comentarios, Jurisprudencia, Legislación y Formularios*, 2.ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: «Estatuto jurídico del menor emancipado tras las reformas del Derecho de familia» en *La tutela de los Derechos del menor (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil)*, Dir. José Manuel González Porras, Dpto. de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Ed. Junta de Andalucía, Córdoba, 1984.
- «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras» en *Actualidad Civil*, n.º 2, 1997.
- «La Familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho Civil» *Actualidad Civil*, n.º 1998-1, 1998.
- ALONSO PÉREZ, M.ª Teresa: «Acercas del prohijamiento en Derecho navarro» en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 12, 1991.
- ALPA, Guido: «VI. La famiglia. Adozione» en *Instituzioni di Diritto Privato*, Ed. Utet, Turín, 1994.

- ALSTON, Philip y GILMOUR-WALSH, Bridget: *El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los Derechos del Niño y de los Valores Culturales* (traducido por Christoph Wagner, en colaboración con el grupo de traducción Alhambra), publicado por Centro Innocenti, UNICEF, Florencia, 1996.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: *Curso de Derecho de Familia. Tomo II: Patria potestad, tutela y alimentos*, Ed. Cívitas, Madrid, 1988.
- ALVÁREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Comentario al art. 9.6 del CC» en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, tomo I, vol. 2.º, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1995.
- «Menor (protección del)» en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Ed. Cívitas, Madrid, 1995.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Manuel: «El Registro Civil Central» en *Boletín de Infomación del Ministerio de Justicia*, año LII, n.º 1834, 1 de diciembre de 1998.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Inmaculada: «La protección del menor en el Principado de Asturias» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. IV, Madrid, 2000.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del Juez nacional y orden público comunitario» en *La Ley*, tomo 5, 2000.
- ÁLVAREZ VALENTÍN, Gonzalo: «Protección del menor en la Comunidad Autónoma de La Rioja» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. V, Madrid, 2000.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M.ª Isabel: *Protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el derecho Constitucional Español*, Ed. Facultad de Derecho-ICADE, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1994.
- ALVARGONZÁLEZ SAN MARTÍN, Fernando: *La regulación de la nacionalidad: guía jurídico-práctica para el Cónsul*, Ed. Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1999.
- ANDERSON, Gunilla y JACOBSSON, Ranveig: «A Suécia e as adopções internacionais» en *Infância e Juventude (Revista da Federação Nacional das Instituições de Protecção à Infância)*, n.º 3, 1980.
- AMORES CONRADI, Miguel A.: «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLI, n.º 1, enero-junio, 1989.
- AMORÓS MARTIN, Pedro: «Situación actual de los servicios de adopción y acogimiento familiar» en *Materiales de Trabajo* del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (año 1988), Madrid, 1990.
- ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios: *La representación legal de los hijos menores*, Ed. BOE y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín: «El acogimiento familiar y la adopción en la Ley 11 de noviembre de 1987» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXXVI, tomo XVC, n.º 5, noviembre, 1987.
- «La protección de menores en Asturias. La vigente Ley del Principado» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. IV, Madrid, 2000.
- ARCE JANARIZ, Alberto: *Constitución y Derechos Civiles Forales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- ARCE JIMÉNEZ, Elena: «Los menores extranjeros en situación de desamparo» en *Revista de Derecho de Familia*, n.º 5, octubre, 1999.

- ARELLANO GÓMEZ, Francisco Javier: «Interacción entre el Derecho Público y el Derecho Privado en las fases previas al expediente judicial de adopción» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXVIII, n.º 612, 1992.
- ARENAS GARCÍA, Rafael: «Nota al Auto del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 16 de junio de 1994» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVII, n.º 2, 1995.
- «Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la Ley (La protección de los menores desamparados en el Derecho Internacional Privado Español)» en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 3, 1998.
- ARIAS DÍAZ, María Dolores: «La adopción de mayores de edad. A propósito del Auto de 9 de julio de 1998 de la Audiencia Provincial de Jaén» en *La Ley*, n.º 4667 de 9 de noviembre, tomo 6, 1999.
- ARNOLD, Rainer: «La protección del menor en el Derecho Constitucional alemán» en *I Jornadas de Protección al Menor en España y su protección hacia Iberoamérica*, Ed. El Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1999.
- AROZAMENA LASO, Cristina: «Régimen legal del cambio de nombre y apellidos» en *La Ley*, n.º 4257 de 26 de marzo, tomo 2, 1997.
- ASÍN CABRERA, M.ª Asunción: «Autonomías territoriales: una perspectiva regional comunitaria» en *XVI Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, vol. I, Dirección General de Servicio Jurídico del Estado, Ed. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1990.
- «La imagen del menor en el Derecho de Familia islámico: Problemas culturales de identidad e integración» en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*, Coord. Luis Garau Juaneda y Rosario Huesa Vinaixa, Ed. BOE, Madrid, 1999.
- *La protección y adopción de menores extranjeros en la Comunidad Autónoma Canaria*, Ed. Dirección General de Protección del Menor y la Familia de la Comunidad Autónoma Canaria, 1999.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: «Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho Civil Vasco» en *Derechos Civiles de España*, vol. I, Madrid, 2000.
- «El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco» en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 2, 1994.
- AULETTA, Tommaso: *Il Diritto de Famiglia*, Ed. G. Giappichelli, Turín, 1993.
- AUTORINO STANZIONE, Gabriella: «Le adozioni» en *Diritto di Famiglia*, G. Giappichelli Editore, Turín, 1997.
- AYAVIRI DE CALDERÓN, Litz: «La adopción internacional en los países de América Latina» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.
- AZNAR GIL, Federico R.: «Las uniones homosexuales ante la legislación eclesiástica» en *Revista Española de Derecho Eclesiástico*, n.º 52, 1995.
- AZPARREN LUCAS, Agustín: «Nuevas perspectivas del papel del Juez frente a la aplicación judicial del Derecho Extranjero» en *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

- BAGDASSARIAN, Dora, RASINES DEL CAMPO, Mabel y SAPRIZA DE MERCANT, María Inés: «La adopción en los países integrantes del Tratado del Mercosur» en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 10, 1995.
- BAINHAM, A. y CRETNEY, S.: *Children. The modern law*, Jordan Publishing Limited, Bristol, 1993.
- BALZA AGUILERA, Javier y DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 55, julio-septiembre, 1987.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- «Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)» en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 13, 1999.
- «Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera» en *Aranzadi Civil*, tomo I, 1999.
- BARÓ Pazos, Juan: *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993.
- BARTH, Richard P.: «Adoption Research: Building Blocks for the Next Decade» en *Child Welfare*, vol. LX-XIII, n.º 5, 1994.
- BARRIOS CURBELO, María Bernarda: «Debate parlamentario en materia de menores» en *Ciencia Policial*, n.º 34, enero-febrero 1996.
- BAUDOIN, Jean-Marie: «La protection du mineur étranger par le juge des enfants» en *Revue Critique de Droit Internationale Privé*, tomo 83, n.º 3, 1994.
- BAUTISTA GONZÁLEZ, Luis María: «La problemática de las uniones extramatrimoniales en el proceso de familia» en *Usus Iuris*, n.º 7, 1997.
- BAYERRI LOSADA, Basilio: «El menor de edad mayor de catorce años en el derecho civil de Aragón. Su capacidad de obrar» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VI, Ed. Aranzadi-BSCH, Madrid, 2000.
- BAZÁN LÓPEZ, José Luis: «Notas acerca de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño» en *El menor en la legislación actual*, Fundación Antonio de Nebrija, Madrid, 1998.
- BELTRÁN Aguirre, Juan Luis: «Régimen jurídico de la Protección de menores en Navarra» en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 4, julio-diciembre, 1987.
- BÉNABENT, Alain: *Droit Civil: La Famille*, 9.ª edición, Université de Paris X (Nanterre), Paris, 1998.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Los efectos sucesorios de la adopción» *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIV, fasc. III, año MCMLXXI, 1971.
- «Comentarios a los artículos 172 a 180 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Manuel Albaladejo, tomo III, vol. 2.º, Madrid, 1982.
- «Comentarios a los arts. 172 a 180 del CC» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- «La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales» en *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 1, 1993.

- «La supletoriedad del Derecho Estatal» en *Aranzadi Civil*, tomo I, 1998.
  - «Parejas de hecho» en *Aranzadi Civil*, n.º 10, septiembre de 1998.
  - «¿Protección de menores *versus* protección de progenitores?» en *Aranzadi Civil*, vol. III, tomo VIII, 1999.
  - «Transexualidad» en *Aranzadi Civil*, vol. II, tomo VIII, 1999.
  - «Transexualidad y tutela» en *Aranzadi Civil*, vol. II, tomo VIII, 1999.
  - «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.8 de la Constitución» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. I, Ed. Aranzadi-BSCH, Madrid, 2000.
- BESSONE, Mario y otros: *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Ed. Zanichelli, Bolonia, 1995.
- BIANCA, Massimo, PATTI, Guido y PATTI, Salvatore: *Lessico di Diritto Civile*, Ed. Giuffrè, Milán, 1995.
- BLASCO GASCÓ, Francisco: «La filiación (IV). La adopción» en *Derecho de Familia*, VVAA., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- BO JANE, Marta y CABALLERO RIBERA, Mónica: «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?» en *La Ley*, n.º 4166 de 14 de noviembre, 1996.
- BONÉ PINA, Juan Francisco: «La tutela y la curatela en el nuevo Código de Familia de Cataluña» en *Actualidad Civil*, n.º 3, 17 al 23 de enero, 2000.
- BONET I PÉREZ, Jordi: «La protección del menor contra la explotación y las organizaciones internacionales» en *Explotación y Protección Jurídica de la Infancia*, Coord. Carlos Villagrasa Alcaide, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998.
- BONET RAMÓN, Francisco: *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, Ed. Bosch, Barcelona, 1941.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría: «Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: Comisión especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero o adopción transnacional (22 de abril a 3 de mayo de 1991)» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, n.º 2, 1991.
- «La adopción de niños procedentes del extranjero: El futuro Convenio de La Haya» en *Infancia y Sociedad*, n.º 12, 1991.
  - «Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: Comisión especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero o adopción transnacional (de 3 a 14 de febrero de 1992)» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIV, n.º 1, 1992.
  - «Protección de menores, Tutela y Adopción: La nueva regulación en Cataluña y en Castilla-León» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIV, n.º 1, 1992.
  - «El papel de la autoridad central: los Convenios de la Haya y España» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, n.º 1, 1993.
  - «XVII Sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (10 a 29 de mayo de 1993)» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, n.º 2, 1993.
  - «Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de la Haya de 1993 sobre cooperación internacional en materia de adopción (17-21 de octubre de 1994)» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, n.º 2, 1994.
  - y PÉREZ VERA, Elisa, «Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: 1.ª Comisión especial para la modificación del convenio sobre protección de menores (26 de mayo a 3 de junio de 1994)» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, n.º 2, 1994.
  - «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado» en *Revista Jurídica de Catalunya*, año XCIII, n.º 4, 1994.

- «Luz verde a la extensión del Convenio de Bruselas a cuestiones de familia» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, n.º 2, 1994.
  - *Guía práctica de los Convenios de la Haya de los que España es parte*, Ed. Secretaría General Técnica del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1996.
  - «La regulación de la adopción en España: examen particular de la adopción internacional» en *Anuario de Psicología*, Universitat de Barcelona, n.º 71, 1996.
  - «Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del menor» en *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
  - «El Convenio de la Haya en materia de adopción internacional: una visión desde España» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.
- BORRILLO, Daniel: «Uniones del mismo sexo y libertad matrimonial» en *Jueces para la Democracia*, n.º 35, julio, 1999.
- BOULANGER, François: *Droit Civil de la Famillie. Aspects internes et internationaux*, tomo I, 2.ª edición, Série: Etudes et Recherches, Ed. Economica, París, 1992.
- BOUZA VIDAL, Nuria: «La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXXVI, tomo XCV, n.º 6, 1987.
- «Comentario al artículo 9.5 del CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
  - y QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, «Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado» en *Revista Jurídica de Catalunya*, año XCIII, n.º 1, 1994.
- BRANCÓS COLL, Inés: «L'adopció internacional a Catalunya: un fenomen emergent» en *Justiforum*, Generalitat de Catalunya, n.º 10, II época, julio, 1999.
- BRIOSO DÍAZ, Pilar: «La constitución de la adopción en Derecho Internacional Privado español» en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, n.º 104, agosto, 1989.
- *La constitución de la adopción en el Derecho Internacional Privado*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990.
- BUSTOS VALDIVIA, Inmaculada: «La adopción» en *Derecho Civil de la persona y de la familia*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique: *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996.
- CABALLERO GEA, José Alfredo: *Ley, Reglamento, Expedientes del Registro Civil*, Ed. Dykinson, Madrid, 1994.
- CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, José M.ª: «Instituciones para la protección de menores» en *Actualidad y Derecho*, n.º 16, vol. 1, 1995.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio
- *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993.

- CABRA DE LUNA, Miguel Ángel: *El papel de las fundaciones en el siglo XXI*, Confederación Iberoamericana de Fundaciones, Madrid, 2000.
- CÁCERES DE VILLACORTA, Patricia: «Intervención de los organismos responsables del bienestar de la infancia. Los menores susceptibles de adopción internacional» conferencia pronunciada en la 3.ª mesa redonda del *Primer Congreso sobre Adopciones Internacionales*, organizado por ASEFA y celebrado en Madrid en octubre de 1998.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «El nacimiento de la persona física como hecho determinante de la adquisición de la capacidad jurídica» en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, época II, n.º XXIX, 1996.  
— *Aspectos civiles de la protección al concebido no nacido*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- CALVENTO, Ulbadino: «Los derechos del niño en el marco de la Organización de los Estados Americanos» en *Menores*, n.º 17-18, 4.ª Época, septiembre-diciembre, 1989.
- CALVO BABIO, Flora: «La Adopción Internacional» en *Otrosí Informativo: Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Madrid, mayo de 1996.  
— «Nota a la RDGRN de 1 de abril de 1996» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIX, n.º 1, 1997.  
— «Nota a la RDGRN de 12 de julio de 1996» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIX, n.º 2, 1997.  
— «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas» en *La Ley*, año XIX, n.º 4628, 1998.  
— «Nota a las Resoluciones de la DGRN de 25 de marzo (2.ª) de 6 de mayo, de 23 de julio y (2.ª) de 19 de septiembre de 1998» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LI, n.º 1, 1999.
- CALVO BLANCO, Elena Beatriz: «Principios de la Adopción Internacional» en *Trabajo Social Hoy*, 4.º época, n.º 3, 1994.  
— «La protección de los derechos del niño en la Constitución española» en *Cuadernos Jurídicos*, año 3, n.º 34, 1995.  
— y FELIÚ REY, Manuel Ignacio, «Marco legal de la adopción nacional e internacional» en *¿Por qué adoptar en otro país? Guía para padres y profesionales*, Ed. CIES, Barcelona, 1995.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Ed. Comares, Granada, 1999.
- CALVO GARCÍA, Manuel: «Transformaciones del Derecho Civil» en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1993.  
— «La protección del menor y sus derechos» en *Derechos y Libertades*, vol. 1, n.º 2, 1994.
- CALVO MEIJIDE, Alberto: *Introducción al Derecho Público y Privado*, Ed. Biblioteca Universitaria, Madrid, 1994.
- CAMARERO SUÁREZ, Victoria: «Estudio sobre las iniciativas parlamentarias sobre uniones no matrimoniales» en *Revista General de Derecho*, año LV, n.º 655, abril de 1999.
- CAMPÀ I FERRER, Xavier: «Les adopcions internacionals i el seu reconeixement a Espanya» en *Justiforum*, Generalitat de Catalunya, n.º 10, II época, julio, 1999.  
— «Convalidació de les adopcions simples i tuteles constituïdes a l'estranger», conferencia impartida en el *Congreso sobre Adopción Internacional: procedimientos legales e integración social*, organizado por el Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción (Generalitat de Cataluña), celebrado del 25 al 27 de febrero, Barcelona, 1999.

- CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz: «Nota a la RDGRN de 29 de noviembre de 1996» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, n.º 1, 1998.
- «La Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, n.º 2, 1998.
- CAMPUZANO TOME, Herminia, CARBAJO GONZÁLEZ, Julio y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora: «La adopción simple como institución sometida a revisión» en *La tutela de los Derechos del menor (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil)*, Dir. José Manuel González Porras, Dpto. de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Ed. Junta de Andalucía, Córdoba, 1984.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: «La adopción y figuras similares ante la nueva regulación» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.ºs 368-369 y 370-371, tomo XXXII, 1959.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: «Orden público y orden privado en el ordenamiento jurídico» en *Revista de Derecho Notarial*, año XXXVI, n.º CXLIV, abril-junio, 1989.
- *El poder irrevocable*, Cuadernos de Derecho Privado, n.º 22, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- CANO REVERTE, José María: «La nueva adopción» en *Revista de Derecho Notarial*, año XVIII, n.º LXXII, abril-junio, 1971.
- CAPEL CILLA, Ascensión: *Manual práctico de adopción internacional*, Ed. Octaedro, Barcelona, 1999.
- CAPILLA RONCERO, Francisco: «El Código Civil y el Estado de las Autonomías: la supletoriedad del Código Civil» en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas (Ponencias y comunicaciones a las Jornadas de Granada de mayo de 1988)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- CARBAJO GONZÁLEZ, Julio: «El derecho de relación con parientes y allegados» en *La Ley*, tomo 4, 2000.
- CÁRDENAS MIRANDA, Elva Leonor: «Convenio de la Haya: problemas de orden práctico en su aplicación. Análisis del procedimiento», conferencia impartida en el *Congreso sobre Adopción Internacional: procedimientos legales e integración social*, organizado por el Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción (Generalitat de Cataluña), celebrado del 25 al 27 de febrero, Barcelona, 1999.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Comentario al artículo 180 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- «Derecho Civil y materia civil en la legislación de Castilla-La Mancha» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VI, Ed. Aranzadi-BSCH, Madrid, 2000.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Comentario al art. 9.5 CC» en *Jurisprudencia Civil comentada*, tomo I, Dir. Miguel Pasquau Liaño, Ed. Comares, Granada, 2000.
- CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen: «La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de menores» en *Protección jurídica del menor*, VVAA, Ed. Comares, Granada, 1997.
- CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago: «Títulos nobiliarios, principio de igualdad y discriminación por sexo (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio)» en *La Ley*, n.º 3, 1998.
- CASADO GONZÁLEZ, José María: «La protección del menor en la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, de la Comunidad Autónoma andaluza» en *La protección del menor en Andalucía*, Ed. Comares, Granada, 2000.

