

La regulación de la adopción en España: examen particular de la adopción internacional

Alegría Borrás
Universidad de Barcelona

La normativa básica en España en materia de adopción se encuentra en la Ley 21/1987. Sin embargo, tres nuevos elementos deben ser tomados en consideración. En primer lugar, un dato fáctico cual es el importante desarrollo que ha tenido en los últimos tiempos la adopción internacional. En segundo lugar, el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, en particular, la normativa dictada en Cataluña. Finalmente, last but not least, la entrada en vigor para 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. Con estos elementos y las más recientes modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, puede obtenerse la visión de la problemática actual en la constitución y reconocimiento de la adopción.

Palabras clave: Adopción, adopción internacional, Convenio de la Haya.

In Spain, the basic rules on adoption are included in the Law 21/1987. However, three new elements have to be considered. First, the fact of the impressive development of intercountry adoption in the latest years. Second, the partage of jurisdiction between the State and the Autonomous Communities in which Spain is organized. Last but not least, the entry into force for Spain of The Hague Convention of 29 May 1993 on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption. With these elements and the most recent changes introduced by the Organic Law 1/1996, on the juridical protection of children, a landscape of the nowadays problems on the constitution and recognition of adoption may be obtained.

Key words: Adoption, International Adoption, The Hague Convention.

La adopción presenta muchas dificultades derivadas del paso de la familia biológica a la familia de recepción. Estas dificultades dan lugar a una preocupación social que se traduce en la evolución de la regulación de la adopción. Si se trata de abordar el marco jurídico español, no cabe duda que debe destacarse la Ley 21/1987, de 11 de noviembre,¹ como el punto de partida de la moderna regulación en nuestro país y que, de forma esquemática, tiene dos elementos esenciales: por una parte, constituye una necesaria respuesta a las exigencias constitucionales y, sobre todo, al principio de igualdad; por otra parte, establece que en nuestro ordenamiento únicamente existirá a partir de ese momento la adopción plena. Sin embargo, esta inicial valoración no debe ser interpretada en un sentido optimista, ya que a partir de ese momento se han producido una serie de hechos que han hecho evolucionar la regulación en esta materia, mostrando, en definitiva, problemas y lagunas de aquella Ley. Los hechos que merecen destacarse en relación a este tema y que interesan en cuanto condicionan el enfoque que se dará a este estudio son los siguientes:

1. En Europa, y en consecuencia en España, *la adopción es hoy en una gran parte internacional*, ya sea respecto a niños procedentes del Este de Europa o de origen extraeuropeo: países iberoamericanos o más lejanos, como por ej. Nepal, son hoy habituales países de origen de niños para ser adoptados. En los últimos años, el tema de la adopción internacional (transnacional, o de niños procedentes del extranjero) se ha convertido en un tema de cada vez mayor interés. Por diversas razones, cada vez resulta más difícil adoptar niños de la misma nacionalidad y residencia de los futuros padres adoptivos y cada vez es más frecuente que sean niños procedentes de países que se encuentren en diversas situaciones críticas los que sean objeto de adopción. A los problemas tradicionales de la adopción, deben añadirse las dificultades derivadas de mostrar la capacidad de los padres para una adopción internacional (niños, en muchos casos de otras razas y culturas) así como la dificultad para conocer el cumplimiento de las garantías jurídicas que el interés del menor exige. La preocupación por el tráfico de niños y por la presencia de intermediarios sin escrúpulos se encuentra en la base de esta cuestión.

Conforme ha ido proliferando el fenómeno de la adopción internacional, se ha ido constatando que los problemas que la adopción internacional plantea no pueden ser resueltos por la vía de las legislaciones internas. La razón estriba tanto en la diferente posición que los Estados adoptan como en la misma insuficiencia de las legislaciones internas para ocuparse de este complejo fenómeno. En el fondo, y con carácter básico, se trata de una manifestación de la tensión entre países de origen de los niños y países de recepción. Mientras que los países de origen, con graves problemas económicos, tienen tasas de natalidad alta, los países de recepción, países normalmente incluidos en el grupo de los desarrollados, tienen tasas de natalidad bajas. De ahí deriva una primera causa de la pro-

1. BOE de 17 de noviembre de 1987. Las disposiciones relevantes de esta Ley para este trabajo, así como otras disposiciones vigentes en España que aparecen más adelante, pueden encontrarse en Borrás, A., Bouza, N., González Campos, J.D., Virgós, M.: *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 6ª ed., Madrid, 1996.

blemática internacional,² puesto que en muchos casos las adopciones pueden enmascarar supuestos de otra naturaleza en los que a veces faltan los consentimientos precisos o existe un supuesto de sustracción o venta. Si ya podía resultar problemático que fueran los futuros padres adoptivos los que trataran de encontrar un niño para ser adoptado, mayores problemas plantea aún cuando se realiza por medio de agentes independientes o intermediarios, cuya actividad es tan importante en algunos países, esencialmente en los Estados Unidos.³

Por todas estas razones, fue fundamental la presencia de Estados de origen de los menores en la elaboración del Convenio de La Haya de 1993. Así, al acordarse en 1988 incluir en los trabajos de la XVII Sesión el tema de la adopción, se estimó «indispensable la presencia en esta Comisión Especial de Estados no miembros de donde provienen muchos de los niños».⁴

2. El segundo dato a tomar en consideración es el reparto de competencias entre el *Estado* y las *Comunidades Autónomas* y el ejercicio de éstas. La Constitución de 1978 dio lugar al nacimiento del Estado de las Autonomías que, también en materia de adopción, tiene consecuencias, dadas las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores e, incluso, para poder legislar en materia civil en estos casos. El ejercicio de estas competencias con posterioridad a la Ley de 1987 es un elemento añadido a tomar en consideración.

