

LA LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL. REFLEXIONES A LA LUZ DE SU TEXTO, DE SUS OBJETIVOS Y DE LA COMUNIÓN ENTRE AMBOS

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

“Cuemo deve fablar el fazedor de las leyes.

El fazedor de las leyes deve fablar poco, é bien; é non deve dar iuyzio dubdoso, mas lano, é abierto, que todo lo que saliere de la ley, que lo entiendan luego todos los que lo oyeren, é que lo sepan sin toda dubda, é sin nenguna gravedumbre”

(Fuero Juzgo, 1,1; 6)¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Sobre el Título I de la Ley. El problema competencial y otras cuestiones. III. Sobre el Título II de la Ley: normas de Derecho internacional privado. 1. Las normas sobre competencia judicial internacional. 2. Las normas sobre ley aplicable en materia de adopción internacional. 3. Las normas sobre reconocimiento de adopciones constituidas por autoridad extranjera. IV. Conclusiones.

RESUMEN: *La Ley 54/2007, de adopción internacional, pretende ofrecer una regulación completa y sistemática de la adopción internacional. Regula aspectos típicamente administrativos de funcionamiento de las Entidades Públicas competentes y las Entidades Acreditadas para la adopción internacional; contiene normas de Derecho internacional privado sobre competencia judicial internacional, ley aplicable y condiciones de reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero y establece normas sobre protección de menores para situaciones distintas de la adopción. Como novedades introduce la posibilidad de reconocimiento de adopciones simples o menos plenas, así como la posibilidad de conversión de adopciones simples en adopciones plenas. El autor critica la nueva regulación porque no tiene convenientemente en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de*

¹ La cita la he tomado de F. Santaolalla López, “Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 33, 1991, septiembre diciembre, 1991, pp. 47-64. No obstante, la versión que he retenido (con ligeras variaciones gráficas respecto de la que recoge F. Santaolalla López) la he obtenido a partir de *Fuero Juzgo en latín y castellano*, Madrid, Real Academia Española, 1971. Edición facsímil de Madrid, por Ibarra, Impresor de Cámara de S. M., 1815, que reproduce el *Forum Iudicum*.

protección de menores y por introducir soluciones técnicas complejas que no mejoran sustancialmente la situación anterior. Igualmente considera, en contradicción con parte de la doctrina, que la Ley no contiene mecanismos adecuados para que un eventual desarrollo judicial pueda solventar todos los problemas de aplicación que el propio autor ha denunciado en escritos anteriores.

PALABRAS CLAVE: ADOPCIÓN INTERNACIONAL – PROTECCIÓN DE MENORES – INTERÉS SUPERIOR DEL ADOPTADO – EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS DE ADOPCIÓN. COOPERACIÓN – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – LEY APLICABLE – RECONOCIMIENTO DE ADOPCIONES – NUEVA REGLAMENTACIÓN ESPAÑOLA.

ABSTRACT: *The new Spanish statute on international adoption, Ley 54/2007, aims to provide a systematic and complete regulation for inter-country adoptions. It therefore contains provisions about administrative procedure: how the competent authorities should operate; rules on international jurisdiction, conflict of laws and recognition of foreign adoptions decrees are also to be found, next to some other rules intending to enhance protection of non-adopted children. The statute introduces in Spanish law the possibility of recognising simple or non-full adoptions; the simple adoption may be converted into a full adoption. The article reproduces the author's point of view, which is a critical one: on the one hand, the new regulation could imply trespassing on the autonomic competences concerning children's protection; on the other hand, it introduces new technical solutions much more complex than those formerly existing, without improving the situation. Dissenting from other Spanish opinions, and as he had already announced in previous papers, the author considers that the law does not provide with the tools needed in order to solve the problems through judicial development.*

KEYWORDS: INTERCOUNTRY ADOPTION – CHILDREN'S PROTECTION – BEST INTEREST OF THE CHILD – ADMINISTRATIVE ADOPTION PROCEEDINGS – CO-OPERATION. INTERNATIONAL JURISDICTION – CONFLICT OF LAWS. RECOGNITION OF INTERCOUNTRY ADOPTIONS – NEW SPANISH REGULATION.