- CASANELLAS BASSOLS, Raimón: «Las entidades colaboradoras de adopción internacional» (conferencia pronunciada en una de las mesas redondas de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.
- «Situación y perspectivas de la adopción internacional en España como medida de protección de los derechos de la infancia» en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Coord. M.ª Teresa Martín López, Colección «Estudios», Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.
- CASALS COLLDECARRERA, Miguel: Voz «Adopción» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1950.
- CASAS BARQUERO, Enrique: «Aspectos constitucionales y jurídico-positivos sobre la institución de la familia» en *Revista General de Derecho*, n.º 438, año XXVII, 1981.
- CASASÚS HOMET, Emilio: «Algunas consideraciones sobre el parentesco por adopción» en *Revista de Derecho Notarial*, año XXXII, n.º 125-126, julio-diciembre de 1984.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo V: Derecho de Familia, vol. 2.º: relaciones Paterno-filiales y Tutelares, 10.ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1995.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María: «Las II Jornadas Nacionales sobre la adopción» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 21, fasc. 4, 1968.
- «La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción (Derecho Comparado y la Ley española de 4 de julio de 1970)» en *Revista de Derecho Privado*, octubre, 1970.
- «La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Del Derecho Justiniano a los Códigos Civiles)» en *Revista General de Derecho*, año LI, n.º 603, diciembre de 1994.
- CASTELLÓN LEAL, Enrique: «Protección y tutela de menores» en *Ciencia Policial*, n.º 34, enero-febrero 1996.
- CASTEX, Gérard: «La intervención de las Administraciones Públicas de países europeos en las adopciones internacionales» (conferencia pronunciada en una de las mesas redondas de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.
- CASTRO LUCINI, Francisco: «La adopción en la compilación del Derecho Civil especial de Cataluña» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 15, fasc. 1, 1962.
- «Los derechos sucesorios del hijo adoptivo» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 15, fasc. 3, 1962.
- «Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: I. El adoptante» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 19, fasc. 2, 1966.
- «Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: II. El adoptado» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 21, fasc. 2, 1968.
- «Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: III. Forma o procedimiento» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 23, fasc. 2, 1970.
- «Notas sobre la nueva Ley de Adopción 21/1987, de 11 de noviembre» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XL, fasc. 4, 1987.
- «Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción» en *Revista de Derecho Privado*, 1988.
- *Temas de Derecho de Familia* (Contestaciones a los programas de oposiciones a Notarías y Registros de la Propiedad), Madrid, 1989.
- CASTRO RIAL, Juan Manuel: «El Convenio de la Haya sobre protección de menores» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIV, fasc. 4, 1961.

- CATALAYUD SIERRA, Adolfo: *El ámbito territorial español: Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional*, Cuadernos Notariales n.º 3, Ed. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997.
- CERDÁ GIMENO, José: «Notas de urgencia acerca del nuevo Proyecto de Ley de reforma de la adopción» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 580, 1987 y recopilado en *Estudios sobre el Derecho de Familia*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.
- COCA Payeras, Miguel: «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 88, 156 y 226 de 1993) en *Revista Jurídica de Catalunya*, año XCIII, n.º 2, 1994.
- «Adopción» en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Ed. Cívitas, Madrid, 1995.
- COESTER-WALTJEN, Dagmar: «Comentario a la reforma del Derecho de la Infancia de 1 de julio de 1998» en *Código Civil Alemán comentado BGB*, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 1998.
- CONDE DE BORRAJEIROS: «Los derechos nobiliarios de los hijos adoptivos» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXXVI, tomo XCV, n.º 6, 1987.
- CONRADI, Jeanette: «La adopción internacional en los países del este de Europa» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio: *Aspectos de los delitos contra la filiación y la nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Ed. Edersa, Madrid, 1996.
- CORTÉS VALDÉS, Marta: «Programa de Promoción de la Adopción de la Comunidad de Madrid» en *Trabajo Social Hoy*, 4.º época, n.º 3, 1994.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «La nulidad de una adopción y el interés del menor: conveniencia de la reinserción en la familia de origen (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001)» en *Actualidad Civil*, n.º 7, 2002.
- CORRAL GIJÓN, M.ª del Carmen: «Nuevas tendencias de la protección al menor» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXV, n.º 655, 1999.
- COSENTINO, Fabrizio: «Le frontiere mobili dell'adozione: interessi del minore, politiche del diritto, prospettive di riforma (a proposito di un recente libro pubblicato negli Stati Uniti)» en *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XIII, n.º 3, 1995.
- CRESPO ALLUE, Fernando: *La revocación del mandato*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1984.
- CRISTINO AGUDO, Francisco: *La legislación sobre el menor ¿un instrumento eficaz para su defensa y protección ?* (Ed. el propio autor), Huelva, 1992.
- Cruz CABALLERO, José María: «La adopción en el nuevo derecho alemán» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXXV, n.º 6, 2.ª época, tomo XCIII (n.º 261), 1986.
- CUARTERO RUBIO, María Victoria: «Adopción internacional y tráfico de niños» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LIII, 1 de marzo de 1999.

- CUESTA MARTÍNEZ, Álvaro: «Aspectos jurídicos de la adopción» en *Menores*, 4.<sup>a</sup> época, n.º 2, 1987.
- CHICHILLA MARÍN, Carmen: «La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en *Aranzadi Civil*, tomo I, 1995.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín G.: «La adopción de menores en Perú y la Convención sobre los Derechos del Niño» en *Revista de Derecho Vox Juris*, Universidad San Martín de Porres, año 3, n.º 3, 1993.
- DAVÌ, Angelo: «Problemi di diritto internazionale privato relativi all'applicazione della nuova legge italiana sull'adozione» en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, tomo I, año XVII, 1988.
- D'AGUANNO, José: *La génesis y la evolución del Derecho Civil (según los resultados de las ciencias antropológicas e histórico-sociales)*, Trad. Pedro Dorado Montero, Reimpresión, Jiménez Gil editor, Pamplona, 1999.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Los Derechos Civiles Forales en la Constitución» en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Serie Ciencia Política, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979.
- DE ALFONSO PINAZO, Carlos: «La competencia legislativa de la Generalitat de Cataluña en materia de filiación» en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas (Ponencias y comunicaciones a las Jornadas de Granada de mayo de 1988)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: «La responsabilidad derivada de gestión o mediación» en *Cuadernos de Derecho Judicial*, tomo IX: Contratos de Gestión, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos: «Los límites de los derechos y libertades. Evolución jurisprudencial del límite de orden público en España (I) y (II)» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1870 y 1871, de 1 de junio y de 15 de junio, año LIV, 2001.
- DE CASTRO GARCÍA-RUBIO, Fernando: «La protección del menor en Castilla-La Mancha» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VI, Ed. Aranzadi-BSCH, Madrid, 2000.
- DE COSSIO, Manuel y LEÓN-CASTRO, José: *Derecho Civil Español*, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada, 1999.
- DE FRUTOS, Miguel Ángel: «La intervención de las oficinas consulares en la adopción internacional», conferencia impartida en el *Congreso sobre Adopción Internacional: procedimientos legales e integración social*, organizado por el Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción (Generalitat de Cataluña), celebrado del 25 al 27 de febrero, Barcelona, 1999.
- DE LA ROCHA GARCÍA, Ernesto: *Los menores de edad en el derecho español*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- DE LA VALLINA DÍAZ, Alejandro: «Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción» en *Revista de Derecho Privado*, junio de 1969.
- DE LORENZO BROTONS, Cristina: «El Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional: la difícil transición hacia la puesta en práctica» (conferencia pronunciada en uno de los grupos de trabajo de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.

- «Adopciones internacionales irregulares o no reconocidas en España: situación jurídica de los menores extranjeros desplazados a España con motivo de su adopción» en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 20, 1999.
  - «La adopción internacional, nueva materia regulada por las Comunidades Autónomas» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. IX, Madrid, 2000.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis: «Las relaciones personales en el ámbito de la familia: el «status» del menor» en *La tutela de los Derechos del menor (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil)*, Dir. José Manuel González Porras, Dpto. de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Ed. Junta de Andalucía, Córdoba, 1984.
- DE MARINO, Rubén: «La capacidad adoptional» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIV, fasc. III, 1971.
- DE MARINO Y GÓMEZ-SANDOVAL, Belén: «Las adopciones transnacionales» en *La Ley*, año XX, n.º 4747, 1999.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: *Constitución democrática y pluralismo matrimonial*, Ed. EUNSA, Pamplona, 1985.
- «Las fuentes del Derecho Civil Navarro en la nueva configuración del régimen foral» en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 6, vol. 2.º, julio-diciembre, 1988.
  - *Curso de Derecho Civil Navarro*, tomo I: Introducción y Parte General, Ed. EUNSA, Pamplona, 1990.
  - «Comentario al artículo 172 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
  - «Comentario a la STC de 18 de octubre de 1993» en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 34, enero-marzo de 1994.
  - «La función normativa del título preliminar del Código Civil» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIX, fasc. III, julio-septiembre, 1996.
  - «La «Legislación civil» y la competencia autonómica en materia de asociaciones (A propósito de la STC 173/1998, de 23 de julio)» en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, tomo I (enero-abril), 1999.
  - «¿Derecho Civil Riojano?» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. V, Ed. Aranzadi-BSCH, Madrid, 2000.
  - «El mandato» en *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- DE PRADA SOLAESA, María Pilar: «El negocio jurídico de apoderamiento» en *Cuadernos de Derecho Judicial*, tomo IX: Contratos de Gestión, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (a propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)» en *Revista de Derecho Privado*, octubre, 1998.
- *Error y responsabilidad en el contrato*, Colección de Derecho Privado n.º 26, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
  - «La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *Revista General de Derecho*, n.º 660, año LV, 1999.
  - «Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica» en *Actualidad Civil*, n.º 2, 8 al 14 de enero, 2001.
- DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel y PONS GONZÁLEZ, Manuel: *Diccionario de Derecho Civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1984.

- y PONS GONZÁLEZ, Manuel, *Diccionario de Derecho Civil*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- DEL CAMPO CASASÚS, Carmen: «El Proyecto de Ley de Protección jurídica del menor y su debate parlamentario» en *Ciencia Policial*, n.º 34, enero-febrero 1996.
- DEL CORE, Sergio: «Sui criteri di valorizzazione dell' idoneità dei coniugi aspiranti all' adozione internazionale» en *Il Nuovo Diritto. Rassegna giuridica pratica*, año LXIV - fasc. 1, enero, 1987.
- Del MORAL GARCÍA, Antonio: «Algunas cuestiones procesales y orgánicas en materia de protección de menores» en *Memoria del Fiscal General del Estado*, Madrid, 1993.
- DELL' ANTONIO, Annamaria: «Convenzioni internazionali per l' adozione ed interesse del minore» en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, 1995.
- «Bambini e famiglie nell' adozione internazionale. Il supporto delle istituzioni» en *Diritti e Giustizia*, suplemento al n.º 0, mayo 1996.
- *Adozione internazionale e Convenzione dell' Aja*, Ed. FrancoAngeli, Milán, 1997.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «El *pseudo status familiae* en el Código Civil. Una nueva relación familiar» en *Revista de Derecho Privado*, octubre, 1992.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª Dolores: «Los contratos atípicos» en *Actualidad Civil*, n.º 16, 20 al 26 de abril, 1998.
- y HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Lecciones de Derecho de Familia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio: «Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXV, n.º 590, 1989.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Desamparo de menores y acogimiento» en *Aranzadi Civil*, tomo III, 1999.
- DÍEZ GÓMEZ, Aurelio: «Reforma del artículo 54 de la Ley del Registro Civil» en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 9, enero-marzo, 1994.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis
- «La capacidad para adoptar y el estatuto religioso del matrimonio» en *Anuario de Derecho Civil*, año MCMLXXI, tomo XXIV, fasc. III, 1971.
- «El principio de protección integral de los hijos (*Tout pour l' enfant*)» en *La tutela de los Derechos del menor (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil)*, Dir. José Manuel González Porras, Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Ed. Junta de Andalucía, Córdoba, 1984.
- *Familia y Derecho*, Ed. Cívitas, Madrid, 1984.
- «Las líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela» en *Documentación Jurídica* (Ministerio de Justicia), tomo XI, n.º 41, enero-marzo, 1984.
- «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil» en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas (Ponencias y comunicaciones a las Jornadas de Granada de mayo de 1988)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, vol. IV. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, 7.ª edición. Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil, vol. I/1. Introducción. Parte General. Derecho de la Persona*, 2.ª edición. Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil, vol. II/2. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, 2.ª edición. Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Colección «Los delitos», n.º 21, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: «Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre estado civil durante el año 1995» en *Actualidad Civil*, n.º 27, tomo III, 1996.
- «Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre estado civil durante el año 1996» en *Actualidad Civil*, n.º 27, 30 de junio al 6 de julio, 1997.
- «La inscripción de la adopción internacional en el Registro Civil español» (conferencia pronunciada en uno de los grupos de trabajo de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.
- «Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre estado civil durante el año 1999» en *Actualidad Civil*, n.º 27, 3 al 9 de julio, 2000.
- DOGLIOTTI, Massimo: «Luci (ed ombre) nella nuova legge sull'adozione» en *Giustizia Civile*, 1983.
- «Affidamento e adozione» in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, vol. VI, tomo 3, Ed. Giuffrè, Milán, 1990.
- «L'adozione internazionale e la Convenzione de L'Aja» en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, 1995.
- «Il procedimento di adozione nazionale ed internazionale» en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, año XXV, octubre-diciembre de 1996.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: «El fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992» en *La Ley*, n.º 3955, 1996.
- «¿Existe un Derecho Comunitario del menor? (La Unión Europea y los niños)» en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 146, 1997.
- DOMÍNGUEZ LOZANO, Pilar: «Comentario a la Resolución de la DGRN de 28 de abril de 1994» en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 38, abril-agosto, 1995.
- DONAPETRY CAMACHO, Bernardo
- «El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptado y de los adoptantes» en *La Ley*, tomo 4, 1990.
- DORAL, José Antonio: *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1967.
- DUNCAN, William: «Regulating Intercountry Adoption -an International Perspective» en *Frontiers of Family Law*, Centre for Family Law and Family Policy, University of East Anglia, Ed. Wiley, Norwich, 1993.
- DURÁN Y LALAGUNA, Paloma: «La homosexualidad» en *Los límites del Derecho*, Ed. Comares, Granada, 1996.
- DURÁN RIVACOBIA, Ramón: «Adopción por los abuelos maternos contra la voluntad del progenitor (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1989)» en *La Ley*, n.º 3, 1989.
- DURANTE, Francesco: «La tutela della vita prenatale nel diritto internazionale» en *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, Ed. Giuffrè, Milán, 1996.
- DUSSAN LUBERTH, M.<sup>a</sup> Jesús: «Convenio de la Haya: problemas de orden práctico en su aplicación. Análisis del procedimiento», conferencia impartida en el *Congreso sobre Adopción Internacional: procedimientos legales e integración social*, organizado por el Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción (Generalitat de Cataluña), celebrado del 25 al 27 de febrero, Barcelona, 1999.

- ECHAZARRETA FERRER, Mayte: «Ley aplicable a la privación de la patria potestad en un procedimiento de adopción internacional» en *Revista de Derecho de Familia*, n.º 5, octubre, 1999.
- y CARRO GÁNDARA, Rocío, «Mapa jurídico comunitario y español en materia de derecho de familia» en *Revista de Derecho de Familia*, n.º 6, enero, 2000.
- EIROA LÁZARO, Purificación: «La Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, de equiparación de hijos adoptivos» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VI, Ed. Aranzadi-BSCH, Madrid, 2000.
- EMANUELE, Carlo Ferdinando: «Il riconoscimento dei provvedimenti stranieri di adozione: interpretazioni giurisprudenziali e profili comparatistici» en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, n.º 3, año XXV, 1996.
- EQUIPO JURÍDICO DVE: *Todo sobre la adopción*, Ed. Colección legal de Vecchi, Barcelona, 1992.
- ESCUADERO LUCAS, José Luis: *La tuición del menor abandonado (Artículo 172 del Código Civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1995.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: «Artículo 39: protección de la familia» en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, Revista de Derecho Público, tomo IV, 1984.
- «Artículo 32: Derecho al matrimonio» en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dir. Óscar Alzaga Villaamil, tomo III (Artículos 24 a 38), Cortes Generales (Editoriales de Derecho Reunidas), Ed. EDESA, Madrid, 1996.
- «Artículo 39: Protección de la familia» en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dir. Óscar Alzaga Villaamil, tomo IV (Artículos 39 a 55), Cortes Generales (Editoriales de Derecho Reunidas), Ed. EDESA, Madrid, 1996.
- «Aproximación a la Ley Orgánica de protección jurídica del menor de 15 de enero de 1996» en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.º 27, 1997.
- «Una nueva familia: la adoptiva» (Conferencia pronunciada en la Escuela Social y Junta Provincial de Beneficencia de Salamanca, Salamanca, 1963) en *Cien Estudios jurídicos del Profesor Diego Espín de Cánovas (1942-1996)*, tomo I: Temas generales. Persona. Familia, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- ESPINAR VICENTE, José María: «La modificación del art. 9.5 del Código Civil en el proyecto de reforma sobre la adopción» en *La Ley*, n.º 1559, tomo IV, 1986.
- *Curso de Derecho Internacional Privado Español (Técnicas de Reglamentación y normas)*, vol. 1.º (Introducción a la Teoría General), Ed. Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1991.
- *Curso de Derecho Internacional Privado Español (Derecho Procesal Civil Internacional)*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1993.
- *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994.
- «La protección del menor y los distintos modelos de familia» en *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Ed. Cívitas, Madrid, 1996.
- *Ensayos sobre Teoría General de Derecho Internacional Privado*, Ed. Cívitas, Madrid, 1997.
- «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)» en *Actualidad Civil*, n.º 32, 1997.
- «Algunas consideraciones en torno a la nueva Ley de Extranjería» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 3, mayo-junio, III época, 2000.
- ESPINOSA CALABUIG, Rosario: «Una nueva reforma en materia de adopción internacional» en *Revista General de Derecho*, n.º 647, abril, 2000.