3. El tercero y muy importante elemento es el *Convenio de La Haya sobre protección del niño y cooperación internacional en materia de adopción, de 29 de mayo de 1993*,⁵ del que España es por el momento el único Estado de recepción que es parte, habiéndose producido la entrada en vigor para nuestro país el 1 de noviembre de 1995.⁶ Por el momento, los demás Estados parte son Estados de origen (Burquina Faso, Chipre, Costa Rica, Ecuador, Filipinas, México, Perú, Polonia, Rumanía y Sri Lanka).

2. Una excelente exposición al respecto puede encontrarse en el *Informe sobre la adopción de niños procedentes del extranjero*, abril de 1989, preparado por J.H.A. Van Loon como documento preliminar para la preparación del Convenio de La Haya en la materia, así como, del mismo autor, «International cooperation and protection of children with regard to intercountry adoption», *Recueil des Cours*, vol. 244 (1993-VII), pp. 191-456.

3. Sobre las dificultades del tema, *Note sur la question des adoptions «indépendantes» ou «privées»*, preparada por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, en diciembre de 1991.

4. Así, tanto en las Comisiones especiales preparatorias como en la Sesión diplomática participaron representantes de Estados tales como Albania, Bolivia, Brasil, Colombia, Corea, Costa Rica, El Salvador, Filipinas, Haití, Honduras, Indonesia, Madagascar, Malasia, Mauricio, Nepal, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Rumanía, Rusia, Senegal, Sri Lanka, Tailandia y Vietnam, además de los representantes de Estados Miembros de la Conferencia de La Haya, entre los que también hay países de origen de los niños, aunque en su mayoría sean países de acogida o de recepción.

5. Sobre la elaboración del Convenio ver las notas de A. Borrás: «La XVII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional (10-29 mayo 1993)» *Revista Española de Derecho Internacional*, 1993, pp. 647 ss.; «Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado: Comisión especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero (La Haya, 11-21 de junio de 1990)», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1990, pp. 696 ss.; «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 30 de mayo de 1991)», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1991, pp. 574 ss.; «Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado: Comisión especial sobre la adopción de niños procedentes del extranjero o adopción transnacional (3 a 4 de febrero de 1992)», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, pp. 278 ss.. A. Borrás, participó como representante de España en todas ellas, habiendo participado también en las Comisiones Especiales previas a la elaboración del Convenio J.D. González Campos. Igualmente, participaron representantes del Ministerio de Justicia y del extinto Ministerio de Asuntos Sociales.

6. BOE de 1 de agosto de 1995. En la bibliografía, González Beilfuss, C., «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1996, 2, pp. 313-345.

No es ésta la primera vez que se intenta un Convenio multilateral en la materia. Así, debe mencionarse, en primer lugar, el Convenio de La Haya, de 15 de noviembre de 1965 relativo a la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción.⁷ Este convenio puede ser considerado un fracaso, ya que sólo lo ratificaron Australia, Suiza y el Reino Unido, países para los que entró en vigor el 23 de octubre de 1978. Desde entonces no ha tenido lugar ninguna otra ratificación o firma. Constituye un convenio de corte clásico, en cuanto que determina la competencia de las autoridades y, una vez determinada ésta, aplica la *lex autoritatis*, regulando también determinados aspectos del reconocimiento de las adopciones realizadas en el extranjero.

Otro loable intento tuvo lugar en América. En la tercera Conferencia especializada interamericana de Derecho internacional privado (CIDIP-III), celebrada en La Paz (Bolivia) en 1984, se aprobó el Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de adopción de menores, de 24 de mayo de 1984,⁸ cuyo principio básico, contenido en el artículo 9, es que el convenio debe interpretarse favoreciendo la validez de la adopción y teniendo en cuenta los intereses superiores del niño. El convenio es también de corte clásico, cuyo centro de gravedad se encuentra en el establecimiento de la competencia de autoridades, que se establece en favor de las del domicilio del adoptando. Significando el Convenio de La Paz un elemento importante a tomar en consideración, es limitado en sus objetivos y, además, es de aplicación en un área geográfica limitada y relativamente homogénea.

Sobre la base de la Resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, de la Asamblea General de las Naciones Unidas conteniendo la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los menores, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, el 20 de noviembre de 1989, el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño. Su favorable acogida permitió que recibiera gran número de ratificaciones y que entrara en vigor, con carácter general, el 2 de septiembre de 1990.⁹ En el ámbito de la adopción merece destacarse su artículo 21, en el que, sobre la base del interés superior del niño, se dan determinadas reglas en torno a la adopción internacional (autoridades competentes, consentimientos, salvaguardias, beneficios económicos, etc.). Constituye una disposición que, aunque llena de buenas intenciones, resulta difícil de articular y llevar a la práctica, tanto en las legislaciones internas como en otros convenios internacionales.