I. Introducción.

1. La nueva Ley de adopción internacional es uno de los hitos del Derecho internacional privado autónomo de los últimos años. Sin duda, desde un punto de vista estrictamente técnico, la Ley aglutina una amalgama sumamente interesante de soluciones sobre las que hasta la fecha sólo había cabido la especulación o, justo es reconocerlo, el atrevimiento de la Dirección General de Registros y del Notariado a través de la publicación valiente de claves interpretativas como las contenidas en la Resolución Circular de 15 de julio de 2006². Quiero dejar claro desde este momento que sustantivos (hito: hecho clave y fundamental dentro de un ámbito o contexto) o calificativos (interesante, valiente...) han de entenderse en su justo campo semántico, sin que supongan una connotación positiva o negativa apriorística, algo que solo puede derivar del análisis pormenorizado de las soluciones normativas o de las interpretaciones de las mismas. Las presentes reflexiones no escamotearán la valoración estricta de la ley. Ya he avanzado en otros escritos algunos puntos llamativos tanto sobre lo que fue el Proyecto de

² BOE, 30-VIII-06. *Vid.* ampliamente sobre esta resolución mis observaciones críticas en “Reconocimiento e inscripción en el Registro civil de las adopciones internacionales”, *REDI*, vol. LVIII, nº 2, 2006, pp. 683-710.

Ley cuanto de lo que terminó siendo el texto publicado en el *BOE*³. En la hora actual, existen muy interesantes y, sobre todo, mucho más detallados y profundos análisis, que introducen visiones más amables de la nueva normativa y suman elementos para enriquecer el debate, amén de servirme para matizar mis críticas en algunos puntos concretos. Me referiré en especial al de los Profesores A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González⁴, cuyas discrepancias (por decirlo de una manera también amable) con mis puntos de vista acreditan que una buena parte de ellos no son tan descabellados. Sus críticas a mis críticas son mucho menores –ciertamente en número, que no en intensidad– que mis críticas a la ley; me reafirman en las no refutadas; me ratifican en la pertinencia de mis preguntas cuando implícitamente las responden⁵ y me animan a continuar el debate científico⁶, a pesar de mi desventaja: tras leer pormenorizadamente su extensa monografía, resulta evidente que no es lo mismo abordar la ley, como yo lo hago, desde el contenido propio de sus palabras, de sus frases, de lo que se aprobó en las Cortes y se publicó en el *BOE*..., que conociendo lo que realmente quiso decir el legislador, aunque no lo haya dicho (argumento recurrente en el análisis de mis compañeros). El hecho de haber publicado ya dos comentarios y de abordar este con un formato similar, motiva que en algún caso concreto haya

³ Análisis que he realizado en trabajos como “Reflexiones sobre la ley 54/2007, de adopción internacional”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XXIX, nº 6910, de 25 de marzo de 2008; ya sobre el Proyecto de Ley, “El Proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *AC*, nº 22, 2007, pp. 2597-2618.

⁴ Destacan por el detalle y profundidad del análisis A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Granada 2008; de los mismos autores, “Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la ley española”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XXIX, nº 6953, de 26 de mayo de 2008. Da una visión general de la ley de forma más sintética C. Esplugues Mota, “La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿Una ocasión perdida?”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2008-2, pp. 363-380, con el que concuerdo en términos generales en el análisis que efectúa del nuevo texto y en la mayoría de las valoraciones que realiza. Hay también otras obras en las que se hacen alusiones a la nueva ley: G. Esteban de la Rosa (coordinadora), *Código de adopción internacional*, Cizur Menor, 2008, dedica la presentación general a la nueva ley; *vid.* también, entre las aproximaciones generales, F. Calvo Babío, “Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 125, 2008, pp. 56-63; autora que realiza una valoración globalmente crítica de la Ley.