- ESPINOSA GARCÍA, Antonio: «El acogimiento familiar y la adopción en la Comunidad Autónoma de Extremadura» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VIII, Ed. Aranzadi-BSCH, Madrid, 2000.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos: «Comentario a la Resolución de la DGRN de 5 de octubre de 1995» en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 41, Ed. Cívitas, 1996.
- «Conclusión por parte de España de cuatro protocolos sobre adopción internacional» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVIII, n.º 2, 1996.
- «Reconocimiento en España de adopciones simples constituidas en el extranjero (En torno a la Resolución DGRN, de 27 de enero de 1996, sobre inscripción de adopción salvadoreña)» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VI, n.º 250, 1996.
- «El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España» en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, año XXXIII, n.º 1, 1997.
- «Sobre la adopción internacional» en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 23 (n.º especial: Protección del Menor), 1998.
- ESQUIVIAS JARAMILLO, José Ignacio: «La adopción internacional (I) y (II)» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LI, n.º 1808 y 1809, 1997.
- *Adopción internacional*, Ed. Colex, Madrid, 1998.
- «Las adopciones internacionales en el marco legal español. Armonización de legislaciones en Derecho Internacional Privado», conferencia pronunciada en el *Primer Congreso sobre Adopciones Internacionales*, organizado por ASEFA y celebrado en Madrid en octubre de 1998.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria: «Nota a la SAP de Valencia (Sección Tercera) de 15 de marzo de 1996» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIX, n.º 2, 1997.
- «Nota a la RDGRN de 16 de septiembre de 1996» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, n.º 1, 1998.
- *El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia: «Nota a los Autos del Registro Civil Central de 21 de junio y de 4 de septiembre de 1996» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIX, n.º 1, 1997.
- FARRÉ ALEMÁN, Josep M.ª: *Código Civil comentado y concordado*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- FAYA BARRIOS, Antonio Luis: «La protección internacional del menor» en *Protección jurídica del menor*, VVAA, Ed. Comares, Granada, 1997.
- FELIÚ REY, Manuel Ignacio: *Comentarios a la Ley de Adopción*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- «El artículo 179 del Código Civil como manifestación de los principios de protección al menor y *adoptio imitatur naturam*» en *La Ley*, tomo II, 1989.
- FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita: «Algunos aspectos del desamparo de menores en la Ley extremeña 4/94, de 10 de noviembre, de protección de menores» en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. 17, 1999.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano: «Derecho del Menor: La reforma de 1987» en *Menores*, Cuarta Época, n.º 7, 1988.

- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «Transexualismo. Cambio de sexo en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo» en *Aranzadi Civil*, vol. I, tomo I, 1997.
- FERNÁNDEZ CASADO, María Dolores: «Una aproximación al principio del interés superior del menor» en *Protección jurídica del menor*, VVAA, Ed. Comares, Granada, 1997.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: *Curso de Derecho Civil Foral*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.<sup>a</sup> Ángeles: *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales, Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.
- «El conflicto de intereses en la tutela y los medios de protección del menor: estudio del art. 221 del Código Civil» en *Actualidad Civil*, n.º 10, 2001.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: «La adopción» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIV, fasc. III, año MCMLXXI, 1971.
- FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique: «Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España» en *Actualidad Civil*, n.º 19, 11 al 17 de mayo, tomo 2, 1998.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «Reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIV, n.º 2-3, 1982.
- «Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho Internacional Privado y su aplicación judicial» en *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Cívitas, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Ginés: «La adopción y peculiaridades de su tratamiento legal» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. IV, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Los Derechos Históricos de los territorios forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración Foral Vasca*, Centro de Estudios Constitucionales, Ed. Cívitas, Madrid, 1985.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: «Adopción y prohijamiento en el Derecho Civil Navarro» en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 9, enero-junio, 1990.
- FERRANDIS VILELLA, José: «Nuevas perspectivas de la adopción» en *ICADE*, n.º 4, 1985.
- FERRER I RIBA, Josep: «Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y adolescencia en Cataluña» en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 7, vol. 3, 1995.
- FINOCCHIARO, Alfio: «La L. 4 maggio 1983 N.184, disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori» en *Giustizia Civile*, año XXXVII, enero, fasc. 2, 1987.
- FLORES GIMÉNEZ, Fernando: «El nuevo Reglamento de Extranjería: ¿una ampliación de derechos?» en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 47, enero-abril, 1997.
- FLUITERS CASADO, Rafael: «Acogimiento y adopción» en *Cuadernos de Derecho Judicial: Jurisdicción Voluntaria*, Consejo General del Poder Judicial, n.º 16, 1996.

- FORNER Y DELAYGUA, Joaquín-Juan: *Nombres y apellidos. Normativa interna e internacional*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique: «El Derecho internacional de protección del menor: el Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas» en *Documentación Jurídica* (Ministerio de Justicia), tomo XI, n.º 41, enero-marzo, 1984.
- FREDRIKSSON, Ulla: «La intervención de las Administraciones Públicas de países europeos en las adopciones internacionales» (conferencia pronunciada en una de las mesas redondas de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.
- GALGANO, Francesco: «Adozione» en *Dizionario Enciclopedico del Diritto*, vol. I, Ed. Cedam, Milán, 1996.
- GAMBÓN ALIX, Germán: *La adopción*, Ed. José M.ª Bosch, Barcelona, 1960.
- GARAU SOBRINO, Federico F.: »La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales, documentos públicos con fuerza ejecutiva y laudos arbitrales en materia civil, mercantil y administrativa» en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*, Coord. Luis Garau Juaneda y Rosario Huesa Vinaixa, Ed. BOE, Madrid, 1999.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: «La competencia legislativa civil según la Constitución» en *Revista de Derecho Privado*, mayo, 1983.  
— *Lecciones de Derecho Civil II: Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «El nuevo régimen de la adopción» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIV, fasc. III, año MCMLXXI, 1971.  
— «Familia y Constitución» en *Desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1982.  
— «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de Familia» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1992.  
— «La adopción» en *Derecho Civil Español, Común y Foral* de José Castán Tobeñas, tomo V, vol. 2.º, Ed. Reus, Madrid, 1995.  
— «Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia (1981-1990)» en *Revista Española de Derecho Eclesiástico*, n.º 52, 1995.  
— «La adopción de mayores de edad» en *Actualidad Civil*, n.º 41, vol. 4.º, 1998.  
— «Adoptio, semper reformanda est» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXVI, n.º 660, julio-agosto de 2000.  
— «Nacimiento, desarrollo e importancia actual del Derecho Comparado» en *Actualidad Civil*, n.º 2, vol. 1.º, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «La primacía normativa del Título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 33, abril-junio, 1982.
- GARCÍA DELGADO, Vicente: «La adopción de persona adulta en el Derecho estadounidense» en *Revista Jurídica de Catalunya*, año LXXXIII, n.º 4, 1984.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 5, vol. 2, 1982.
- GARCÍA GARCÍA, Esperanza: «La Adopción Internacional» en *Trabajo Social Hoy*, 4.º Época, n.º 10, 1995.  
— «La adopción internacional en las Comunidades Autónomas» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Aspectos civiles del ejercicio por la administración pública de la tutela sobre menores desamparados (art. 172 Código Civil)» en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, n.º 15, 1998.
- GARCÍA GÓMEZ, M.ª Elena: «Aspectos sociales de la adopción» en *Menores*, Cuarta Época, n.º 8, 1988.  
— y MONTANÉ MERINERO, M.ª Jesús, «La adopción internacional en España» en *Infancia y Sociedad*, n.º 12, 1991.  
— «La Adopción Internacional: aspectos jurídicos y sociales» en *Trabajo Social Hoy*, 4.º época, n.º 3, 1994.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, tomo I, Ed. Base, Barcelona, 1973.
- GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor» en *Actualidad Civil*, n.º 34, vol. 3.º, 1997.  
— «El menor ante el Derecho Comunitario» en *Actualidad Civil*, n.º 38, vol. 4.º, 1998.  
— «Las uniones de hecho: su problemática jurídica» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIV, n.º 648, septiembre-octubre de 1998.
- GARCÍA PASTOR, Milagros: «Comentarios a los arts. 154 a 180 CC» en *Jurisprudencia Civil comentada*, tomo I, Dir. Miguel Pasquau Liaño, Ed. Comares, Granada, 2000.  
— «El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción» en *Revista de Derecho de Familia*, n.º 8, julio, 2000.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Enrique J.: «La desafortunada doctrina del Tribunal Supremo en materia de adopción» en *Infancia y Adopción*, n.º 5, Barcelona, 1999.
- GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis: «Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión» en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: «Las nuevas familias: las uniones de hecho, régimen jurídico» en *El derecho y los servicios sociales*, Coord. Leticia García Villaluenga, Ed. Comares, Granada, 1997.  
— «Las uniones familiares de hecho en el Derecho Civil» en *Actualidad Civil*, n.º 41, vol. 3.º, 1996.  
— «Protección al menor en el nuevo Código Penal» en *Cuadernos de Trabajo Social*, n.º 10, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1997.  
— «El derecho del adoptado a conocer sus orígenes» en *I Jornadas de Protección al Menor en España y su protección hacia Iberoamérica*, Ed. El Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1999.
- GARCÍA ZARANDIETA, Serafín: «La filiación y el Registro Civil (Estudio sistemático de la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en el Código Civil) (1) y (3)» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año XXXVI, n.º 1272 y 1274, 1982.

- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «El *nasciturus* y el Derecho Civil» en *Revista de Derecho Notarial*, n.º 120, año XXXI, abril-junio de 1983.  
— *Derecho de Familia*, Ed. Trivium, Madrid, 1993.
- GARRIDO MAYOL, Vicente: «Leyes estatales, leyes autonómicas, derecho supletorio (A propósito de la primera Sentencia de casación en materia de Derecho Civil valenciano)» en *Revista General de Derecho*, n.º 606, año LI, 1995.
- GARRIDO MELERO, Martín: *Derecho de Familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- GARRIGA GORINA, Margarita: *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: «¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?» en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 32, octubre-diciembre, 1999.  
— «Uniones libres y competencia legislativa de ciertas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio Derecho Civil» en *La Ley*, tomo 5, 1999.  
— «Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables» en *Actualidad Civil*, n.º 17, 2001.
- GERMANÒ, Alberto: «L'adozione internazionale dalla legge 4 maggio 1983 N. 184 alla Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1983» en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, 1995.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: «Comentari als articles 4, 5 i 6» en *Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.  
— y BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- GIL MARTÍNEZ, Antonio: *La reforma de la adopción (Ley 21/87, Comentarios, Formularios Judiciales y administrativos)*, Ed. Dykinson, Madrid, 1990.
- GIMENO LAFUENTE, Javier: «Adopción: notas acerca de la reforma de la adopción» en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, n.º 87, marzo, 1988.
- GIMENO FERRER, Ana Isabel y MARTÍNEZ FANDÓS, María Teresa: «¿Tan difícil resulta adoptar en nuestro país? La adopción más allá de nuestras fronteras» en *La Ley*, año XVIII, n.º 4219 y 4220, 1997.
- GIRÓN LÓPEZ, César: «Estudio comparado de la normativa autonómica n materia de protección de menores» en *Protección jurídica del menor*, VVAA, Ed. Comares, Granada, 1997.
- GISBERT JORDÁ, Teresa: «Ley de Protección Jurídica del Menor» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año L, n.º 1776, 1996.
- GIUSEPPE, Alfossi, y otros: «Esigenze e diritti dei bambini in stato di abbandono» en *La Famiglia*, año XXX, n.º 179, Brescia, 1996.
- GOLDSTEIN, Joseph I.: «¿En el interés superior de quién?» en *Derecho, Infancia y Familia*, Coord. Mary Belof, Colección «Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos», Ed. Gredisa, Barcelona, 2000.
- GOMES LEANDRO, Armando: «Adopção Internacional» en *Infância e Juventude (Revista da Direção-Geral dos Serviços Tutelares de Menores)*, n.º 1, 1988.

- GÓMEZ CALLE, Esther: «Menor» en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Ed. Cívitas, Madrid, 1995.
- GÓMEZ, Yolanda: *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, serie IV: monografía n.º 18, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: «La adopción internacional. La Convención de La Haya y su aplicación» en el *Boletín de Estudios y Documentación del Comité español para el bienestar social (Nuevas Políticas para la infancia y adolescencia)*, n.º 5, Madrid, 1995.
- «La entrada en vigor en España del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVII, n.º 2, 1995.
  - «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» en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 28, 1996.
  - «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVIII, tomo I, 1996.
  - «El Reglamento de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción catalán: la crisis de la Dirección General d'atenció a la infancia» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIX, tomo II, 1997.
  - «Nuevas normas catalanas: el Código de Familia y la Ley de parejas de hecho» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. V, n.º 2, 1998.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y otros: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, 6.ª edición, Ed. Eurolex S.L., Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ LEÓN, Carmen: *El abandono de menores en el Código Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: «La protección de la juventud y de la infancia» en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.º 27, 1997.
- GONZÁLEZ SOLER, Olayo E.: «Estudio sobre la Ley de adopción» en *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, n.º 9, 1988.
- «Algunas consideraciones sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor» en *Revista de la Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil (Bienestar y protección infantil)*, año II, n.º 3, 1996.
  - «Marco jurídico de la protección infantil en el Estado español y en las diferentes Comunidades Autónomas» en *Manual de protección infantil*, Coord. Joaquín de Paul Ochotorena y M.ª Ignacia Arruabarrena Madariaga, Ed. Masson, Barcelona, 1996.
- GRASSO, Luciano: «Il caso di Lazzaro: L'adozione da parte del single riflessioni dello psicologo e del giudice sui rischi di innovazioni a misura di adulto» en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, año XXV, 1996.
- GREENFIELD, Joanna: «Inter-country adoption: a comparison between France and England» en *Adoption & Fostering*, vol. 19, n.º 2, 1995.
- GRÜNEWALD, Annika: «La adopción internacional en Suecia y el papel del Centro de Adopción» en *Boletín de Estudios y Documentación del Comité español para el bienestar social (Nuevas Políticas para la infancia y adolescencia)*, n.º 5, 1995.
- GUGLIELMI, Monica: «Adozione del single: rapporti tra norme comunitarie e legislazione statale» en *Giustizia Civile*, 1994.

- GUIHO, Pierre: «La conception française de l'ordre public international en matière de filiation» en *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Ed. Dalloz, París, 1991.
- GUIMELCHAIN, Frédérique: *L'adoption en 10 leçons. Toutes les démarches pas à pas*, Ed. Minerva, Genève (Suisse), 1999.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor» en *La Ley*, año XVII, n.º 3970, 1996.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos (Colabora: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel): *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Ed. Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.
- GUZMÁN ZAPATER, Mónica: *El derecho a la investigación de la paternidad (En el proceso con elemento extranjero)*, Cuadernos Cívitas, UNED, Madrid, 1996.
- HENDRIKS, Zef: «El papel de las agencias de adopción en su ámbito propio» en *Infancia y Sociedad*, n.º 33, 1995.
- «The role of adoption agencies in the field of adoption», conferencia impartida en el Seminario Europeo: *La familia y la protección a la infancia en la Unión Europea. Problemas legales y soluciones*, celebrado en el 20 y 21 de noviembre, Madrid, 1995.
- HEREDIA PUENTE, Mercedes y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: «Problemas y paradojas del Derecho de Extranjería, con especial referencia a los menores extranjeros» en *Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 39, 1995.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «Problemática jurídica en torno a las uniones de hecho», separata publicada por la Asociación de Profesores Jubilados de Escuelas Universitarias, Madrid, 1995.
- «El Derecho de Familia y sus principales reformas tras la Consitución de 1978» en *El derecho y los servicios sociales*, Coord. Leticia García Villaluenga, Ed. Comares, Granada, 1997.
- *La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998.
- «Algunas consideraciones de las leyes de la infancia y de la adolescencia de las Comunidades Autónomas» en *I Jornadas de Protección al Menor en España y su protección hacia Iberoamérica*, Ed. El Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1999.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, Vidal: «El acogimiento y la adopción frente al Registro» en *El Registro Civil*, vol. 15 de la colección «Cursos del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia», Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel: *Adopción Internacional*, Cuadernos Iusfinder, n.º 2, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- «De las relaciones paterno-filiales» y «De la adopción y otras formas de protección de menores» en *Compendio de Derecho de Familia*, Dir. Francisco LLedó Yagüe, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: «Los derechos forales como derechos históricos» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 52, año 18, 1998.
- HERRERO ESCRICH, Víctor: «Adopción Internacional» en *I Jornadas de Protección al Menor en España y su protección hacia Iberoamérica*, Ed. El Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1999.

- HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo: «Las manifestaciones de voluntad en la constitución de la adopción» en *Revista General de Derecho*, año XLIX, n.º 583, 1993.
- «Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)» en *Actualidad Civil*, n.º 2, 1995.
- «Las manifestaciones de voluntad en la constitución de la adopción» en *Revista General de Derecho*, año LI, n.º 612, 1996.
- *Derecho de Familia (Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid)*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo: «La distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y el alcance de la intervención judicial en relación con la protección de menores» en *Protección jurídica del menor*, VVAA, Ed. Comares, Granada, 1997.
- HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: «De la adopción» y «Comentarios a los artículos 175 y 177 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- *La adopción del propio hijo natural reconocido*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979.
- HUERTA HUERTA, Rafael y HUERTA IZAR DE LA FUENTE, César: *Fundaciones. Régimen civil, administrativo y fiscal*, tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- HUETE MORILLO, Luis María y MARINA DE ORTA, Eduardo: *La edad en la legislación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
- HURTADO FRANCO, Claudia Liliana y ROJO NOREÑA, José Ignacio: *Adopción Internacional de menores colombianos y derecho internacional privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Santa Fé de Bogotá, 1997.
- IACOVESCU, Ana y ZUGRAVESCU, Alexandre: «La adopción internacional en Rumanía» en *Infancia y Sociedad*, n.º 12, 1991.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan: «El indeterminado concepto de *los conceptos indeterminados*» en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 56, enero-abril, 2000.
- IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio: «Algunas reflexiones acerca de la atribución y adquisición de la nacionalidad española por adopción» en *Actualidad Civil*, n.º 17, 1996.
- «La protección del menor y la constitución de 1978» en *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores (en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Capítulo primero, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1996.
- ILLESCAS, Rafael: *Las Comunidades Autónomas en la Constitución de 1978*, Ed. Andalucía Libre, Granada, 1980.
- IRIARTE ÁNGEL, José Luis: «Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- «Comentarios a los arts. 9.4 y 5, 12.3 y 19 CC» en *Comentarios al Código Civil*, tomo I, Coord. Ignacio Sierra Gil, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- JAYME, Erik: «L'adozione internazionale. Tendenze e riforme» en *Rivista di Diritto Civile*, vol. 2, año XXX, 1984.

- JIMÉNEZ AYBAR, Iván: *Pasado, presente y futuro de la protección de los menores en Aragón*, Ed. Área de Servicios Públicos del Ayuntamiento de Zaragoza, Zaragoza, 1998.
- JIMÉNEZ BONILLA, Salvador: «Derecho de acceso a registros y archivos administrativos de expedientes en que consten datos de menores» en *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, Granada, 1997.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos: «La tutela inmediata de los menores desamparados» en *I Jornadas sobre regulación legal de la protección de menores*, San Sebastián, 15 y 16 de diciembre de 1988, Diputación Foral de Guipúzcoa, 1989.
- JONG, Leen de: «Las entidades colaboradoras de adopción internacional» (conferencia pronunciada en una de las mesas redondas de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.
- JORDANO BAREA, Juan B.: «Matrimonio y unión libre» en *Actualidad Civil*, n.º 6, febrero de 1999.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa: *Calificación registral de documentos que tiene origen en decisiones judiciales*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Centro de Estudios Registrales), Madrid, 1996.
- KLEIN, Michèle: *El desistimiento unilateral del contrato*, Ed. Cívitas, Madrid, 1997.
- KRSNIK CASTELLÓ, Sergio: «La intervención de las oficinas consulares en la adopción internacional» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, vol. 2.º, Ed. José M.ª Bosch, Barcelona, 1989.
- *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, tomo I: Parte General y Reales, Dir. Joaquín Rams Albesa, Francisco Corral Dueñas y José Luis Lacruz Bescón, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y José M.ª Bosch, Barcelona, 1992.
- *Elementos de Derecho Civil, I. Parte general*, vol. 3.º: Derecho Subjetivo y negocio jurídico, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º: Contratos y Cuasicontratos, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- LAFORA GONZÁLEZ, Águeda: «Tráfico de menores y adopción internacional» en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Coord. M.ª Teresa Martín López, Colección «Estudios», Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «Comentarios al artículo 19 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- «Derecho civil común de España y Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas» en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre, 1994.
- «Adquisición de la nacionalidad española determinada por el momento de la concepción» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1906, de 1 de diciembre, año LV, 2001.
- LANGEN DE, Miek: «La adopción internacional» en *XIII Congreso Mundial: Las nuevas familias*, Ed. Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia, Turín, 16 al 21 de septiembre de 1990.

- LARA AGUADO, Ángeles: *El nombre en Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- LASARTE, Carlos: «Notas sobre la nacionalidad del menor de edad extranjero adoptado por españoles» en *Revista de Derecho Privado*, junio, 1975.
- «Artículo 12: Mayoría de edad» en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dir. Óscar Alzaga Villaamil, Tomo II (Artículos 10 a 23), Cortes Generales (Editoriales de Derecho Reunidas), Ed. EDESA, Madrid, 1996.
- LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel: «Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería. Normativa de extranjería» en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Coord. Salomé Adroher Biosca y Pilar Charro Baena, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- *Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- LEAL PÉREZ-OLAGÜE, M.<sup>a</sup> Luisa: «La adopción: Aspectos jurídicos y sociales» en *Menores*, Cuarta Época, n.º 8, 1988.
- «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil» en *La Ley*, año XVII, n.º 3986, 1996.
- LEGUINA VILLA, Jesús: «Las Comunidades Autónomas» en *La Constitución Española de 1978*, Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría, Ed. Cívitas, Madrid, 1984.
- LEMA DÍAZ, Teresa: «Datos biológicos y adopción. La aplicación del art. 28 de la Ley 37/91, de 30 de diciembre, del Parlament de Catalunya» en *Revista Jurídica de Catalunya*, año XCIII, n.º 4, 1994.
- LEÓN ARCE, Alicia: «Reflexiones en torno a la regulación española en materia de patria potestad en relación al principio tout pour l'enfant» en *La tutela de los Derechos del menor (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil)*, Dir. José Manuel González Porras, Dpto. de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Ed. Junta de Andalucía, Córdoba, 1984.
- LEÓN LEÓN, Francisco: «La irrevocabilidad del mandato: un problema no resuelto, o ante una aporía jurídica» en *Revista de Derecho Privado*, mayo, 1994.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: «Personas que pueden adoptar y ser adoptadas» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, José M.<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 1992.
- «Comentario al artículo 20 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- LEDDO YAGÜE, Francisco: «Comentario al Proyecto de Ley de Adopción» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIX, fasc. IV, octubre-diciembre de 1986.
- «Sobre nulidad de adopción plena (Sentencia de 18 de marzo de 1987)» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLI, fasc. I, enero-marzo de 1988.
- LLEVADOT I ROIG, Ramón: «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas y el ordenamiento comunitario» en *XVI Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, vol. I, Dirección General de Servicio Jurídico del Estado, Ed. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1990.
- LLEVARÍA SAMPER, Sergio: *Hacia la familia no matrimonial*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1997.

- LINACERO DE LA FUENTE, María: «Comentario a la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 3, mayo-junio, III Época, 2000.
- *El nombre y los apellidos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- «El registro civil y la familia» en *El derecho y los servicios sociales*, Coord. Leticia García Villaluen-ga, Ed. Comares, Granada, 1997.
- «Notas sobre el Registro Civil» en *Revista de Derecho Privado*, febrero, 1998.
- «La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero» en *Actualidad Civil*, tomo 4, 1999.
- LINARES ANDRÉS, Lucía: *Las Fundaciones: patrimonio, funcionamiento y actividades*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- LINARES NOCI, Rafael: *Poder y mandato (Problemas sobre su irrevocabilidad)*, Ed. Colex, Madrid, 1991.
- LONGOBARDO, Tilde: «La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo» en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, año XX, n.º 1 y 2, 1991.
- LOON, Hans van: «La Convención de la Haya de 1993 sobre protección de los niños y cooperación con respecto a la adopción internacional. Su impacto, implementación y otras implicaciones más amplias» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.
- «La Convención de la Haya sobre adopciones entre países: objetivo, procedimientos y medidas de protección», conferencia impartida en el *Congreso sobre Adopción Internacional: procedimientos legales e integración social*, organizado por el Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción (Generalitat de Catalunya), celebrado del 25 al 27 de febrero, Barcelona, 1999.
- LOPATKA, Adam: «¿Por qué es indispensable la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ?» en *Menores*, n.º 17 -18, 4.ª Época, septiembre-diciembre, 1989.
- LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier: «Reflexiones en torno a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 y 31 de enero de 2001 sobre el derecho al matrimonio del transexual» en *Revista del Poder Judicial*, n.º 63, 3.ª Época, 2001.
- LÓPEZ BURNIOL, Juan José: «La Ley catalana de uniones estables de pareja» en *Revista Jurídica de Catalunya*, año XCVIII, n.º 3, 1999.
- LÓPEZ CABALLERO, Alberto: «La adopción en Alemania» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXX, tomo LXXXII, n.º 1, 1981.
- LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M.: *Retención y mandato*, Studia Albornotiana, Dir. Evelio Verdera y Tuells, n.º XX-VII, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976.
- «La gestión típica derivada del mandato» en *Cuadernos de Derecho Judicial*, tomo IX: Contratos de Gestión, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- LÓPEZ NAVARRO, Jorge: «La tutela y guarda de menores» en *Lunes 4.30*, n.º 184, año IX, 1996.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco: *Manual de Fundaciones*, Ed. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1996.
- *La ordenación legal de las asociaciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.
- LÓPEZ ORELLANA, Isabel: «La adopción internacional» en *Revista General de Derecho*, año LII, n.º 622-623, 1996.

- LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo: «La filiación» en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 17, enero-marzo, 1996.
- LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen: *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al Derecho Moderno*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1999.
- LORENZO MARTÍN, Josefa: «La protección del menor en la Comunidad Autónoma de Madrid» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. IX, Madrid, 2000.
- LOZANO PINTO, Yineth: «La nueva regulación de la adopción en el derecho colombiano» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIX, fasc. III, julio-septiembre, 1996.
- MADRUGA MÉNDEZ, José: «La adopción» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 16, fasc. 3, 1963.
- MALO, Fernando: «Glosa al requisito de la diferencia de dieciséis años entre adoptante y adoptado» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 542, año LVII, enero-febrero de 1981.
- MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J.: «Del artículo 149.1.8.ª de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas» en *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 1, 1993.
- «Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro Derecho» en *Explotación y Protección Jurídica de la Infancia*, Coord. Carlos Villagrasa Alcaide, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998.
- MANDIROLA BRIEUX, Pablo: *Introducción al Derecho Islámico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.
- MANERA, Giovanni: «Sul modo di computo delle differenze di età tra adottante ed adottato richieste dagli artt. 6 e 30 della legge n. 184 del 1983» en *Il Nuovo Diritto. Rassegna giuridica pratica*, año LXX, fasc. 6, junio, 1993.
- «Sul decreto de idoneità quale primo atto del procedimento di adozione internazionale» en *Il Nuovo Diritto. Rassegna giuridica pratica*, año LXXI, fasc. 12, diciembre, 1994.
- «Se i provvedimenti esterile di adozione di minori stranieri abbiano o meno efficacia automatica in Italia dopo l'entrata in vigore della legge N. 218 del 1995» en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, 1996.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil Español*, 6.ª edición, tomo II, Ed. Reus, Madrid, 1944.
- MANTECA ALONSO-CORTÉS, Julián: «La adopción (Comentarios a la Reforma de la Ley de 1970)» en *Revista de Derecho Notarial*, año XVIII, n.º LXXII, abril-junio, 1971.
- MARCH CERDÀ, Martí X.: *La adopción en Mallorca. Una investigación evaluativa*, Ed. el Servicio de Publicaciones Científicas de la Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1993.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: «Peculiaridades del Derecho Civil valenciano en el ámbito de la protección al menor» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. V, Madrid, 2000.
- MARINA HERNANDO, Alfonso: «La adopción Internacional y el tráfico de menores» en *Infancia y Sociedad*, n.º 33, 1995.
- Martín CASALS, Miquel: «Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVIII, fasc. IV, octubre-diciembre, 1995.
- «Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja» en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 12, año 6, enero-diciembre de 1998.

- «Las parejas de hecho en el Derecho Europeo: realidades, variantes y perspectivas» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Asociación Española de Abogados de Familia, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- MARTÍN MEDEM, José Manuel: *Niños de repuesto. Tráfico de menores y comercio de órganos*, Ed. Complutense, Colección Andreída, Madrid, 1994.
- MARTÍN MORÓN, M.<sup>a</sup> Teresa: «Breve comentario a la Ley 37/1991, de 30 de Diciembre, del Parlamento de Cataluña, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción» en *Revista General de Derecho*, año XLVIII, n.º 572, 1992.
- MARTÍN ROSADO, Mariano: «La adopción y el acogimiento familiar: introducción jurídica», ponencia presentada en la Jornada sobre Adopción y Acogimiento Familiar celebrada en Madrid en la Escuela de Estudios del Menor, el 11 de marzo, Madrid, 1987.
- MARTÍN VIDA, María Ángeles: «La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio)» en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), n.º 99, enero-marzo, 1998.
- MARTINELL, Josep María
- y REINA BERNÁLDEZ, Víctor, *Las uniones matrimoniales de hecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- y ARECES PIÑOL, M.<sup>a</sup> Teresa, *Uniones de hecho* (recopilación de las ponencias, comunicaciones e intervenciones de las XI Jornadas Jurídicas de la Facultad de Derecho y Economía, celebradas el 12 y 13 de noviembre de 1996), Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Economía de la Universidad de Lérida, Lérida, 1998.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil)» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLV, fasc.IV, 1988.
- *El Derecho Civil a finales del siglo XX*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de familia*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, 1996.
- «Las uniones de hecho. Derecho aplicable» en *Actualidad Civil*, n.º 36, tomo 4, vol. 2, 1999.
- «La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes» en *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis: «¿Pueden adoptar los albaceas? (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1982)» en *La Ley*, tomo II, 1982.
- MARTÍNEZ GUIJARRO, José Luis: «La Ley del Menor de Castilla-La Mancha» en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Coord. M.<sup>a</sup> Teresa Martín López, Colección «Estudios», Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: «El transexualismo en el Derecho español (3): otras sentencias del Tribunal Supremo sobre el cambio de sexo» en *Actualidad Civil*, n.º 46, tomo III, 1990.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: «Comentarios al Proyecto de Ley sobre adopción» en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, n.º 80, agosto, 1987.
- «Adopción: Comentarios a la reforma de la Ley 21/87 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción» en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, n.º 87, marzo, 1988.

- MATA RIVAS, Francisco: «El derecho del menor a ser oído y la incidencia de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en el Derecho Aragonés» en *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1996.
- MATEO PÉREZ, María: «La adopción en Bolivia» en *Revista de Treball Social*, n.º 144, diciembre de 1996.
- MATTEI, Jean-François: *Enfant d'ici, enfant d'ailleurs. L'adoption sans frontière*, Ministerio de Justicia, París, 1995.
- MAYOR DEL HOYO, M.ª Victoria: «En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los derechos del Niño» en *Derecho Privado y Constitución*, año 3, n.º 7, 1995.
- «Notas acerca del Convenio de La Haya sobre Adopción Internacional» en *Revista de Derecho Privado*, noviembre, 1995.
- Reseña del libro de «Sofía de Salas Murillo, Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho Español, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo III, fasc. I, 2000.
- MEILÁN GIL, José Luis y RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime F.: «Derechos forales y competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLII, fasc. I, 1989.
- MELIÁ LLACER, Reyes: «La protección internacional de los derechos de los niños» en *Revista General de Derecho*, año XLV, n.º 536, 1989.
- MÉNDEZ PÉREZ, José: *El acogimiento de menores*, Ed. Bosch, Barcelona, 1991.
- *La adopción*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- MÉNDEZ TOMÁS, Rosa M. y VILALTA NICUESA, Aura Esther: *Acciones sobre el contrato de mandato*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- *Expedientes y solicitudes sobre nombres y apellidos*, Biblioteca Básica de Derecho Procesal, n.º 73, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- MERÍN CAÑADA, Tomás: «La Adopción Internacional, hoy» en *Trabajo Social Hoy*, 4.º Época, n.º 3, 1994.
- MEYER-FABRE, Nathalie: «La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale» en *Revue Critique de Droit Internationale Privé*, tomo 83, n.º 2, 1994.
- MILLARES SANGRO, Pedro Pablo: «Nota acerca de la mejor idoneidad del adoptante en la adopción internacional conforme al ordenamiento jurídico español», Madrid, 1989.
- «La ratificación por España de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño» en *Actualidad Civil*, n.º 39, tomo III, 1991.
- MIRAMBELL I ABANCÓ, Antoni y ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «El Dret de Família a Catalunya» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. III, Ed. Aranzadi-BSCH, Madrid, 2000.
- MNOOKIN, Robert: *In the Interest of Children: Advocacy, Law Reform and Public Policy*, Ed. W.H. Freeman Co., Nueva York, 1985.
- MONÉGER, Françoise: «Á propos du projet de loi de ratification par la France de la Convention de la Haye sur la protection des enfants et l'adoption internationale du 29 mai 1993» en *JCP Semaine Juridique-Édition Générale*, n.º 8-9, 1998.