Junto a los convenios multilaterales, han resultado de gran utilidad los acuerdos bilaterales, tales como los existentes entre el Salvador y Canadá o entre Filipinas y Australia. Sin embargo, estos convenios resultan poco significativos con carácter general, ya que pretenden dar respuesta a unas relaciones bila-

7. Puede verse en el *Recueil des Conventions / Collection of Conventions (1951-1988)*, publicado por la propia Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, pp. 64 y ss. En castellano, en *Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993)*. Traducción al castellano, con estudio introductorio de J.D. González Campos y A. Borrás, Madrid, 1996.

8. Publicada en el documento OEA/ser.K/XXLe, CIDIP-III/42, rev.1, de 23 de mayo de 1984.

9. Ratificado por España, fue publicado en el BOE de 31 de diciembre de 1990, habiendo entrado en vigor para nuestro país el 5 de enero de 1991.

terales especialmente intensas en el ámbito de la adopción. Si nos ocupamos del caso particular de España, se han concluido una serie de acuerdos de naturaleza administrativa, denominados «Protocolos», con algunos países: Rumanía, Perú, Bolivia y Colombia,¹⁰ que pretenden, sustancialmente, facilitar el cumplimiento de las exigencias legales internas en relación a países de los que, en una parte importante, proceden los niños que son adoptados en España.

En esta situación, es fácil comprender la utilidad del Convenio de La Haya de 1993. Pero sería necesaria una posición común de los Estados europeos, que aunque ya están preparando muchos de ellos la ratificación, sólo estarán realmente interesados en ratificar el convenio cuando sean parte muchos Estados de origen. Debe destacarse que, en la elaboración del convenio, la dificultad fue llegar a un acuerdo aceptable para muchos y que, a la vez, resultara efectivo. Si no lo ratifican muchos Estados en poco tiempo, servirá de poco y se irán a buscar niños a países menos exigentes. En conjunto, puede calificarse de éxito, por la amplia respuesta (en la negociación participaron 63 Estados de los que sólo 39 eran miembros de la conferencia y los demás Estados de origen) y ha habido una firma rápida y la entrada en vigor el 1 de mayo de 1995.

Con todos estos elementos, sin embargo, si examinamos el orden interno español se puede percibir una cierta inseguridad ante los hechos y su evolución, que se manifiesta en los constantes cambios, el último de ellos, la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, que, una vez más, modifica parte de la normativa en materia de adopción.

EL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La organización de España en Estado de las Autonomías tiene consecuencias en el orden civil y las competencias que las Comunidades Autónomas pueden ejercer en materia de adopción. En este sentido, debe subrayarse la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1993 en relación a las competencias de Aragón en materia de adopción y en la que desestima el recurso de inconstitucionalidad por cuanto la norma impugnada se limitaba a establecer la equiparación de los hijos adoptivos con los biológicos. Sin embargo, algunos argumentos de la sentencia son discutibles como se pone de relieve en el voto particular de dos magistrados del Tribunal y, especialmente, en el de J.D. González Campos en relación al significado del término «desarrollo» del Derecho civil propio.

Si la situación derivada de la Constitución recibió una primera respuesta en la Ley citada de 1987 y en algunas disposiciones de las Comunidades Autónomas, la situación es más compleja en la actualidad y, en este sentido, la reciente Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996, ha debido incorporar una regla en su Disposición final 21^a, en la que tras señalar las normas de la ley que son reglas supletorias de las dictadas por Comunidades Autónomas

10. Sobre estos protocolos, nota de C. Esplugues en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996, 2 (en prensa).

con competencia en materia de asistencia social y las que constituyen disposiciones dictadas al amparo del art. 149, 1.2ª, 5ª y 6ª de la Constitución, por las que goza de habilitación constitucional específica, dice en el apartado 3 que «Los restantes preceptos no orgánicos de la Ley, así como las revisiones al Código civil contenidas en la misma, se dictan al amparo del art. 149, 1, 8ª de la Constitución y se aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial».

En este sentido, debe destacarse el ejercicio de sus competencias por Cataluña, donde ya se dictó la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción. Más recientemente, se ha dictado la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, cuyo art. 1 determina su ámbito de aplicación, diciendo que «La presente ley tiene por objeto la atención y protección de los niños y los adolescentes que residen o se hallan transitoriamente en el territorio de Cataluña, para garantizar el ejercicio de sus derechos y su desarrollo integral en los ámbitos familiar y social». Además de importantes reglas en diversos aspectos,¹¹ introduce un nuevo art. 31 bis en Ley 37/1991 sobre adopción internacional, recogiendo principios del Convenio de La Haya pero para casos en que no hay Convenio, conteniendo en sus cuatro apartados normas sobre lo que deben haber hecho las autoridades del Estado de origen, sobre la posibilidad de no tramitar adopciones de menores originarios de países en que no se garantice el respeto a los principios fundamentales de la adopción internacional y, finalmente, sobre las medidas que adopta la Generalitat. Un aspecto que merece especial atención en la acreditación de entidades colaboradoras, lo que se ha articulado mediante el Decreto 337/1995, de 28 de diciembre.¹²

ARTICULACIÓN DE LAS NORMAS INTERNAS CON LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

En el art. 3 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor se dice que «los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los tratados internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social», añadiendo que «los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional».

11. Entre las que, aunque no pertenezcan al tema objeto de este trabajo, destacaría su progresivo art. 22, que establece las funciones de la Generalitat relativas a las relaciones de los niños y los adolescentes con sus familias. En este sentido, establece que en caso de visita transfronteriza y los niños vienen a Cataluña, sea posible suscribir un compromiso de retorno; asimismo, para los casos de niños desplazados ilegalmente a Cataluña, prevé la posibilidad de intervención de la Generalitat en funciones de mediación.