⁵ Con independencia de que considere o no satisfactoria la respuesta. Por ejemplo, tras años de reivindicación de soluciones particulares para el sistema de Derecho interregional, decir que la Ley se aplica a los supuestos interregionales por el juego conjunto de los arts. 16 y 9.5º Cc. (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007*..., *op. cit.*, pp. 44-45) puede ser verdad, pero en su caso sería una verdad muy muy insatisfactoria y, probablemente, innecesaria (*vid.* al respecto mis observaciones en “El Proyecto...”, *loc. cit.*, p. 2612).

⁶ He de confesar que, aunque tengo la impresión de ser el único citado en contra de las tesis de los autores (hasta K.H. Nadelman –en 1972– apoya que el art. 24 de la Constitución española de 1978 obliga a expulsar del sistema los foros exorbitantes), sólo aceptaré el debate en lo que se refiera al contenido propio de este trabajo. No haré ningún esfuerzo por introducir un debate ajeno al mismo, y no debatiré sobre las discrepancias que no entren en la presente línea discursiva.

recurrido al socorrido expediente de cortar y pegar. Eso sí, confío en que ello no me haya deparado ningún accidente que haga pensar al lector que confundo el orden público del art. 23 de la Ley (frente a la aplicación de la ley extranjera) con el orden público del art. 31 de la misma (frente al reconocimiento de la adopción extranjera)⁷.

2. En cualquier caso, y sin ningún tipo de ironía, lo cierto es que el extenso comentario de los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González sobre la nueva normativa me alivia el trabajo de ofrecer una visión con pretensiones de abarcar exhaustivamente todos los recovecos de una ley, que es probablemente la más extensa en Derecho comparado dedicada a la adopción internacional: 34 amplios artículos con una *ilustrativa* Exposición de Motivos y una coda de disposiciones adicionales, finales, transitorias... también interesante. Además, sus discrepancias con mi visión de la Ley van a servir de orientación en los presentes desarrollos. Aprovecharé estas nuevas reflexiones para responder a las críticas recibidas, aun a costa de lastrar o descompensar en cierto modo el equilibrio de los temas, e incurrir en ocasiones en un diálogo bilateral. Al fin y al cabo lo propio es discutir sobre aquello que resulte controvertido y no gastar el papel y los halagos sobre lo que resulta pacífico.

Mis anteriores acercamientos al proyecto, primero, y al texto de la ley, después, se hicieron partiendo de una postura exigente frente al Derecho escrito. Sin concesiones a sentidos figurados o a sobreentendidos. Ello es especialmente visible en mi comentario al Proyecto de Ley, pero también a la propia Ley. Los colegas citados adoptan, a mi juicio, una posición mucho más complaciente⁸. En las páginas que siguen, continuaré poniendo de manifiesto por qué creo que la Ley es técnicamente deficiente. Adelanto ya ahora que gran parte de las discrepancias con los que opinan todo lo contrario encuentran su razón de ser en la

⁷ Vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, pp. 193-194, donde se reproduce el texto de pp. 115-116. Es verdad que antes de la reproducción, los autores señalan que se trata de tener presente el "círculo hermenéutico" del art. 23 y no de aplicarlo. Resulta, en todo caso, sorprendente este recurso en vez del más próximo (sistemáticamente hablando, por estar en el capítulo del reconocimiento) del art. 31 o, simplemente, señalar que fue una deficiente tramitación parlamentaria lo que modificó, creo que involuntariamente, el art. 31 donde el proyecto situaba el orden público en materia de reconocimiento en general y no sólo de adopciones simples como quedó en el texto final. Vid. Enmienda 89 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió). "Justificación: La norma omite la referencia al interés superior del niño juntamente con el orden público, tal como se hace en el artículo 23 del propio texto". El texto enmendado hablaba de "decisión extranjera *de adopción*, de adopción simple, o menos plena..." Y, como se aprecia, en la justificación de la enmienda no se hace ningún tipo de alusión a la supresión.