- MONTALVO MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> Dolores: «La Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. III, Ed. Aranzadi-BSCH, Madrid, 2000.
- MONTANÉ MERINERO, M.<sup>a</sup> Jesús: «La evolución de la adopción internacional en España» en *Anuario de Psicología*, Universitat de Barcelona, n.º 71, 1996.
- MONTÉS PENADES, Vicente Luis: «Perfiles jurídicos de la relación de gestión» en *Cuadernos de Derecho Judicial*, tomo IX: Contratos de Gestión, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- MORALES DORADO, Inés: «El acogimiento y la nueva Ley de Protección Jurídica del Menor» en *Anuario Jurídico Económico Escorialense*, época II, n.º XXX, 1997.
- MORENO FLÓREZ, Rosa María: «La adopción póstuma» en *La Ley*, n.º 452, tomo III, 1982.  
— *Acto constitutivo de la adopción*, Ed. Colex, Madrid, 1985.
- MORENO GIL, Óscar: *Código Civil y Jurisprudencia Concordada*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996 y 2000.
- MORENO QUESADA, Bernardo: «La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil» en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*. *Asociación de profesores de Derecho Civil*, tomo II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.  
— y otros, *Derecho Civil de la persona y de la familia. Con apéndice legislativo. Para estudios de trabajo social*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- MORENO TORRES SÁNCHEZ, M.<sup>a</sup> Dolores: «Derecho al matrimonio del transexual operado» en *Revista de Derecho de Familia*, n.º 8, julio, 2000.
- MORENO TRUJILLO, Eulalia: «Actuaciones de protección del menor» en *Protección jurídica del menor*, VVAA, Ed. Comares, Granada, 1997.
- MORENO VERDEJO, Jaime: «Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles no matrimoniales» en *Revista General de Derecho*, año LI, n.º 603, diciembre de 1994.
- MORENTE MEJÍAS, Felipe: *Los menores vulnerables*, Universidad de Jaén, Jaén, 1997.
- MOROZZO DELLA ROCCA, Franco: «Brevi note in tema di adozione internazionale» en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, julio-septiembre, año XIII, 1984.
- MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo: «Adozione plena, minus plena, e tutela delle radici del minore» en *Rivista Critica del Diritto Privato*, n.º 4, año XIV, 1996.
- MOURA RAMOS, Rui Manuel: «La protección de los menores en el ámbito internacional. Las nuevas normas convencionales de La Haya aplicables a la protección de menores en supuestos de conexión múltiple» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- MOYA ESCUDERO, Mercedes: «Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (sección 4.<sup>a</sup>) de 25 de abril de 1995» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVII, n.º 2, 1995.  
— «Retirada por España de la reserva prevista en el artículo 15 del Convenio número X de la Haya de 5 de Octubre de 1961, sobre la competencia de autoridades y la Ley aplicable en materia de protección del menor: incidencia en la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales españoles» en *Revista General de Derecho*, año LI, n.º 612, 1996.

- MUIR WATT, Horatia: «Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale (1)» en *Revue Critique de Droit Internationale Privé*, n.º 3, 1999.
- NACIONES UNIDAS: CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL)  
— «La situación mundial en lo que respecta al tráfico internacional de menores» (Informe preparado por el Instituto Latinoamericano para la prevención del Delito y el Tratamiento del delincuente), junio, 1995.
- NANCLARES VALLE, Javier: «La adopción por parejas homosexuales en Derecho Navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio» en *Aranzadi Civil*, II, 2001.
- NAVARRO ATIENZA, Manuel Andrés: «La legislación sobre protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados» en *Protección jurídica del menor*, VVAA, Ed. Comares, Granada, 1997.
- NAVARRO LUNA, Jaume: «La protección de menores en la Comunidad Valenciana» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. V, Madrid, 2000.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «La competencia en materia civil de la generalidad de Cataluña» en *Revista de Derecho Privado*, octubre, 1994.
- NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen: «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor» en *La Ley*, año XVII, n.º 4135, 1996.
- O'BRIAN, Charles: «Transracial Adoption in Hong Kong» en *Child Welfare*, vol. LXXIII, n.º 4, 1994.
- O'CALLAGHAN, Carlota: «El acogimiento y la adopción en Cataluña» en *Actualidad y Derecho*, n.º 6, tomo I, 1993.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «El derecho a la intimidad» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1992.  
— *Investigación de la paternidad. Acciones de filiación. Acción de investigación de la paternidad. Prueba biológica*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993.  
— *Código Civil. Comentado y con Jurisprudencia*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1996.  
— *Compendio de Derecho Civil: Derecho de Familia*, tomo IV, 4.ª edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1996.  
— «Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor» en *La Ley*, año XVII, n.º 4077, 1996.
- OLIVER ALBUERNE, Mercedes: «Las crisis familiares y los menores: problemática social y jurídica» en *I Jornadas sobre regulación legal de la protección de menores*, San Sebastián, 15 y 16 de diciembre de 1988, Diputación Foral de Guipúzcoa, 1989.
- OLIVER SOLA, M.ª Cruz: «El modelo civil español tras la Ley 21/1987, de 11 de noviembre» en *Tres modelos de reinserción familiar*, Ed. Popular, Madrid, 1991.
- OLIVER TORELLÓ, Josep Ll.: «Les transferències als consells insulars en matèria de protecció de menors» en *Alimara*, n.º 41, 2.ª época, junio, 1998.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia: «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)» en *Aranzadi Civil*, tomo I, vol. 2.º, 1998.

- «Nota al Auto de la AP de Barcelona (Sección 12) de 28 de febrero de 1997» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, n.º 2, 1998.
- ORTELLS RAMOS, Manuel: «La competencia judicial en la ley de reforma de la adopción» en *Justicia*, 1988.
- ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, Antonio y MILLARES SANGRO, Pedro Pablo: «El tratamiento de los menores en el Derecho Internacional Privado Español. La coexistencia entre las soluciones convencionales y la búsqueda del interés del menor» en *Problemas candentes en los procesos de familia*, Asociación Española de Abogados de Familia, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.
- ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: «Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la Ley Orgánica 1/199, de 15 de enero, de protección jurídica al menor» en *Actualidad Civil*, n.º 44, tomo III, 1996.
- OSSORIO SERRANO, Juan Miguel: «Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de adopción, guarda y acogimiento de menores. Las entidades públicas a las que se refiere la Ley 21/1987, de 11 de noviembre» en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas (Ponencias y comunicaciones a las Jornadas de Granada de mayo de 1988)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- «Notas acerca de la propuesta previa a la adopción» en *Actualidad Civil*, n.º 18, tomo II, 1990.
- «Comentario a la DA 3.ª de la Ley 21/1987» en *Comentarios a la reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- OTAEGUI AIZPURÚA, Idoia: «Notas sobre la tramitación administrativa de las adopciones internacio: es en el territorio histórico de Gipuzkoa» en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 51, mayo-agosto, 1998.
- OTERO, Alfonso: «Sobre la realidad histórica de la adopción» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. XXVII y XXVIII, 1957-1958.
- PAJA BURGOA, José A.: *La Convención de los Derechos del Niño*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- PALACIOS, Jesús, SÁNCHEZ SANDOVAL, Yolanda y SÁNCHEZ ESPINOSA, Encarna M.ª: *La adopción en Andalucía*, Junta de Andalucía (Dirección General de atención al Niño), Sevilla, 1997.
- PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores: *Aspectos civiles de la protección de menores en el Principado de Asturias*, Ed. Consejería de Servicios Sociales del Principado de Asturias, Oviedo, 1999.
- PALOMO HERRERO, Yolanda: *Reconocimiento y exegatur de resoluciones judiciales según el Convenio de Bruselas de 27-09-1968*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- PANIZO Y ROMO DE ARCE, Alberto: «Los procesos de Derecho de Familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 3, mayo-junio, III época, 2000.
- PANTOJA GARCÍA, Félix: *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Ed. Colex, Madrid, 1997.
- «Unas notas a las instituciones de protección de menores modificadas por la Ley Orgánica 1/96» en *El menor en la legislación actual*, Fundación Antonio de Nebrija, Madrid, 1998.
- PARGA LISTA, Roberto: «La adopción simple no es obstáculo para la posterior legitimación adoptiva» en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n.º 11, 1996.

- PARÍS ALONSO, Juan Antonio: *Manual de Registro Civil para los Registros Civiles Consulares*, Ed. Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1996.
- PARRA ARANGUREN, Gonzalo: *Rapport explicatif «Actes et documents de la Dix-septième session»*, tome II, Adoption-coopération, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haya, 1994.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Ángeles: *Orientaciones actuales del estado civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993.
- PASCUAL ESTEBAN, José Luis: «La tutela y la guarda de menores por las entidades públicas. El acogimiento. La adopción» en *Revista de Derecho Notarial*, año XXXV, n.º 140, abril-junio, 1988.
- PASCUAL MEDRANO, Amelia: «Los derechos fundamentales y la Ley de Protección del Menor» en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 22, 1996.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: «Sobre la interpretación de los términos *legislación civil* del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución» en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas (Ponencias y comunicaciones a las Jornadas de Granada de mayo de 1988)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- PASTOR ÁLVAREZ, M.<sup>a</sup> del Carmen: «El interés del menor en las leyes civiles que regulan su protección jurídica» en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, n.º 15, 1997.
- PAU PEDRÓN, Antonio: *Curso de práctica registral*, Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995.
- PAZ AGÜERAS, José Manuel: *La adopción consular*, Ministerio de Asuntos Exteriores (Biblioteca diplomática española), Madrid, 1990.
- «La adopción consular: el problema de la propuesta previa» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1552, 1990.
- PELÁEZ, Ignacio: «La adopción en el Derecho Comparado europeo» en *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.
- PELEGRÍ, Xavier: «*Adopciones Internacionales*». Colaboración del Colegio de Trabajadores Sociales de Cataluña con la Dirección General de atención a la infancia de la Generalitat de Cataluña. Reunión de la Comisión Técnica Interautonómica, organizada por la Dirección General de Protección Jurídica del Menor del Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: «El Anteproyecto de Código Civil español» en *Centenario de la Ley del Notariado*, Ed. Reus, Madrid, 1965.
- «Comentario a los arts. 108-111 del CC» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- *Derecho de Familia*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989.
- PERALTA ANDÍA, Javier Rolando: *Derecho de Familia en el Código Civil*, Ed. Idemsa, Lima, 1996.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: «El régimen jurídico de la adopción» en *El régimen jurídico de la adopción. La Ley de Adopción de 11 de noviembre de 1987*, n.º 16 de la Colección Aragón de Bienestar Social, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1989.
- *La nueva adopción*, Ed. Cívitas, Madrid, 1989.
- «Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991» en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 26, abril-agosto de 1991.

- «Sobre el desamparo y la tutela administrativa» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Ed. José M.<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 1992.
  - «La adopción en el sistema vigente de protección de menores» en *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.
- PÉREZ BEVIÁ, José Antonio: «El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho Español*, Ed. Comares, Granada, 1996.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: *Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1995.
- PÉREZ OREIRO, José Ramón: «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor» en *Instituciones Protectoras del Menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos, 1999.
- PÉREZ VERA, Elisa: «El menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, n.º 1, 1993.
- «Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- PICONTÓ NOVALES, Teresa: *La protección de la infancia. (Aspectos sociales y jurídicos)*, Ed. Egado, Zaragoza, 1996.
- PIETRO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo: «El nuevo régimen procesal de la adopción» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXXVI, tomo XVC, n.º 5, noviembre, 1987.
- PILOTTI DAVIES, Francisco: «Las adopciones internacionales en América Latina: antecedentes sociales, psicológicos e históricos. Sugerencias para su reglamentación» en la *Reunión de expertos sobre adopción de menores*, organizada por el Instituto Interamericano del Niño en Quito (Ecuador) del 7 al 11 de marzo de 1983, Ed. Unidad de Asuntos Sociales del Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1987.
- «Adopción entre países: tendencias, asuntos e implicación de la política de los años noventa», informe elaborado para el Instituto Interamericano del Niño, Quito, 1991.
- PILLADO MONTERO, Antonio: «Notas sobre el Proyecto de Ley de Reforma en materia de adopción» en *Revista de Derecho Privado*, LXXI, n.º de mayo, 1987.
- PILLITU, Paola Anna: «Sull'adottabilità in Italia di misure di protezione riguardanti minori italiani all'estero» en *Rivista di Diritto Civile*, vol. 2, año XXX, 1984.
- PLANIOL-RIPERT: *Traité élémentaire de Droit civil*, tomo I, París, 1948.
- POISSON-DROCOURT, J.: «L'adoption internationale» en *Revue Critique de Droit Internationale Privé*, 1987-4.
- PORTERO GARCÍA, Luis: «Algunos aspectos relativos a la adopción y acogimiento» en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 6, 1999.

- PUENTE MUÑOZ, Teresa: «El derecho a la intimidad en la Constitución» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIII, fasc. IV, octubre-diciembre, 1980.
- PUIG BRUTAU, José: «El poder irrevocable y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *Revista de Derecho Privado*, junio, 1962
- *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1956; y tomo IV, 2.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.
- PUIG I FERRIOL, LLuís, y ROCA TRÍAS, Encarna: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. II, 5.ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- PULIDO QUECEDO, Manuel: *La Constitución Española (Con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.ª Corona: «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVII, fasc. II, abril-junio, 1994.
- QUICIOS MOLINA, M.ª Susana: *Determinación de la filiación matrimonial por reconocimiento*, Biblioteca de Derecho Privado, n.º 84, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y contratos*, Ed. Librería Técnica Universitaria «Figuerola 2», Cáceres, 1997.
- «Aspectos generales del Derecho Civil extremeño» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VIII, Ed. Aranzadi-BSCH, Madrid, 2000.
- *Estudio legislativo y jurisprudencia de Derecho Civil: Obligaciones y contratos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique: *La persona y su capacidad civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- «Niños y jóvenes en el Derecho Civil Constitucional» en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 7, vol. 3, 1995.
- *Ciudadanía y Familia: Los Estados Civiles de la Persona*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999.
- RAMOS SÁNCHEZ, Javier: «Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad» en *La Ley*, vol. 2, 1989.
- RALLO LOMBARTE, Artemi: «Uniones conyugales de hecho y Constitución (La necesidad de clarificar la contradictoria jurisprudencia constitucional)» en *Revista General de Derecho*, año LI, n.º 606, 1996.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «La privación de la patria potestad» en *Aranzadi Civil*, tomo I, 1995.
- REGLERO CAMPOS, Fernando: «Normas civiles de la Comunidad Autónoma de Madrid» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. IX, Madrid, 2000.
- REMIRO BROTONS, Antonio: «Tratados internacionales como parte del ordenamiento interno» en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dir. Óscar Alzaga Villaamil, tomo VII (Artículos 81 a 96), Cortes Generales (Editoriales de Derecho Reunidas), Ed. EDESA, Madrid, 1996.
- RETUERTO BUADES, Margarita: «La protección de la infancia y de la juventud en la Constitución de 1978» en *El menor en la legislación actual*, Fundación Antonio de Nebrija, Madrid, 1998.
- RICH OLIVA, Manuel: *Esquemas procesales. Esquemas de los procedimientos y trámites civiles*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

- RICO PÉREZ, Francisco: *La protección de los menores en el Derecho Civil Español (I, II, III, IV)*, trabajo elaborado para el X Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Hungría en 1978 y para las Jornadas de la «Association Henri Capitant» celebradas en El Cairo en 1979, París, 1980.
- *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1980.
- RIPOL-MILLET, Aleix: «Familias sustitutas, Acogimiento familiar, Adopción. Tendencias Internacionales» en *Trabajo Social Hoy*, 4.º época, n.º 7, 1995.
- RIVAS VALLEJO, M.ª del Pilar: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín: «La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes» en *Cuadernos de Trabajo Social*, n.º 10, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1997.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor» en *Revista General de Derecho*, año LII, n.º 621, 1996.
- «Los derechos de los menores, a la luz de la Ley 1/1998, de los derechos y la atención al menor, de la Comunidad Autónoma de Andalucía» en *La protección del menor en Andalucía*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Comentario al artículo 92 del CC» en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil*, Coord. José Luis Lacruz Berdejo, 2.ª edición, Ed. Cívitas, Madrid, 1994.
- «¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo L, fasc. I, enero-marzo, 1997.
- *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- ROBLES ACERA, Antonio y MARTÍN CONTRERAS, Luis: *Guía práctica de la jurisdicción voluntaria I*, 2.ª edición, Ed. Colex, Madrid, 1998.
- ROCA JUAN, Juan: *Sobre la nueva adopción (Discurso inaugural del curso 1971-1972)*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, La Laguna, 1971.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «Familia, familias y derecho de la familia» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIII, fasc. IV, octubre-diciembre, 1990.
- *Métodos y derechos en el Derecho de Familia*, Documents de Treball de la Divisió de Ciències Jurídiques Econòmiques i Socials (Col·lecció de Dret), n.º D96/01, Barcelona, julio, 1996.
- «El derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho» en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Asociación Española de Abogados de Familia, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- «El nou dret català sobre la família» en *Revista Jurídica de Catalunya*, año XCVIII, vol. 1, 1999.
- *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999.
- RODRIGUES, Almíro: «A adopção: um antes; e depois ?» en *Infância e Juventude (Revista do Instituto de Reinserção Social)*, Ministério da Justiça, n.º 2, abril-junio, 1997.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La filiación» (Conferencia pronunciada el día 11 de febrero de 1982 en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos) en *Las reformas del Código Civil por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983; y en *Revista de Derecho Notarial*, n.º 120, abril-junio de 1983.

- RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: «Adopción y *Kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales» en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)*, Coord. Luis Garau Juaneda y Rosario Huesa Vinaixa, Ed. BOE, Madrid, 1999.
- «Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apdo. 5, del Código Civil en materia de adopción internacional» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LI, n.º 2, 1999.
  - «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *kafala*)» en *Revista General de Derecho*, n.º 647, abril, 2000.
  - «La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero (una relectura del art. 9.5.º CC a la luz del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993)» en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
  - «La protección de los menores extranjeros en la Comunidad Autónoma de Andalucía» en *La protección del menor en Andalucía*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- RODRÍGUEZ CARRETERO, José Alberto: *La persona adoptada*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973.
- RODRÍGUEZ CASTRO, Justo: «Las restricciones a la publicidad formal del Registro» en *La Ley*, tomo III, 1989.
- RODRÍGUEZ ENNES, Luis: *La adopción: bases para una reforma de la normativa vigente en España a partir de la experiencia histórica y del Derecho Comparado*, Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, 1975.
- *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, monografía n.º 40 de la Universidad de Santiago de Compostela, 1978.
- RODRÍGUEZ GAYÁN, Eloy Miguel: «Comentario a la RDGRN de 23 de abril de 1993» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, n.º 2, 1993.
- «Adopción. Inscripción de adopción constituida en el extranjero por adoptantes españoles. Inscripción» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLV, n.º 2, 1993.
- RODRÍGUEZ JORDA, Pilar: «Las entidades competentes públicas y privadas. Alcance de sus competencias. La tutela automática» en *El régimen jurídico de la adopción. La Ley de adopción de 11 de noviembre de 1987*, n.º 16 de la Colección Aragón de Bienestar Social, Ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1989.
- RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar: *La adopción internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1988.
- «La nueva orientación de la adopción internacional en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre» en *La Ley*, n.º 4, 1988.
  - «Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, tomo I, 1991.
  - «Comentario a la RDGRN de 22 de junio de 1991» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIV, n.º 1, 1992.
  - «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIV, n.º 2, 1992.
  - «Adopción Internacional» en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Ed. Cívitas, Madrid, 1995.
  - «Comentario al art. 9.5 del CC» en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, tomo I, vol. 2.º, Ed. Edersa, Madrid, 1995.
  - «Nota a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1995» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVIII, n.º 1, 1996.