12. Sobre la Ley 8/1995 y el Decreto 337/1995, nota de J.J. Fomcr en *Revista Española de Derecho internacional*, 1995, 1.

Aunque brevemente, ya me he referido con anterioridad al art. 21 del Convenio de Naciones Unidas sobre derechos del niño de 1989, destacando su carácter genérico y declarativo de derechos, característica que se encuentra en la base de su amplísima ratificación, y el acento puesto en que el valor es el interés superior del niño.

El texto que en estos momentos es fundamental y merece la máxima atención es el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional.¹³ La elaboración de un texto de esta naturaleza no fue fácil, pues el punto de partida no era claro para los Estados de origen, sin una posición unitaria, salvo América Latina, y con una gran susceptibilidad y desconfianza. Una postura más próxima existía entre los países de recepción, preocupados por el control de la entrada de menores y la legalidad de consentimientos precisos para la adopción.

El objetivo del Convenio no es unificar las normas materiales que en cada Estado parte regulan la adopción: cada Estado mantiene sus normas internas, existiendo únicamente prioridad del tratado en las materias reguladas en el mismo. Aunque no fuera preciso decirlo, en relación a un tema especialmente sensible se hace. En efecto, en el art. 28 del Convenio se dice que sus disposiciones no afectarán a las disposiciones internas de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese Estado tenga lugar en su territorio o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción o su desplazamiento al Estado de recepción antes de la adopción. Aunque en otros Convenios de La Haya se encuentran determinadas disposiciones materiales, en este caso se ha evitado esta técnica en la mayor medida posible y así sólo se hace referencia, por ej. a «las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera» (art. 4, c), 1), «El consentimiento de la madre, cuando sea exigido» (art. 4, c) 4), «niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo» (art. 15, 1), etc.

13. Entre la bibliografía publicada sobre el Convenio, Informe explicativo (en francés e inglés): Parra Aranguren, G., Actes et documents de la dixseptième session / Proceedings of the seventeenth Session, vol. II, Conférence de la Haya de Droit International privé, 1995 (Traducción castellana editada por la Oficina Permanente de la Conferencia); Bribosia, H.: «Transparence et secret autour des adoptions internes et internationales», *Revue internationale de droit comparé*, 1993, núm. 4, pp. 795 ss.; Bucher, A.: «La nouvelle Convention de la Haye relative à l'adoption internationale», *Revue du droit de la tutelle*, 1994, núms. 2-3, pp.9 ss; Bucher, A & Jametti Greiner, M.: «La Dixseptième Session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *Revue Suisse de Droit International privé et de Droit européen*, 1994, 1-2, pp. 55 ss.; Camacho de Chavarría, A.: Controles nacionales e internacionales en la adopción de niños. *II Reunión de expertos preparatoria para la Convención para la protección de Niños y la Cooperación internacional en materia de adopciones internacionales*, La Haya, 21 de abril al 3 de mayo de 1991, Patronato Nacional de la Infancia, San José, 1991; Camacho de Chavarría, A.: *La adopción*, Patronato Nacional de la Infancia, San José, 1992; Duncan, W.: «The Hague Convention on the Protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption 1993. Some issues of special relevance to sending countries», en E.D. Jaffe (Ed): *International adoptions laws and perspectives of «sending» countries*, Dordrecht, 1995, pp 217-227; Martínez Blanco, G.: *Hacia una Convención multilateral sobre adopción internacional*, Colección Cuadernos Jurídicos, 1990; Meyer Fabre, N.: «La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la cooperation en matière d'adoption internationale», *Revue critique de droit international privé*, 1994, 2, pp. 259 ss.; Pfund, P.H.: «Intercountry adoption: The 1993 Hague Convention: Its purpose, implementation and promise», *Family Law Quarterly*, 1994, 1 pp. 53 ss.; Siqueiros, J.L.: «La Convención relativa a la protección de menores y a la cooperación en materia de adopción internacional», *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 1994, núm. 23, pp. 313 ss.; Van Loon, J.H.A.: «Intercountry Adoption of Children: A Challenge for International Co-operation to protect Children's Rights», *Hague Yearbook of International Law*, 1992, pp. 137 ss.; Van Loon, J.H.A.: «International Cooperation and protection of children with regard to intercountry adoption», *Recueil des Cours*, vol. 244 (1993-VII), pp. 191-456; Verwilghen, M.: «Le renouveau de l'adoption internationale», *Relations familiales internationales*, Bruselas, 1993, pp. 135 ss.

No fue aconsejable seguir métodos ni perseguir objetivos de tipo tradicional y se trató, por tanto, de elaborar un Convenio de cooperación internacional, que permite la más amplia aceptación por el número más amplio posible de Estados de origen y de Estados de recepción. La novedad esencial radica, pues, en que no se ocupa de los temas clásicos de competencia de autoridades y de ley aplicable, sino que pretende establecer un sistema de garantías previas suficientes tanto para Estados de origen como para Estados de recepción, sobre la base del establecimiento de unas autoridades centrales en los Estados que, en cada caso, preparen los informes relativos al menor a ser adoptado y a los futuros padres adoptivos, lo que facilita la salida del menor de su país y la entrada en el otro. La constitución de la adopción no es objeto del texto porque, en realidad, si hay conformidad entre las autoridades sobre la base de los informes previos, no es trascendente cuál sea la autoridad que constituya la adopción, ya que las garantías deberán ser suficientes. Como dice el art. 1 del Convenio, siendo su objetivo «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», el respeto a tales garantías se consigue instaurando «un sistema de cooperación entre los Estados contratantes», que, en consecuencia, «prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños». Para ello se establece una Autoridad central (organizada en cada Estado de la forma que se considere más adecuada) y una distribución o reparto de responsabilidades entre el Estado de origen y el Estado de recepción. Por tanto, al examinar el estado actual del ordenamiento español, deberá hacerse constantemente referencia al Convenio de La Haya de 1993.

LAS NORMAS SOBRE ADOPCIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

La función de las «Autoridades centrales»

El proceso de elaboración de la Ley de 1996 ha sido largo y complejo y el resultado no ha sido satisfactorio. Aunque se han introducido disposiciones que deben ser bienvenidas,¹⁴ introduce algunas disposiciones en materia de adopción que no pueden dejar de vincularse con la Ley de 1987 y con la ratificación por España del Convenio de La Haya. Esta vinculación es especialmente patente en el art. 25, que prevé la posibilidad de que las autoridades centrales deleguen determinadas funciones en los «organismos acreditados». Aunque el art. 25 lo desarrolla escasamente, hace referencia al Convenio de 1993 y extiende a los Estados no parte algunas de sus disposiciones.

14. Me refiero, específicamente, a la disposición final 19ª que incluye los nuevos y necesarios artículos 1901 a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que introduce medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional de menores. En otros casos, el resultado no es satisfactorio y así, en el procedimiento parlamentario se ha perdido la vocación de la propuesta originaria de incorporación del *favor filii*, en el art. 9, 4 del Código civil.

Esta disposición se ocupa de la fase administrativa previa a la constitución de la adopción y distingue entre las funciones indelegables y las delegables. Se consideran funciones que han de realizar las entidades públicas del territorio de Derecho civil común con carácter indelegable la elaboración del certificado de idoneidad y el compromiso de seguimiento, si lo exige el país de origen del niño. Por el contrario, la recepción y tramitación de las solicitudes es delegable en las entidades acreditadas, a que dedica el resto del artículo.

Debe señalarse que la introducción de entidades acreditadas ya la preveía la Disposición Adicional 1ª de la Ley 21/1987, pero las disposiciones de esa ley relativas a las instituciones colaboradoras de integración familiar no fueron apenas desarrolladas. También en este sentido, la norma actual es genérica y poco desarrollada, tanto en relación a las funciones a realizar por las entidades acreditadas, como en relación a los requisitos para la obtención de acreditación. De hecho, se limita a establecer que la entidad pública controla, inspecciona y elabora las directrices de entidades acreditadas que han de ser sin ánimo de lucro e inscritas. Falta un Decreto como el catalán de 28 diciembre 1995 sobre acreditación y funcionamiento de entidades colaboradoras en materia de adopción en desarrollo del art. 31 *his* de la Ley catalana que, en esencia, equivale a este art. 25. En el Convenio de La Haya está mucho más desarrollado el procedimiento de cooperación sobre la base del establecimiento de unas autoridades centrales.

Existe en el Convenio un reparto de responsabilidades del Estado de origen y del Estado de recepción, que se ejercitan de acuerdo con el procedimiento previsto en el Capítulo IV (arts. 14 a 22). De forma resumida, el procedimiento es el siguiente: se inicia en el Estado de recepción con un informe sobre los futuros padres adoptivos (art. 15), existiendo una prohibición de contacto previo según normas de art. 29. Es entonces cuando el Estado de origen prepara un informe sobre el niño (art. 16), prestándose especial atención a los consentimientos a que se refiere el art. 4, es decir, prestado sin pago, con carácter irrevocable y posterior al nacimiento del niño, a lo que hay que añadir, cuando proceda, el consentimiento del niño. En el art. 17 se contiene una norma que puede ser considerada como fundamental, en cuanto establece el *matching* o acuerdo de ambas autoridades en la conveniencia de aquella adopción. Sólo así se podrá desplazar al niño, puesto que, si hay acuerdo, se le autorizará a salir del Estado de origen y a entrar y residir en el Estado de recepción, según art. 18.

Las autoridades centrales pueden ser consideradas como el eje del convenio, encargadas de cumplir las obligaciones previstas en los arts. 8 y 9. Existe la posibilidad de actuación de organismos acreditados (art. 22, 1), si reúnen las condiciones de los arts. 10 y 11, exigiéndose para actuar en otro Estado que estén autorizados por éste (art. 12).¹⁵ Existe también la posibilidad de designar más de una autoridad central (art. 6, 2), siendo diferente la actitud de los diferentes Estados plurilegislativos. En España, se ha designado una pluralidad de autoridades centrales, sin que haya una por la que tenga que pasar «toda» comunica-

15. Sobre esta cuestión, nota de C. González Beilfuss en *Revista Española de Derecho internacional*, 1995, 1.

ción ni sea de «doble dirección»; estas autoridades han sido designadas, al ratificar el convenio, en todas las Comunidades autónomas, pudiéndose también dirigir a la Dirección General del menor y de la familia.¹⁶