- RODRÍGUEZ MORATA, Federico: «El acogimiento de menores» en *Aranzadi Civil*, vol. III, tomo I, 1997.
- RODRÍGUEZ REMÍREZ, Eduardo: «Recensión al libro: *Diagnóstico sobre el Derecho de familia* de Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Pamplona, 1996» en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 22, 1996.
- RODRÍGUEZ SOL, Luis: «La protección y acogimiento de menores en el Derecho español» en *La Ley*, año XIV, n.º 3223, 1993.
- RODRÍGUEZ-BARRANTES Y GUARNIZO, Carmen Victoria: «La adopción» en *Usus Iuris*, n.º 9, 1996.  
— «La adopción internacional» en *Usus Iuris*, n.º 19, 1997.
- ROGEL VIDE, Carlos: *La guarda de hecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.  
— *Derecho de la persona*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Las uniones homosexuales en España: evolución histórica y situación jurídica actual» en *La Ley*, n.º 2, 1997.
- ROSENBLATT, Jeremy: *Internacional Adoption*, Ed. Swett & Maxwell, Londres, 1995.
- ROSENCZVEIG, Jean-Pierre: «La adopción y acogimiento familiar en Francia» en *Menores*, Cuarta Época, n.º 2, 1987.
- ROSSELL I TONEU, Marta: «L'adopció a Catalunya» en *Justiforum*, Generalitat de Catalunya, n.º 10, II Época, julio, 1999.
- RUBINO, Rosa: «L'adozione in Spagna (I) y (II)» en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, 1995.
- RUBIO LLORENTE, Francisco y DARANAS PELÁEZ, Mariano: *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1996.
- RUIZ DE VELASCO Y MARTÍNEZ DE ERCILLA, Victoria: «Aspectos procesales en la constitución de la adopción del mayor de edad y del menor emancipado» en *Actualidad Civil*, n.º 13, tomo III, 1998.
- RUIZ HUIDOBRO, José M.ª: «El Derecho español de la nacionalidad» en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Coord. Salomé Adroher Biosca y Pilar Charro Baena, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- SACLIER, Chantal: «L'Adoption: perspectives europeennes» en *Congrès européen sur l'adoption: Famille. L'adoption: quand et comment*, Ed. Service Social International, Viseu, 1994.
- SABATER BAYLE, Elsa: «Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria» en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1993.  
— «La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VI, n.º 241, 1996.
- SALANOVA VILLANUEVA, Marta: «El derecho del menor a no ser separado de sus padres» en *Derecho Privado y Constitución*, año 3, n.º 7, 1995.
- SALAS MURILLO, Sofía de: «Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo III, fasc. I, enero-marzo, 2000.
- SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana: *Manual práctico sobre nacionalidad*, Ed. Comares, Granada, 1996.

- «Algunas instituciones de protección del menor y su régimen registral» en *Actualidad Civil*, tomo 2, 1998.
- «Derechos registrales del menor» en *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones*, Nueva Serie, n.º III, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Instituto Universitario «Matrimonio y Familia», Madrid, 1998.
- «El fraude en el Registro Civil» en *Actualidad Civil*, n.º 12, 1999.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis: «Las Autonomías» en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dir. Óscar Alzaga Villaamil, tomo I (Preámbulo y Artículos 1 a 9), Cortes Generales (Editoriales de Derecho Reunidas), Ed. EDERSA, Madrid, 1996.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco: «La regla de la supletoriedad a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo: continuidad y renovación del derecho estatal» en *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), n.º 99, enero-marzo, 1998.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen: «Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión» en *Actualidad Civil*, n.º 12, marzo de 1999.

SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: *La gestión de negocios ajenos*, Ed. Cívitas, Madrid, 2000.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: «Comentario a la STS de 5 de octubre de 1991» en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 27, septiembre-diciembre de 1991.

- *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos en el Código Civil (Problemas de Derecho Transitorio)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.
- «Mantenimiento y extinción de vínculos parentales tras la adopción del hijo del cónyuge: el artículo 178 del Código Civil» en *Actualidad Civil*, n.º 48, tomo 4, 1994.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «Notas sobre perfección y forma en la adopción» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XLI, n.º 448-449, 1965.

- *Estudios de Derecho Civil*, tomos I y II, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1978.
- «IV. Acogimiento y adopción» en *VVAA El nuevo régimen de la familia*, Ed. Cívitas, Madrid, 1988.
- *Elementos de Derecho Civil* (VVAA, José Luis Lacruz Berdejo y otros), tomo I, vol. 2.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- «Un primer apunte sobre la última reforma del Código Civil en materia de nacionalidad (Ley 18/1990, de 17 de diciembre)» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1992.

SANDBERG, Elisabet: «Las entidades colaboradoras de adopción internacional» (conferencia pronunciada en una de las mesas redondas de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.

SANPONS SALGADO, Manuel: *El mandato*, Ed. Ánfora, Barcelona, 1964.

SANZ MARTÍN, Laura: «La Familia, su naturaleza y finalidad» en *Actualidad Civil*, n.º 19, 1996.

SARIEGO MORILLO, José Luis: *Guía de la adopción internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

SAURA MARTÍNEZ, Luis Fernando: *Uniones libres y la configuración del nuevo Derecho de Familia* (Tirant Monografías n.º 40), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

SEBASTIÁN OTONES, Milagros: «La adopción de niños extranjeros» en *Tapia*, año XIV, n.º 88, 1996.

- SELMAN, Peter y WHITE, Jill: «Mediation and the role of accredited bodies in intercountry adoption» en *Adoption & Fostering*, vol. 18, n.º 2, 1994.
- SERNA MEROÑO, Encarna: «La protección del menor en el reconocimiento» en *La tutela de los Derechos del menor (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil)*, Dir. José Manuel González Porras, Dpto. de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Ed. Junta de Andalucía, Córdoba, 1984.
- SERRANO ALONSO, Eduardo: «Comentarios a los arts. 175 al 180 CC» en *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Coord. Ignacio Sierra Gil, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> Eugenia: «Estudio General del Derecho a ser oído del menor tras un año de vigencia de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996» en *La Ley*, n.º 4294, 1997.  
— *Las fundaciones: Dotación y patrimonio*, Ed. Cívitas, Madrid, 2000.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio: «Comentario de los artículos 175 a 180 del Código Civil» en *Comentario al Código Civil*, tomo I, Ed. Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.  
— «Vacilaciones y dudas acerca del concepto de tutela introducido en el CC por Ley 21/1987 (arts. 172, 222 y 239)» en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1993.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores» en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 12, 1991.  
— «La Comunidad Autónoma de Aragón y su derecho civil foral» en *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 1, 1993.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo: «Régimen jurídico de los títulos nobiliarios: una revisión de la jurisprudencia más reciente» en *Aranzadi Civil*, vol. II, tomo IX, 2000.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, Manuel: «La protección del menor en la legislación Internacional, Estatal y Autonómica. Especial referencia al concepto de desamparo» en *El derecho y los servicios sociales*, Coord. Leticia García Villaluenga, Ed. Comares, Granada, 1997.
- SETTESOLDI, Rachele: «Observazioni in tema di adozioni prenatali» en *Giustizia Civile*, 1996.
- SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis: «El papel de las entidades públicas de protección de menores tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LI, n.º 1794, 1997.
- SIGNES PASCUAL, Mario: «En torno al Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de adopción» en *La Ley*, tomo I, 1987.
- SOLER SALA, Víctor: «El sistema universal de protección de los derechos del niño» en *El menor en la legislación actual*, Fundación Antonio de Nebrija, Madrid, 1998.
- STANZIONE, Pasquale: «Interesse del minore e *statuto* dei suoi diritti» en *Studi in memoria di Gino Gorla*, tomo II, Ed. Giuffrè, Milán, 1994.
- STRASSER, Mark: «The custody and adoption of children» en *Legally Wed (Same-Sex Marriage and the Constitution)*, Ed. Cornell University Press, Londres, 1998.

- SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo y AMÉRIGO, Fernando: «Artículo 14: Igualdad ante la Ley» en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dir. Óscar Alzaga Villaamil, tomo II (Artículos 10 a 23), Cortes Generales (Editoriales de Derecho Reunidas), Ed. EDERSA, Madrid, 1996.
- SUÁREZ ROBLADANO, José Manuel: «Incidencia del art. 24 de la Constitución en el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras: régimen común y convencional» en *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los Jueces españoles* (Cuadernos de Derecho Judicial), Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- TABACARU, Cristian: «La adopción internacional en Rumania» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A.: *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Cuadernos «Bartolomé de las Casas» n.º 10, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- «Les unions homosexuals en la Llei d'unions estables de parella. Aproximació crítica» en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, 2000.
- TARANTINO, Antonio: *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, Ed. Giuffrè, Milán, 1996.
- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo: «La adopción transnacional en el actual Derecho Internacional (Análisis en especial de las soluciones consagradas por la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y la Convención Interamericana de 1979 sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores)» en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, año VII, n.º 8, 1993.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Instrumentos de la protección de menores de la Ley Aragonesa de 14 de diciembre de 1989» en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1993.
- «Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996» en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 24, julio-diciembre de 1997.
- «La adopción internacional entre España y Colombia: un breve apunte en relación al Convenio de La Haya» en *Noticias Jurídicas*, marzo, 2003.
- TIDAFI, Témí: «La kafalah: une réponse culturelle et religieuse» en *Familles de substitution*, Atelier, Forum mondial des ONG, Malta, 1993.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo: «Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores» en *Revista de Administración Pública*, n.º 124, enero-abril, 1991.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: «El proyecto de convención de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la Protección de los niños y la Cooperación en materia de Adopción Internacional» en *Tapia*, año XIII, n.º 75, 1994.
- «El vigente sistema español de Derecho Internacional Privado tras las sucesivas reformas» en *Revista de Derecho Privado*, noviembre, 1994.
- TORTOSA MUÑOZ, Andrés: «Las uniones de hecho y la adopción. (Nota a la disposición adicional 3.ª de la Ley de 11-11-87)» en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, n.º 102, junio, 1989.
- TORRALBA SORIANO, Vicente: «La adopción simple de los hijos extramatrimoniales y sus derechos» en *La tutela de los Derechos del menor (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil)*, Dir. José Manuel Gon-

- zález Porras, Dpto. de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Ed. Junta de Andalucía, Córdoba, 1984.
- TORRERO MUÑOZ, Magdalena: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ante las uniones de hecho» en *Revista General de Derecho*, n.º 648, 1998.
- TORRES LANA, José Ángel: «Comentario al artículo 178 y 179 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- «Panorama del Derecho Civil de las Islas Baleares» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VIII, Ed. Aranzadi-BSCH, Madrid, 2000.
- TORRES PARRA, M.<sup>a</sup> José: *El mandato de crédito como garantía personal*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998.
- TORROBA SACRISTÁN, José: *Derecho Consular*, Ed. Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1993.
- TREJOS, Gerardo: «La protección internacional de la familia y de los menores» en *Revista de Derecho Vox Juris*, Universidad San Martín de Porres, año III, n.º 3, 1993.
- TRIGO GARCÍA, Belén: *El contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Colección Crítica del Derecho. Sección «Derecho Vivo», Ed. Comares, Granada, 1999.
- TRILLAT, Brigitte: «Une migration singulière: la adoption internationale» en *Actes du séminaire Nathalie-Masse, 25, 26 e 27 mai*, Centre international de l'enfance de Paris, 1992.
- TUYLL, Lucile van: «Intercountry adoption in the Netherlands» en *Adoption & Fostering*, vol. 18, n.º 2, 1994.
- UHIA ALONSO, Josefa M.<sup>a</sup>: «Problemática de tipo legal derivada de la adopción internacional» en *La Ley*, año XIX, n.º 4480, 1998.
- URSO, Elena: «L'adozione dei minori nella prospettiva di una riforma» en *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XIV, n.º 4, 1996.
- «L'adozione dei minori. Prime riflessioni su una riforma più volte annunciata» en *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XIV, n.º 3, 1996.
- VACCARO, Angelo: «L'adozione internazionale e la Convenzione de L'Aja» en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, año XXV, vol. 25, Iusse 3, 1996.
- VALENTÍN-GAMAZO Y ALCALÁ, Isabel: «Régimen jurídico de la protección del menor en el Derecho Internacional Privado» en *Actualidad Civil*, n.º 31, 28 de agosto al 31 de septiembre, tomo 4, 2000.
- VALLADARES RASCÓN, Etelvina: «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción» en *Poder Judicial*, n.º 9, 1988.
- «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo» en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- «Comentario al artículo 176 CC» en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- VARELA GARCÍA, Carlos: «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto» (transcripción de la conferencia impartida en

las *Jornadas sobre la LO 1/1996, para la colaboración entre Fiscalías y las Direcciones Generales de las CCAA competentes en materia de menores*, celebradas del 21 al 23 de octubre en Toledo, 1996) en *Actualidad Civil*, n.º 12, 1997.

- VARGAS CABRERA, Bartolomé: «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas (Interpretación sistemática de la Ley 21/87)» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV, fasc. I, 1991.
- *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Ed. Comares, Granada, 1994.
- «Régimen jurídico-sustantivo de la adopción y funciones del Ministerio Fiscal en la protección de menores. A la luz de la Ley Orgánica 1/96» en *Protección jurídica del menor*, VVAA, Ed. Comares, Granada, 1997.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos y DE LA CUESTA SÁENZ José M.ª: «Derecho Civil de Castilla y León» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. IX, Madrid, 2000.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- VEGA SALA, Francisco: «La reciente reforma de la adopción en Francia (Ley de 11 de julio de 1966 y Decretos de 2 de diciembre de 1966 y 12 de enero de 1967)» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 20, fasc. 3, 1967.
- «La reciente reforma de la adopción en Italia (Ley n.º 431 de 5 de junio de 1967)» en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 21, fasc. 3, 1968.
- VERCELLONE, Paolo: «Evolución del régimen jurídico de la adopción en Italia. Aspectos metajurídicos de la acción judicial en materia de protección de menores» en *Aspectos jurídicos de Protección a la Infancia*, Ed. Consejo Superior de Protección de Menores del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- VERDERA SERVER, Rafael: «Adopción y principio de igualdad (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)» en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 13, 1999.
- VICENT LÓPEZ, Cristina: «El acogimiento preadoptivo en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor» en *Revista General de Derecho*, n.º 652-653, 1999.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: «En torno al concepto y naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar» en *Revista General de Derecho*, n.º 436-437, año XXVII, 1981.
- VIVANCOS SÁNCHEZ, Magdalena: «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo» en *Actualidad Civil*, n.º 48, 2000.
- VIVIANI, Alessandra: «Adozione di minori stranieri e principi fondamentali dell'ordinamento italiano» en *Giustizia Civile*, 1994.
- VOLTERRA, Eduardo: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Trad. Jesús Daza Martínez, Ed. Cívitas, Madrid, 1986.
- VONK, M. Elizabeth, SIMMS, Peggy J. y NACKERUD, Larry: «Political and Personal Aspects of Intercountry Adoption of Chinese Children in the United States» en *Families in Society: The Journal of Contemporary Human Services*, n.º 5, vol. 80, septiembre-octubre, 1999.
- VROOMANS, J.A.Th.: «La intervención de las Administraciones Públicas de países europeos en las adopciones internacionales» (conferencia pronunciada en una de las mesas redondas de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo I, Madrid, 1999.

- VVAA: *Adopción Internacional*, Ed. Universidad Central de Venezuela (Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas), Caracas, 1998.
- «Adopción Internacional» en *Innocenti Digest*, UNICEF, n.º 4, julio de 1999.
  - *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, Ed. Dott. Antonio Milani, Milán, 1993.
  - Guido Alpa y Paolo Zatti, *Commentario breve al Codice civile. Leggi complementari*, Padova, 1995.
  - *Comentarios al Código Civil*, tomos I y II (vol. 1.º y 2.º), Coords. Joaquín Rams Albesa y Rosa M.ª Moreno Flórez, Ed. Bosch Editor, Barcelona, 2000.
  - *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Dir. José Asensi Sabater, Ed. EDIJUS, Zaragoza, 2000.
  - *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Dir. Xavier O'Callaghan, Cuadernos de Derecho Judicial n.º XX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.
  - *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la persona*, Ed. Colex, Madrid, 1998.
  - *Curso de Derecho Civil (II) 2.º*, Coord. Bernardo Moreno Quesada, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
  - *Curso de Derecho Privado*, Dir. Emilio M. Beltrán Sánchez y F. Javier Orduña Moreno, 4.ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
  - *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, Coord. M.ª R. Valpuesta Fernández, 3.ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
  - «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori (l. 4 maggio 1983, n. 184)» en *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n.º 1 y 2, año VII, 1984.
  - *El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho. La perspectiva sueca y las tendencias legislativas de nuestro entorno*, Seminario organizado por la Fundación Internacional Olof Palme, Coord. Carlos Villagrana Alcaide, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996.
  - *El trabajo en grupo en la adopción y en el acogimiento familiar*, introducción y coordinación por John Triseliotis, Ed. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1994.
  - *Estudios sobre adopción internacional*, Coord. Nuria González Martín y Andrés Rodríguez Benot, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, n.º 69, 2001.
  - *Extranjería, asilo y nacionalidad*, Coord. Fernando Oliván López, Materiales de Trabajo (Fundación para la formación de Altos Profesionales), Universidad Complutense, Madrid, 2000.
  - *Famiglia e adozione internazionale: esperienze, normativa e servizi*, Dir. Eugenia Scabini y Pierpaolo Donati, Studi interdisciplinari sulla famiglia, n.º 15, Milán, 1996.
  - *Formularios de Derecho de Familia*, Ed. Comares, Granada, 1999.
  - *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Coord. Pedro de Pablo Contreras, Ed. Caja de Ahorros de Navarra, Pamplona, 1988.
  - *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Coord. M.ª Teresa Carrancho Herrero, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 1999.
  - *Intercountry adoption guidelines*, DHEW Publication (Department of Health, Education and Welfare), Washington D.C., 1980.
  - *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Ed. L.G.D.J., París, 1996.
  - *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del menor (Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi celebradas en mayo de 1997 en La Coruña)*, Dir. Miguel Ángel Pérez Álvarez, Colección: Cursos, Congresos e Simposios n.º 46, Ed. Servicios de Publicaciones de la Universidad da Coruña, La Coruña, 1999.
  - *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Dir. Andrés Rodríguez Benot, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.
  - *La protección jurídica del menor*, Coord. Ignacio Serrano García, Ed. Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León, Salamanca, 1997.
  - *La tutela dei diritti del fanciullo*, Ed. Cedam, Padova, 1995.
  - «L'adopció: un estudi comparat» en *Justícia i Societat*, n.º 18, Barcelona, 1998.
  - «L'adoption dans les principales législations européennes (Étude de droit interne et de droit international privé)» en *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 3, Trente-Septième année, vol. II, 1985.
  - «L'adoption monoparentale» en *ACCUEIL (Enfance et Familles d'adoption)*, n.º 2, mayo, 1999.