Constitución y reconocimiento de la adopción

La Disposición adicional 2ª y la Disposición final 2ª de la Ley Orgánica 1/1996 contienen reglas relativas a la constitución y reconocimiento de la adopción. Las cuestiones relativas a competencia y ley aplicable en materia de constitución no se ven afectadas por el Convenio de La Haya: sólo las cuestiones relativas al trámite administrativo previo y a la cooperación de autoridades. En materia de reconocimiento y sus efectos incide el convenio, pero todavía son pocos los Estados parte y de ahí el interés de la normativa interna.

a) Adopción constituida por Juez español

No se han modificado en este caso los párrafos 1 y 2 del art. 9, 5 del Código civil. En cuanto a la competencia, de acuerdo con el art. 22, 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son competentes las autoridades españolas «cuando el adoptante o el adoptado sea español o tenga residencia habitual en España». Los requisitos se rigen por la ley española, sin que se proporcione un criterio para delimitar entre las legislaciones que coexisten en España y sin que en este caso sirva la regla del art. 16 del Código civil, debiéndose acudir a las reglas de delimitación, del tipo del art. 1 de la Ley catalana.

En la reciente Ley de protección del menor se ha perdido la ocasión de introducir unas normas que hubieran sido muy útiles en el nuevo Reglamento de extranjería, publicado por Real Decreto de 2 de febrero de 1996, que en dos disposiciones se refiere a temas de adopción. Quizá algunas reglas de los arts. 12 a 15 no son propias del Reglamento de extranjería, sino de la Ley del menor. En el art. 15, sobre traslado con fines de adopción de menores extranjeros procedentes de zonas de conflicto, se dice que «Los menores que procedan de un país o región en conflicto bélico no podrán ser traídos a España con fines de adopción salvo que conste de modo fehaciente que se han realizado sin éxito las gestiones oportunas para la localización de sus familiares a través de los órganos competentes, y que se han cumplido las precauciones que exigen los compromisos internacionales asumidos por España, así como las recomendaciones de los organismos internacionales con competencia en la materia». Está bien la precaución y responde al Convenio de La Haya y a la recomendación para la adopción de ni-

16. Dependiente ahora del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Sobre las autoridades designadas en cada uno de los Estados parte y sus datos, Borrás, A., Bas, C.: *Guía Práctica de los Convenios de La Haya de que España es parte*, Madrid, 1996.

ños refugiados preparada por la Conferencia de La Haya con el ACNUR, sin embargo puede preguntarse por qué no hay una norma general sobre el traslado de menores con fines de adopción en España que impediría situar a las autoridades ante el dilema de no saber qué hacer cuando el niño ya se encuentra aquí, siguiendo el modelo de lo que se hizo en Francia. Además, el niño ahora sólo puede venir con visado de reagrupación familiar, lo cual no es adecuado para el caso de que vengan para ser adoptados aquí (como es, por ej., el caso de los niños desplazados desde Chile en régimen de tuición definitiva).

b) Adopción consular

En la Ley de protección del menor, se ha realizado una adaptación a la realidad del Convenio de La Haya del párrafo 3 del apartado 5 del artículo 9 del Código civil, ya que era inviable en su redacción anterior, que exigía que la propuesta previa formulada por la entidad pública española fuera necesaria siempre que el o los adoptantes hubieran tenido en algún momento su residencia habitual en España. Ahora, de forma más realista, sólo es necesaria la propuesta previa de la entidad pública española para los adoptantes que hayan residido en España en los dos años previos a la constitución de la adopción por el consul. Aun así, es discutible que esté la entidad en condiciones de realizar la declaración de idoneidad. Hay que entender que esta norma lo que pretende es exclusivamente prevenir el fraude consistente en trasladar el domicilio al extranjero precisamente para evitar la intervención de las autoridades administrativas españolas.¹⁷ Mejor hubiera sido, como propuso el Grupo Parlamentario catalán, suprimir la adopción consular.¹⁸ Esta institución pretendió históricamente facilitar la adopción a los adoptantes españoles, dando poco peso al interés del adoptando, que es el valor que debe defenderse en la adopción. Además, en la reforma de 1987 acertadamente se reforzó el carácter judicial de la adopción y se dio un importante papel al fiscal en su constitución, siendo dudoso que estos objetivos se logren plenamente en la adopción consular. Finalmente, la posibilidad de este tipo de adopción, poco conocida en otros ordenamientos, puede verse impedida por la prohibición de la ley del Estado en que se realice, según lo previsto en el art. 5, f) del Convenio de Viena sobre relaciones consulares. En el debate parlamentario, la Sra. del Campo Casasús dijo que la adopción consular «es una institución de tanta raigambre en nuestro ordenamiento, que ha demostrado que funciona adecuadamente y no vemos la necesidad de esa supresión», a lo que se pliega la Sra. Alemany Roca al retirar la enmienda y decir que «no es que nuestro Grupo tenga interés en hacer desaparecer la figura de la adopción consular, sino que creemos que no sucedería nada si esa figura no existiera».¹⁹

17. Al respecto, nota de C. González Beilfuss en *Revista Española de Derecho internacional*, 1996, 2 (en prensa).

18. Enmienda nº 63, BOCG., Congreso de los Diputados, Serie A, nº 117.8, p. 61. En la doctrina, tal propuesta la ha venido haciendo reiteradamente J.D. González Campos, en *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Madrid, 1995, p. 371.

19. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, 1995 (Justicia e Interior), nº 593, pp. 18095 y 18097, respectivamente.

c) Reconocimiento de la adopción constituida por autoridad extranjera

Esta materia se encuentra regulada en el reciente Convenio de La Haya, por lo que es necesario distinguir aquellos supuestos en que se ha constituido en un Estado parte en este Convenio de aquellos otros en que la adopción se ha constituido en los, por el momento, mucho más numerosos Estados que no son parte en dicho convenio.

1. Para casos con países parte en el Convenio de La Haya

Fue un capítulo especialmente difícil en su elaboración, en que lo único claro es que, si se sigue el procedimiento previsto en el convenio, la adopción será reconocida de pleno derecho en todos los Estados parte (art. 23) y sólo podrá denegarse si es contra orden público y el interés superior del niño (art. 24), de forma acumulativa. Para facilitar el reconocimiento, se prevé un certificado de conformidad de la adopción con el convenio, emitido por quien se designe en cada Estado.²⁰

Hasta el último momento en la elaboración del convenio se estuvo discutiendo sobre el periodo probatorio cuando éste existe en el país de recepción (p.ej. Italia) y la adopción ha sido constituida en el Estado de origen. Al final, se prescindió de una norma relativa a este tema, puesto que es contrario al espíritu del convenio.

Existían muchas dudas sobre los derechos atribuidos al hijo adoptivo pues no en todos los Estados hay sólo adopción plena o ésta no equipara en todos los Estados la filiación adoptiva a la filiación biológica. De ahí que, por una parte, no se diga nada sobre la nacionalidad del hijo adoptivo²¹ y que, por otra, en el art. 26 se distinga entre los efectos que se producirán en todo caso —que son el reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y los padres adoptivos y el reconocimiento de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo— y el efecto que sólo se producirá si lo tiene en el Estado en que ha tenido lugar la adopción, que es la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su familia biológica. 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. En el art. 27 está regulada la posibilidad de transformación de una adopción simple en plena, si la ley del Estado de recepción lo permite y se han obtenido los consentimientos para tal adopción.

20. El modelo de formulario fue elaborado por una Comisión especial sobre la práctica del convenio, que se reunió entre los días 17 y 21 de octubre de 1995, presidiendo la subcomisión de formularios-modelo A. Borrás; además de este formulario sobre conformidad de la adopción con el Convenio, se preparó otro formulario sobre la declaración de consentimiento para la adopción, cuyo fin es proteger y asistir a los padres y/o representantes legales cuando deben decidir y expresar su decisión de consentir la adopción del niño. Los modelos de formulario pueden verse en Borrás, A., Bas, C.: *Guía Práctica de los Convenios de La Haya de que España es parte*, Madrid, 1996.

21. Y quede, por tanto, a la legislación interna del Estado de recepción.

2. En caso de ausencia de convenio

Se regula en los párrafos 4º y 5º del art. 9, 5 del Código civil y también en la disposición adicional 2ª de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor.

La disposición adicional 2ª dice que «para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del art. 9, 5 Cc». Esta norma era necesaria como consecuencia de la disposición adicional 1ª que declara la aplicación de las normas de la jurisdicción voluntaria a una serie de actuaciones. Era necesario completarla con una regla referente a la actuación del encargado del Registro cuando se trate de adopciones constituidas en el extranjero. Veremos, no obstante, que esta disposición tenía todo su sentido con la redacción propuesta por el Grupo parlamentario catalán, que sustituía lo que ahora son párrafos 4º y 5º por algo mucho mejor.

En efecto, la propuesta decía que «a reserva de lo dispuesto en los tratados internacionales, la adopción constituida en el extranjero producirá los efectos previstos en España si ha sido constituida por las autoridades del Estado de la nacionalidad o de la residencia habitual del adoptante o del adoptado y se han obtenido los consentimientos necesarios. Cuando el adoptante o uno de los adoptantes sea español, deberán haberse cumplido, además, las condiciones de capacidad y consentimiento equivalentes a las previstas en la ley española y dicha adopción no será manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño». Esta redacción pretendía dar el verdadero sentido a la norma que no es otro que el establecimiento de los requisitos que una adopción constituida en el extranjero debe tener para ser reconocida en España. Se incluiría, además, una regla que precise y limite la posibilidad de denegación del reconocimiento de la adopción por razones de orden público, en el mismo sentido contenido en el Convenio de La Haya de 1993. No se trata de dos requisitos o exigencias acumulativas, sino que el interés del menor es tomado en cuenta. Esta redacción hubiera permitido, además, una interpretación estricta del orden público, limitándolo a los principios fundamentales del ordenamiento español en materia de adopción.

Esta regla hubiera enlazado bien con la posibilidad de haber introducido algo más en el antes citado nuevo Reglamento de extranjería que, ahora, sólo tiene una norma en el art. 54, respecto a quienes tienen derecho a la reagrupación familiar, en que se incluyen los hijos adoptivos: «deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción fue tomada por la autoridad administrativa o judicial competente en la materia en el país en que se llevó a cabo, y que dicha resolución reúne los elementos necesarios para producir efectos en España». Esta regla plantea muchos interrogantes, tanto a si se requerirá el reconocimiento, a quién valorará si concurren los elementos necesarios para el reconocimiento o, incluso, a qué pasará con instituciones como la *kafala*, dado el volumen importante de musulmanes que llegan a nuestro país.

En la redacción actual del art. 9, 5 del Código civil, aunque se dice que el párrafo 4º es nuevo, en realidad es el que ya había antes y siempre se había criticado en sus dos partes, en cuanto parece querer señalar la ley que debe aplicar

la autoridad extranjera y en cuanto a la transformación de las adopciones simples en plena, puesto que mantiene inalterada la discrecionalidad. Mejor hubiera sido aceptar la propuesta del Grupo catalán. Recordemos al respecto que las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 1 de septiembre de 1995 y de 18 de octubre de 1993 dicen que ningún precepto del ordenamiento jurídico español obliga a efectuar dicha conversión y que procede constituir *ex novo* la adopción ante el juez español competente.²²

Por si esto fuera poco, se añade un nuevo párrafo 5º que surge de una propuesta de la Sra. del Campo Casasús, como transaccional respecto a la enmienda del Grupo catalán con el párrafo antes transcrito, sin darse cuenta de que no es lo mismo. En primer lugar, positiviza la regla ya establecida por la Dirección General de Registros y Notariado de que «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». Esta norma, que puede ser adecuada para instituciones como la *Kafala* 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.²³ Téngase en cuenta que 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 los trámites. No deja margen de manobra a la autoridad registral, lo que sí hubiera tenido con la redacción que se había propuesto. La norma actual es demasiado taxativa y genérica.

En segundo lugar, subordina el reconocimiento a la obtención del certificado de idoneidad si el adoptante es español y está domiciliado en España en el momento de la 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 adoptados en otro país gocen de los mismos derechos que los nacionales en la adopción». Confunde los derechos que confiere al niño el vínculo de filiación con los requisitos para la constitución o reconocimiento de dicho vínculo. Lo que hay que ver es si ese requisito adicional contribuye a la protección del interés superior del niño. Nuevamente, la fórmula propuesta y no aceptada era mejor, pues permitía al encargado del Registro (que es el competente en esa fase) valorar si había una equivalencia entre lo hecho fuera y lo que se debía hacer aquí. No se debe entender que con ello se favorecía el fraude, puesto que había fórmula particular de orden público. En cambio, 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 y más específicamente a los psicólogos y trabajadores sociales: ya no es previo ni sin conocimiento previo del niño y además se ven forzados en tiempo y en contenido, pues sólo para casos graves va a negarse cuando se den circunstancias particulares y para no dejar al niño en

22. *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 1993, nº 1691, pp. 104 ss y 1995, nº 1755, pp. 48 ss., respectivamente.

23. Al respecto, C. Esplugues, «Reconocimiento en España de adopciones simples constituidas en el extranjero (En tomo a la Resolución DGRN, de 27 de enero de 1996, sobre inscripción de adopción salvadoreña)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 13 de junio de 1996, nº 250, pp. 1 ss.

un «limbo jurídico», teniendo en cuenta el nuevo trauma que produciría verse separado de sus padres adoptivos, después del trauma que siempre significa el abandono por los padres biológicos.

CONSIDERACIONES FINALES

El breve examen realizado de la normativa vigente en España muestra una complejidad y dispersión de reglas en una materia en que la simplicidad y la adaptación a la realidad deben ser la norma básica. No se han tratado en profundidad numerosos problemas, como consecuencia de la necesaria brevedad de este trabajo.²⁴ Pero si importantes son las normas, sin perjuicio de la máxima seguridad jurídica, todas las autoridades intervinientes deben también ser conscientes de que excesivas trabas pueden conducir a las más sofisticadas maniobras fraudulentas y con ello al resultado exactamente contrario del perseguido con su escrupulosidad.

No es obvio destacar la gran utilidad del Convenio de La Haya de 1993. España ha dado el primer paso al ratificar el Convenio y ahora es necesario aplicarlo bien y desear que muchos, por no decir todos, los Estados de origen lo ratifiquen a la mayor brevedad. El Convenio sólo será útil si un elevado número de Estados de origen y de recepción llegan a ser partes en el Convenio. Existiendo tantas adopciones irregulares y fraudulentas, si no se da una muy amplia participación de los Estados en el Convenio, éste servirá de poco, puesto que los futuros padres adoptivos o los intermediarios se dirigirían a algún Estado no parte en el Convenio para conseguir allí más fácilmente los niños a adoptar, aunque ello sea a veces sin considerar el interés superior del menor ni las garantías suficientes de todo orden.

Desde nuestro contexto de país europeo²⁵ y de país receptor de numerosos niños procedentes del extranjero que son adoptados en España, debe hacerse todo lo posible para el buen conocimiento y, en consecuencia, buen funcionamiento del Convenio de La Haya.

24. Comentarios sobre las disposiciones españolas de Derecho internacional privado en materia de adopción, N. Bouza, «La nueva ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el derecho internacional privado», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, pp. 897 y ss.; P. Brioso, *Constitución de la adopción en Derecho internacional privado*, Madrid, 1990; Julio D. González Campos, En J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 4ª ed. revisada, Madrid, 1991, pp. 506 y ss.; J.D. González Campos, Comentario al art. 9. 5 del Código civil, *Comentario del Código civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, tomo I, pp. 87 y ss.; E. Jayme, «Neues Adoptionsrecht in Spanien», *Iprax*, 1989, 2, pp. 123 y ss.; P. Rodríguez Mateos, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988.

25. Recuérdese que en el contexto de la cooperación judicial en materia civil en el ámbito europeo, aun no siendo un objetivo concreto del Título VI del Tratado de la Unión Europea, se recomienda la ratificación, entre otros, de este Convenio de cooperación.