- «L'applicazione della Legge 4.5.1983 n.184, disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, nel quinquennio 1993-1997» en [www.giustizia.it/studierapporti/uno.html](http://www.giustizia.it/studierapporti/uno.html), Roma, marzo, 1998.
- *Las uniones de hecho. Una aproximación plural*, Universidad Pontificia de Comillas (Instituto Universitario «Matrimonio y familia»), Nueva Serie, n.º 4, Madrid, 1999.
- *Nociones de Derecho Público, Privado y Procesal*, Coords. Jose María Espinar Vicente y Nazareth Pérez De Castro, Ed. Fundación para la Formación de Altos Profesionales, Madrid, 1999.
- *Protección da familia, infancia e menores*, Serie Lexislativa, Colección: Sociedade e familia, n.º 2, Consellería de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude, Xunta de Galicia, 2000.
- *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Eds.: Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999.
- *Protección de menores en el Código Penal*, Dir. José Luis Jori Tolosa, Cuadernos de Derecho Judicial, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- *Repertorio de sentencias de Derecho de Familia de la Audiencia Provincial de Granada*, Grupo de Abogados de Derecho de Familia, Ilustre Colegio de Abogados de Granada, Ed. Comares, Granada, 1999.
- *Simposio Internacional sobre la Convención de los Derechos del Niño hacia el s. XXI*, celebrado del 1 al 4 de mayo en la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «El Derecho Civil de la postmodernidad» en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, n.º 15, 1998.

- «El Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma de Canarias» en *Derechos Civiles de España*, Dir. Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, vol. VII, Ed. Aranzadi-BSCH, Madrid, 2000.
- *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

ZAMORA CABOT, Francisco: «A propósito del orden público en el sistema español de Derecho Internacional Privado» en *Revista de Derecho Privado*, tomo LXXXIX, diciembre, 1995.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: *Cuadernos de Derecho de Familia*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.

ZUGRAVESCU, Alexandre e IACOVESCU, Ana: «La adopción internacional en Rumania» en *Infancia y Sociedad*, n.º 12, 1991.

## DOCUMENTACIÓN UTILIZADA

- ABELLÓ, Lola: «La adopción y los medios de comunicación» (conferencia pronunciada en uno de los grupos de trabajo de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.
- A.E.P.A. (Asociación Española para la Protección de la Adopción): *II Jornadas de la adopción: presente y futuro*, Madrid, 1987.
- AGUILAR GINER, Cristina, RODRIGO RODRIGO, Mercedes y MATEU MARQUÉS, Carmen: «La entrevista de valoración para futuros adoptantes: nuevas consideraciones» en *Informació Psicológica (Revista Quatrimestral del Col·legi Oficial de Psicòlegs del País Valencià)*, n.º 72, abril, 2000.
- AGUIRRE, Begoña: «Las agencias de adopción internacional autorizadas se duplican en un año» en *El País*, 19 de abril, Madrid, 1998.
- ALBIAC, Gabriel: *Una adopción en la India*, Ed. Espasa, Madrid, 1997.
- ALONSO VAREA, José Manuel: «Niños de la calle» en *Revista de Treball Social*, n.º 129, marzo, 1993.
- ALTSTEIN, Howard y otros: «Clinical Observations of Adult Intercountry Adoptees and Their Adoptive Parents» en *Child Welfare*, vol. LXXIII, n.º 3, 1994.
- AMORÓS, Pere: y FUERTES, Jesús y PAULA, Isabel, «La búsqueda de los orígenes en la adopción» en *Anuario de Psicología*, Universitat de Barcelona, n.º 71, 1996.
- y FUENTES, Nuria y PAULA, Isabel, «Los nuevos retos de la adopción actual: la formación de los candidatos» en *Informació Psicológica (Revista Quatrimestral del Col·legi Oficial de Psicòlegs del País Valencià)*, n.º 72, abril, 2000.
- ARGÓS, Lucía y CAÑAS, Gabriela: «La Ley del Menor regulará la adopción internacional y admitirá agencias privadas» en *El País*, 31 de marzo, Madrid, 1995.
- ASÍN CABRERA, M.<sup>a</sup> Asunción: «La adopción internacional en la Comunidad Autónoma de Canarias» en *Frontera Abierta (Revista de los Servicios Sociales de Canarias)*, año III, n.º 6, Las Palmas de Gran Canaria, 1997.
- AUDUSSEAU-POUCHARD, Martine: *Adoptar un hijo hoy*, Ed. Planeta, Barcelona, 1997.
- BÁEZ BELTRÁN, Cecilia: «Preparación y selección de los solicitantes de adopción» en *Situación y perspectiva de futuro de los programas de información, preparación y valoración de solicitantes de adopción internacional. (Materiales aportados a las Jornadas Interautonómicas sobre preparación de solicitantes de adopción internacional, celebradas en mayo de 1998). Materiales de Trabajo*, n.º 58, Madrid, junio de 2000.

- BELLIDO, Juan Félix: *Cuando la familia crece. Historia de una adopción*, Ed. Ciudad Nueva, Madrid, 1990.
- BORRUE GARCÍA, Francisca I.: «El trabajo social en la Adopción Internacional» en *Trabajo Social Hoy*, n.º 15, 1997.
- CASTILLEJO, María Jesús: «Adoptados 70 niños por familias navarras durante el año pasado, 67 de otros países» en *Diario de Navarra* del jueves 26 de abril de 2001.
- CERNUDA, Pilar y SÁENZ-DIEZ, Margarita: *Los hijos más deseados*, Ed. El País Aguilar, Madrid, 1999.
- CHANA GARCÍA, Luis Carlos: «La adopción internacional como alternativa subsidiaria de protección a la infancia en la Cooperación al Desarrollo» en *Trabajo Social Hoy* (n.º monográfico) 2.º semestre de 1997.
- CONSEJERÍA DE SERVICIOS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID: *Memoria de 1999*.
- COURTNEY, Mark E.: «The Politics and Realities of Transracial Adoption» en *Child Welfare*, vol. LXXVI, n.º 6, 1997.
- CRIADO, Azucena: «Vía libre para las agencias privadas para la adopción de niños extranjeros» en *El País* de 19 de enero, Madrid, 1997.
- «Trabajo recorta las prestaciones para las adopciones internacionales» en *El País* de 20 de noviembre, Madrid, 1998.
- CRINE, Anne Marie: «Desear a un niño. Adopción y poderes públicos. La opinión de un psicólogo» en *Infancia y Sociedad*, n.º 12, 1991.
- «Selección, acoplamiento y seguimiento de la adaptación de los niños adoptados» (conferencia pronunciada en uno de los grupos de trabajo de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.
- «Preparación – Información – Asesoramiento – Formación» en *Situación y perspectiva de futuro de los programas de información, preparación y valoración de solicitantes de adopción internacional. (Materiales aportados a las Jornadas Interautonómicas sobre preparación de solicitantes de adopción internacional, celebradas en mayo de 1998)*. *Materiales de Trabajo*, n.º 58, Madrid, junio de 2000.
- CUEVAS FERNÁNDEZ, Gonzalo: «Adopción internacional, como garantía de los derechos de los menores extranjeros adoptados por ciudadanos españoles» en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Coord. M.ª Teresa Martín López, Colección «Estudios», Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.
- DEFENSA DE LOS NIÑOS-INTERNACIONAL: *Protección de los derechos de los niños en las adopciones internacionales. Selección de documentos acerca del problema de la venta y trata de niños*, Ginebra, 1989.
- y FEDERACIÓN INTERNACIONAL «TERRE DES HOMMES» Y SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL, *Resultados preliminares de una investigación conjunta sobre el «intervalo de espera» en adopciones internacionales*, Ginebra, 1991.
- DEFENSOR DEL MENOR EN LA COMUNIDAD DE MADRID: Sonsoles Rodríguez Álvarez, «La adopción internacional» en *Estudios e investigaciones 1997*, Madrid, 1998.
- *Informe anual 1999*, Madrid, 2000.
- *Informe anual 2000*, Madrid, 2001.
- DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ: *El Sistema de protección de menores (Informe especial al Parlamento de julio de 1999)*, tomos I (El sistema de protección), II (Las medidas de acogimiento residencial) y III (Anexos), Ed. Defensor del Pueblo andaluz, Sevilla, 1999.

- DELGADO, Carmen y DELGADO, Antonio: «La entrevista como instrumento de evaluación de las familias candidatas a la adopción internacional» en *Anuario de Psicología Jurídica*, 1998.
- DE SANDOVAL, Pablo X.: «La adopción a la carta irrumpe en Internet» publicado en el periódico *El País* del domingo de 15 de abril de 2001.
- DEL BARRIO, Victoria: «Elementos a tener en cuenta ante la decisión de adoptar» en *Informació Psicològica (Revista Quatrimestral del Col·legi Oficial de Psicòlegs del País Valencià)*, n.º 72, abril, 2000.
- DEL BURGO, Míguela: *La Adopción*, Colección Flash, n.º 169, Ed. Acento, Madrid, 2000.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo y SANZ HERNÁNDEZ, Ágata María: «Problemática de las redes de explotación sexual de menores» en *Nuevas Cuestiones Penales*, Ed. Colex, Madrid, 1998.
- DÍAZ DE TUESTA, M. José: «Once autonomías regulan ya la avalancha de peticiones de adopción internacional» en *El País* de 6 de abril, Madrid, 1996.
- «Sólo tres autonomías tienen normativa para las agencias de adopción internacional» en *El País* de 25 de agosto, Madrid, 1996.
- «Doce entidades tramitan en España adopciones de niños de diez países» en *El País* de 10 de noviembre, Madrid, 1997.
- DUINKERKEN, Albert: El programa de adopción/información de vía en los Países Bajos» (conferencia pronunciada en uno de los grupos de trabajo de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.
- «La tarea informativa de la adopción en Holanda. Motivos. Punto de partida» en *Situación y perspectiva de futuro de los programas de información, preparación y valoración de solicitantes de adopción internacional. (Materiales aportados a las Jornadas Interautonómicas sobre preparación de solicitantes de adopción internacional, celebradas en mayo de 1998). Materiales de Trabajo*, n.º 58, Madrid, junio de 2000.
- EGO, Evelyne: «Selección, acoplamiento y seguimiento de la adaptación de los niños adoptados» (conferencia pronunciada en uno de los grupos de trabajo de las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Dolores: «Adopción Internacional: El Informe Social de Contraste» en *Trabajo Social Hoy*, n.º 25, 4.ª época, 1999.
- FERRÀ COLL, Patricia: «El estilo educativo parental y su relación con el desarrollo psicosocial del niño en familias adoptivas» en *Bienestar y Protección Infantil*, año V, n.º 3, noviembre de 1999.
- FONTANA ABAD, Mónica: «Instrumentos de evaluación en la adopción» en *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.
- FORMENT PLANELLS, Carmen: «La formación a las familias en proceso de adopción internacional» en *Informació Psicològica (Revista Quatrimestral del Col·legi Oficial de Psicòlegs del País Valencià)*, n.º 72, abril, 2000.
- FREIXA BLANXART, Montserrat: «La experiencia catalana en los procesos de adopción» en *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.

- FUERTES, Silvia y MANCERA M.<sup>a</sup> José: «El nuevo marco jurídico» en *El cuento roto (Revista de los derechos de los niños y las niñas)*, año III, n.º 13, septiembre de 1993.
- FUERTES ZURITA, Jesús y AMORÓS MARTÍ, Pere: «Práctica de la adopción» en *Manual de protección infantil*, Coord. Joaquín de Paul Ochotorena y M.<sup>a</sup> Ignacia Arruabarrena Madariaga, Ed. Masson, Barcelona, 1996.
- GALLI, Yolanda Delia: «Maternità e paternità adottive: scelta o ripiego?» en *Consultorio Familiare*, CIEFFE, Associazione Culturale - Padova, año IV, n.º 2, 1990.
- y VOLPE, Bincarosa, «Estudio psicológico de candidatos en adopción internacional: una propuesta de protocolo» en *Infancia y Sociedad*, n.º 12, 1991.
- «Las entidades colaboradoras de Adopción Internacional. Procedimientos, acogida, acoplamiento y sostén establecidos por el Centro Italiano para la Adopción Internacional para los aspirantes a padres adoptivos», conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997.
- «La valoración de los solicitantes, garantía para la adopción» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.
- «El proceso de preparación – valoración de los solicitantes de adopción internacional. Información, investigación, educación, consejo y apoyo emocional» en *Situación y perspectiva de futuro de los programas de información, preparación y valoración de solicitantes de adopción internacional. (Materiales aportados a las Jornadas Interautonómicas sobre preparación de solicitantes de adopción internacional, celebradas en mayo de 1998). Materiales de Trabajo*, n.º 58, Madrid, junio de 2000.
- GARCÍA PRIETO, José Luis: *Legislación de menores: crítica y alternativas* (Complejo Educativo Provincial «José M.<sup>a</sup> Blanco White»), Ed. Diputación Provincial de Sevilla, Sevilla, 1991.
- GARCÍA SANZ, Fernando: «El informe psicológico en las adopciones internacionales» en *Papeles del psicólogo*, n.º 73, 1999.
- GENERALITAT VALENCIANA (CONSELLERIA DE BENESTAR SOCIAL): (CONSELLERÍA DE LA PRESIDÈNCIA), *Curso sobre Derecho de Familia. Cuestiones civiles y penales*, Ed. Secretaría General de la Conselleria de Presidència, Valencia, 1997.
- *Guía para la adopción*, Ed. Conselleria de Benestar Social, Valencia, 1998.
- *Materiales para la preparación de solicitantes de adopción (Manual de Formador; Primera Sesión: Padres y madres adoptivos, Segunda Sesión: Nuestros sentimientos, esperanzas y temores, Tercera Sesión: Paternidad Psicológica)*, Ed. Conselleria de Benestar Social, Valencia, 1999.
- *Normativa aplicable en la Comunidad Valenciana en materia de adopción nacional e internacional*, Ed. Conselleria de Benestar Social, Valencia, 1999.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Gloria: «Las familias adoptantes: realidad e intervención profesional. Actuaciones en Perú» conferencia pronunciada en la 5.<sup>a</sup> mesa redonda del *Primer Congreso sobre Adopciones Internacionales*, organizado por ASEFA y celebrado en Madrid en octubre de 1998.
- HARPER, Juliet: «Counselling issues in intercountry adoption disruption» en *Adoption & Fostering*, vol. 18, n.º 2, 1994.
- HAYEZ, J.Y. y BOITEUX, M.: «La selección de los candidatos a la adopción» en *Un four, l'adoption*, Ed. Fleury, París, 1988.

- HERNÁNDEZ Y TOMÁS, María: «Cuando en Adopción Internacional se dice a los solicitantes «ahora, no». Una aproximación reflexiva» en *Trabajo Social Hoy*, n.º 25, 4.ª Época, 1999.
- HOKSBERGEN, René A. C.: «Adoptar a un niño extranjero: principios que gobiernan el control de este complejo fenómeno en los Países Bajos» en *Revista Internacional del Niño*, n.ºs 64 y 65, 1985.
- «Generaciones de padres adoptivos. Cambios en las motivaciones para la adopción» en *Infancia y Sociedad*, n.º 12, 1991.
- *Child Adoption. A guidebook for adoptive parents and their advisers*, Jessica Kingsley Publishers, Londres and Bristol, 1997.
- «Needs and Rights of Adopted Children», conferencia impartida en las *Jornadas sobre Adopción Internacional* celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997.
- «Avances en la investigación de la adopción internacional» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (MINISTERIO DE SALUD)
- «Ponencia de Colombia para la III Reunión de la Comisión Especial, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre adopción transnacional», Ed. Ministerio de Salud, Santa Fé de Bogotá, 1992.
- *Orientaciones para la adopción de los menores colombianos*, Ministerio de Trabajo, Santa Fé de Bogotá, 1994.
- «La protección de la niñez y la adolescencia, contexto político institucional y legal» documento presentado para el *Primer Congreso sobre Adopciones Internacionales*, organizado por ASEFA y celebrado en Madrid en octubre de 1998.
- IWANEK, Mary: «La investigación de los orígenes» en *Protección de la infancia y de la familia más allá de las fronteras. Principios y Métodos para el Tratamiento de Casos Internacionales (Seminario de Formación del SSI, celebrado en Londres del 20 al 24 de octubre de 1997)* en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 47, Madrid, 1999.
- JUNTA DE EXTREMADURA (CONSEJERÍA DE BIENESTAR SOCIAL: DIRECCIÓN GENERAL DE INFANCIA Y FAMILIA): *Guía de adopción*, Dir. y Coord. Francisco Merideño Nieto, Ed. Junta de Extremadura, 1999.
- JUSTICIA DE Aragón: «Adopción internacional: dificultades en el proceso», *Informe realizado por el Justicia de Aragón* a principios de 1997, y proporcionado en el I Congreso Nacional sobre Adopción Internacional, organizado por ASEFA y celebrado en Madrid del 12 al 14 de noviembre de 1998.
- Jofré, M.ª Dolores: «Reflexiones sobre la selección de padres adoptivos» en *Anuario de Psicología Jurídica*, n.º 71, 1996.
- LEGAZ SÁNCHEZ, Eva M.ª y CRESPO RUIZ, Trinidad: «Valoración psicológica de solicitantes de adopción: La propuesta de «no idoneidad». Actitudes del valorador y aspectos conceptuales y éticos» en *Informació Psicológica (Revista Cuatrimestral del Col·legi Oficial de Psicòlegs del País Valencià)*, n.º 72, abril, 2000.
- LIND, Mónica: «Preparación de solicitantes para la adopción internacional. Información, investigación, educación, consejo y apoyo emocional» en *Situación y perspectiva de futuro de los programas de información, preparación y valoración de solicitantes de adopción internacional. (Materiales aportados a las Jornadas Interautonómicas sobre preparación de solicitantes de adopción internacional, celebradas en mayo de 1998)*. *Materiales de Trabajo*, n.º 58, Madrid, junio de 2000.

- LÓPEZ NÚÑEZ, Álvaro: *Los inicios de la protección social a la infancia en España*, Ed. CEPE, Madrid, 1992.
- MATEO PÉREZ, María: *¿Por qué adoptar en otro país? Guía para padres y profesionales*, Ed. CIES, Barcelona, 1995.
- MARTÍN MUÑOZ, M.<sup>a</sup> Isabel, FERNÁNDEZ-MARTOS, Alfonso y PARRONDO CRESTE, Lila: «Acogimientos y adopciones especiales» en *Trabajo Social Hoy*, n.º 25, Tercer trimestre, Cuarta época, 1999.
- MARTÍNEZ, Ana M.: «El proceso de adaptación en los niños adoptivos», conferencia impartida en el *Congreso sobre Adopción Internacional: procedimientos legales e integración social*, organizado por el Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción (Generalitat de Catalunya), celebrado del 25 al 27 de febrero, Barcelona, 1999.
- MARTÍNEZ, Nuria: «Hijos del deseo» en *La Prensa del domingo* del periódico *El Día*, 19 de diciembre de 1996, Santa Cruz de Tenerife, 1996.
- MATO GÓMEZ, Juan Carlos: «Los derechos de la infancia y la Ley de Protección Jurídica del Menor» en *Anuario de Psicología Jurídica*, 1997.
- MELINA, Livio: *El embrión humano. Estatuto biológico, antropológico y jurídico*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia (Universidad de Navarra), n.º 26, Ed. Rialp, Madrid, 2000.
- MERGUICI, Gabriella: «El encuentro del niño con su familia adoptiva» en *Infancia y Sociedad*, n.º 12, 1991.
- «Adoptar con el Centro Italiano para la Adopción Internacional» en *Boletín de Estudios y Documentación del Comité español para el bienestar social (Nuevas Políticas para la infancia y adolescencia)*, n.º 5, 1995.
- «Las entidades colaboradoras de Adopción Internacional» (conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre Adopción Internacional*, organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y celebradas los días 5, 6 y 7 de noviembre en Madrid, 1997) en *Materiales de Trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales*, n.º 51, tomo II, Madrid, 1999.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (DIRECCIÓN GENERAL DE ACCIÓN SOCIAL, DEL MENOR Y DE LA FAMILIA): *Adopción Internacional*, Madrid, 1990.
- *Adopción y acogimiento familiar: Ley 21/87 (Guía de aplicación)*, Madrid, 1991.
- *Información sobre la tramitación de adopciones internacionales (I). Material informativo*, Madrid, agosto de 1993.
- *Información sobre la tramitación de adopciones internacionales (II). Material informativo*, Madrid, enero de 1995.
- *Información sobre la tramitación de adopciones internacionales (III). Material informativo*, Madrid, noviembre de 1995.
- «Análisis de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor» (Resumen de las reuniones de las Comisiones Técnicas Interautonómicas celebradas del 12 al 14 de marzo y el 17 y 18 de abril de 1996), Madrid, 1996.
- *Información sobre la tramitación de adopciones internacionales (IV). Material informativo*, Madrid, febrero de 1996.
- *La lucha contra la explotación sexual infantil. Documentos internacionales. Materiales de Trabajo*, n.º 35, Madrid, enero de 1998.
- *Guía para la aplicación del Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y de cooperación en materia de adopción internacional*, Madrid, abril de 1999.
- *Jornadas sobre adopción internacional (Madrid, 5, 6 y 7 de noviembre de 1997). Materiales de Trabajo*, n.º 51, tomo I y II, Madrid, 1999.

- *Adopción de niños de origen extranjero (Guía para solicitantes de adopción)*, Madrid, 1.ª edición-1994, y 2.ª edición-1999.
- *Las actividades del Servicio Social Internacional y sus fundamentos jurídicos (Estudio de los instrumentos jurídicos que respaldan la acción del SSI ante sus diferentes interlocutores)*. *Materiales de Trabajo*, n.º 48, Madrid, junio de 1999.
- *Informe sobre las prácticas de seguimiento y control de las entidades colaboradoras de adopción en Europa*. *Materiales de Trabajo*, n.º 61, Madrid, agosto de 2000.
- *Situación y perspectiva de futuro de los programas de información, preparación y valoración de solicitantes de adopción internacional*. (Materiales aportados a las Jornadas Interautonómicas sobre preparación de solicitantes de adopción internacional, celebradas en mayo de 1998). *Materiales de Trabajo*, n.º 58, Madrid, junio de 2000.
- *Derechos del Niño y Adopción Nacional e Internacional. Marco ético. Orientaciones para la práctica*. *Materiales de Trabajo*, n.º 73, Madrid, 2001.
- *El marco legal y la realidad social. Convención de la Haya sobre Adopción Internacional 1993 y experiencias en su aplicación*. *Materiales de Trabajo*, n.º 74, Madrid, 2001.

MINISTERIO DE JUSTICIA: *Guía sobre adopción internacional en España*, Madrid, junio de 1999.

- *Guía sobre tutelas y demás instituciones de guarda legal*, Madrid, 1999.

MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: *El Estado Autonómico*, vol. I (Instituciones, competencias, cooperación y aspectos socioeconómicos), II (Anexo de documentación), y III (Diccionario de términos autonómicos), Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1993.

MOYA MIRA, José Conrado y ROSSER LIMIÑANA, Ana: «Reflexiones acerca de la adopción internacional» en *Bienestar y Protección Infantil*, año V, n.º 3, noviembre de 1999.

MUSTIELES MUÑOZ, David: «El turno de Intervención Profesional en Adopciones Internacionales de la Comunidad Autónoma de Madrid» en *Trabajo Social Hoy*, n.º 23, 2000.

MUZELLE, Silvia y DE CARO, Amalia: «La adopción hoy desde la perspectiva de la ECAI» en *Rambla 12* (Revista de l'associació Promotora del Treball Social), n.º 9, septiembre de 1997.

NABINGER, Sylbia: «La adopción de niños brasileños por familias europeas» en *Infancia y Sociedad*, n.º 12, 1991.

- «La preparación de los solicitantes a la adopción» en *Situación y perspectiva de futuro de los programas de información, preparación y valoración de solicitantes de adopción internacional*. (Materiales aportados a las Jornadas Interautonómicas sobre preparación de solicitantes de adopción internacional, celebradas en mayo de 1998). *Materiales de Trabajo*, n.º 58, Madrid, junio de 2000.

NOEL, Janine: «Aspectos psicológicos de la adopción de niños extranjeros» en *Revista de Pediatría*, tomo XXI, septiembre, 1995.

ORJALES VILLAR, Isabel: «Adaptación familiar, desarrollo intelectual y trastornos psicopatológicos en los niños de adopción internacional» en *Psicología Educativa*, n.º 2, 1997.

PALACIOS, Jesús y SÁNCHEZ SANDOVAL, Yolanda: «Niños adoptados y no adoptados: un estudio comparativo» en *Anuario de Psicología*, Universitat de Barcelona, n.º 71, 1996.

- «Relaciones padres-hijos en familias adoptivas» en *Anuario de Psicología*, Universitat de Barcelona, n.º 71, 1996.

PELÁEZ PÉREZ, Vicente: «Estudio de la Ley Orgánica del Menor de 30 de diciembre de 1995» en *Otrosí Informativo: Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, enero-febrero de 1996.

- PÉREZ, Eva: «Hijos de todo el mundo» en *Cáritas*, n.º 354, 1995.
- PÉREZ, M.ª Jesús: «Búsqueda de la familia de origen: experiencia del Servicio Social Internacional» en *Tra-  
bajo Social Hoy*, n.º 3, 1993.
- POLAINO-LORENTE, Aquilino: «Para una fenomenología de la adopción: adopción, derecho y libertad» en *Adop-  
ción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.
- «Prolegómenos para una ética de adopción» en *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídi-  
co*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.
- RECATALÁ IBÁÑEZ, Ana Belén: «Memoria sobre el programa de formación a solicitantes de adopción inter-  
nacional de la Conselleria de Benestar Social de la Generalitat Valenciana» en *Informació Psicológica  
(Revista Quatrimestral del Col·legi Oficial de Psicòlegs del País Valencià)*, n.º 72, abril, 2000.
- RIAZANTSEV, Vladimir: «Las familias adoptantes: realidad e intervención profesional. Actuaciones en la Fe-  
deración de Rusia» conferencia pronunciada en la 5.ª mesa redonda del *Primer Congreso sobre Adop-  
ciones Internacionales*, organizado por ASEFA y celebrado en Madrid en octubre de 1998.
- RÍOS MARTÍN, Juan Carlos y SEGOVIA BERNABÉ, José Luis: *La infancia en conflicto social*, Ed. Cáritas, Ma-  
drid, 1998.
- RÍOS, Peré e IRÍBAR, Amaya: «El Gobierno reconoce que algunas agencias de adopción internacional se en-  
riquecen» en *El País* de 10 de mayo de 1999.
- ROBLA, Sonia: «Matrimonio en toda regla: los homosexuales de Holanda estrenan la ley de parejas de hecho  
más avanzada del mundo» en *El País* de 8 de febrero, Madrid, 1998.
- RODRÍGUEZ, Álvaro: «El turno de Intervención profesional en adopciones del Col·legi Oficial de Psicòlegs  
de Catalunya» en *Anuario de Psicología*, Universitat de Barcelona, n.º 71, 1996.
- ROSENBOOM, Lizette G.: «Recientes resultados de la investigación en torno a la adopción» en *Infancia y So-  
ciedad*, n.º 12, 1991.
- RUBIO DEL CASTILLO, Miguel Ángel: «La adopción internacional en la Comunidad de Madrid» en *Adopción.  
Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.
- SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (DIRECCIÓN DE ESTUDIOS Y DOCUMEN-  
TACIÓN): *Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de reforma del Código  
Civil en materia de adopción*, BOCG Congreso, Serie A, n.º 194-I, de 10 de marzo de 1986, Madrid,  
marzo de 1986.
- *Protección Jurídica del Menor (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de  
protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil)*, BOCG Congreso, Serie A,  
n.º 117, Madrid, mayo de 1995.
- SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL (Secretariado General): *Directrices para procedimientos de adopción in-  
ternacional*, Ginebra, 1993.
- «Un documento de discusión a partir de la experiencia del Servicio Social Internacional», documento  
presentado en el seminario *Adopción internacional: un desarrollo de un procedimiento adecuado*, ce-  
lebrado en Londres del 25 al 29 de marzo de 1996.
- TRISELIOTIS, John: «Adopción abierta» (Trad. Montserrat Cusó) en *Revista de Treball Social*, n.º 130, junio,  
1993.

- «Adoption-evolution or revolution?» en *Adoption & Fostering*, vol. 19, n.º 2, 1995.
- VELASCO, A.: «¿Quién adopta a quién?» en el diario *Expansión (Fin de semana)*, del sábado 19 de julio, Madrid, 1997.
- VELASQUEZ DE BERNAL, Olga: «Las familias adoptantes: realidad e intervención profesional. Actuaciones en Colombia» conferencia pronunciada en la 5.ª mesa redonda del *Primer Congreso sobre Adopciones Internacionales*, organizado por ASEFA y celebrado en Madrid en octubre de 1998.
- VILA DEL CASTILLO, José: *Para una promoción integral de la infancia y la juventud*, Papeles de la Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales y el Autor, n.º 19, Madrid, 1998.
- VVAA: *Adoption and foster placement of children (Report of an Expert Group Meeting on Adoption and Foster Placement of Children. Geneva, 11-15 december 1978)*, United Nations (Department of International Economic and Social Affairs), New York, 1980.
- «272 parejas canarias, una de ellas de mujeres, aspiran a adoptar un niño» en *La Gaceta de Canarias*, del domingo 11 de enero de 1998, La Laguna, pág. 26.
- «Familias de Hecho. La realidad social de las familias formadas por lesbianas, gays y sus hijos/as» en *Cuadernos de las Familias Democráticas*, n.º 30 (n.º monográfico), julio, 2000.
- «Figlio adottivo, figlio biologico, deprivazione nella coppia» en *Riflessioni Cliniche* (suplemento al n.º 1), 1997.
- *Infancia y Adopción*, n.º 1, 2, 3 y 4, Ed. ADDIA, Barcelona, 1997-1998.
- «La práctica de la adopción», documento elaborado por el Comité Rumano para la Adopción para unos *Seminarios de formación del personal del Comité Rumano para la Adopción* organizados por el Servicio Social Internacional, UNICEF y Defensa de los Niños Internacional, celebrados en Bucarest en junio de 1991.
- «Los canarios podrán adoptar este año niños procedentes de Colombia y Rumania» en *El Día*, domingo, 22 de febrero de 1998, Santa Cruz de Tenerife, 1998.
- *Los servicios sociales en las Comunidades y Ciudades Autónomas*, Coord. Antonio Gutiérrez Resa y Jordi Garcés Ferrer, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- «Nueva Ley de protección jurídica del menor» en *Noticias del Unicef*, 2.ª época, n.º 156, marzo de 1996.
- *I Jornadas andaluzas de protección de menores (Ponencias)*, Dirección Gral. de Justicia de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, Sevilla, 1994.
- «Primeras Jornadas sobre adopción y acogimiento familiar» en *Documentos de Bienestar Social*, n.º 16, Departamento de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Bilbao, 1989.
- *Single parent adoption*, U.S. Department of Health and Human Services, Washington D.C., 1981.
- *Special adoptions: an annotated bibliography on transracial, transcultural and nonconventional adoption and minority children*, U.S. Department of Health and Human Services, Washington D.C., 1981.
- «Una nueva perspectiva para la valoración de idoneidad en adopciones: los equipos psicosociales» en *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, n.º 46, 1999.
- «Y después... ¿Qué? Estudio de seguimiento de casos que fueron acogidos en residencias de protección de menores en el Principado de Asturias» en *Documentos de Política Social*, n.º 4, Consejería de Servicios Sociales del Principado de Asturias, Oviedo, 1999.
- XUNTA DE GALICIA (CONSEJERÍA DE FAMILIA, MUJER Y JUVENTUD)
- *Guía para solicitantes de adopción internacional*, 1997.



# COLECCIÓN DE MONOGRAFÍAS DE DERECHO CIVIL

*Dirección de D. Mariano Yzquierdo Tolsada*

- I. PERSONA Y FAMILIA
  - I.1. El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial (2002). Yolanda B. Bustos Moreno
  - I.2. Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares (2003). Lucía García García
  - I.3. Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980 (2003). Blanca Gómez Bengoechea
  - I.4. Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges (2004). Montserrat Pereña Vicente
  - I.5. La adopción internacional en el derecho español (2004). María Aránzazu Calzadilla Medina
- II. OBLIGACIONES Y CONTRATOS
  - II.1. La rendición de cuentas en el Código civil con especial examen en la tutela (2003). Eva M.<sup>a</sup> Martínez Gallego
  - II.2. La opción de compra (2003). Camino Sanción Asurmendi
- III. RESPONSABILIDAD CIVIL
  - III.1. Sistema de Responsabilidad Civil contractual y extracontractual (2001). Mariano Yzquierdo Tolsada
  - III.2. Responsabilidad civil: Los «otros perjudicados» (2002). Miguel Gómez Peral
  - III.3. El aseguramiento de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente (2002). José Ignacio Hebrero Álvarez
  - III.4. Daños corporales y Carta Magna. Repercusión de la Doctrina Constitucional sobre el Funcionamiento del Sistema Valorativo. (2003). Mariano Medina Crespo
  - III.5. La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual (2003). María Medina Alcoz
  - III.6. La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos (2004). María Medina Alcoz
  - III.7. Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la administración (2004). Pedro Rodríguez López
  - III.8. Responsabilidad del promotor por daños en la edificación (2004). Miguel Gómez Peral
- IV. PROPIEDAD Y DERECHOS REALES
  - IV.1. Vías pecuarias y Propiedad Privada (2002). M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán
  - IV.2. La posesión mediata e inmediata (2002). Cristina Fuenteseca
  - IV.3. La división de la cosa común en el Código Civil (2003). José M.<sup>a</sup> Abella Rubio
- V. DERECHO DE SUCESIONES
  - V.1. El legado alternativo (2003). Carlos Cuadrado Pérez
  - V.2. El Cónyuge supérstite en la sucesión intestada (2003). Marta Pérez Escolar