⁸ Apenas he detectado una minúscula crítica en la página 201, a la exigencia de igualdad de efectos presente en el art. 26 de la Ley.

radical diferencia que tenemos sobre la concepción de lo que debe ser una ley y lo que puede ser el desarrollo judicial de una ley⁹.

3. No hablaré de la adopción de mayores. Pienso que su previsión explícita no era *a priori* necesaria (como nunca se consideró necesaria en la normativa derogada); aunque probablemente hubiera sido conveniente a causa de las pomposas declaraciones de los arts. 2 y 3 de la Ley (objeto y finalidad de la Ley y principios informadores de la adopción internacional) que hacen recaer todo el arsenal axiológico de la misma sobre el interés superior del *menor*. Creo no obstante, que su ausencia, debida a una concentración de los esfuerzos sobre los casos más frecuentes, no alterará su régimen, pues en lo que atañe a las estrictas normas de Derecho internacional privado, la desaparición del “menor” en beneficio del “adoptando” o “adoptado” deja las cosas como estaban.

4. No hablaré tampoco del Título III dedicado a la “*Otras medidas de protección de menores*”. Sin perjuicio de su poca o nada aportación al régimen anterior, me pregunto cuál ha sido el mensaje del legislador español al regular este ámbito. Desde un punto de vista sistemático es discutible su inclusión en una ley sobre la adopción internacional, aunque reconozco que es un matiz menor a la vista de cómo utiliza el legislador las leyes en los últimos tiempos, en los que no importa el contenido principal: churras, merinas y canguros pueden compartir la misma cobertura legal, según se precise en función de las prisas del momento. Sí creo, con Alegría Borrás, que la regulación de estas otras medidas de protección puede resultar inoportuna ante el fin del bloqueo para la ratificación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, y de la necesidad de que los Estados miembros de la Comunidad europea, también España, piensen en la adopción de medidas internas para la correcta aplicación futura del Convenio y presente del Reglamento 2201/2003¹⁰.

II. Sobre el Título I de la Ley. El problema competencial y otras cuestiones

6. Uno de los aspectos, por llamarlo de algún modo, externo a la concreta regulación, pero, a mi juicio, capital desde la perspectiva de la validez de las normas es el que atañe a la competencia del legislador estatal para regular buena

⁹ Esta visión es especialmente evidente en la “reflexión final” con la que A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, concluyen su artículo sobre “Constitución de la adopción internacional..”, *loc. cit.* Verdadera oda a la Ley, a la labor creativa de los tribunales y a la “polifonía de los mensajes valorativos” de las normas de conflicto contenidas en la Ley..

¹⁰ A. Borrás Rodríguez, “Espagne. Nouvelle loi sur l’adoption internationale”, noticia extraída del sitio web de la Société de Legislation comparée/section de droit international privé (www.slc-dip.com).

parte de las cuestiones presentes en el Título I de la ley; fundamentalmente las relativas a la organización de los procedimientos de adopción internacional en cada una de las Comunidades Autónomas, incluyendo la regulación de las condiciones de acreditación de las ECAIs, su funcionamiento, etc. Como ya señalé en otro lugar¹¹, es un tema que desde el primer momento me ha planteado dudas en sentido estricto (es decir, no he alcanzado una posición firme sobre el tema), por lo que ahora sólo plantearé las certezas en términos hipotéticos, retomando mis últimas reflexiones al respecto¹².

El marco de razonamiento es, sólo puede ser, la Constitución y los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad Autónoma. Debería obviar, por tanto, la Disposición final quinta, que habla de los títulos competenciales¹³, pues, como ya he señalado¹⁴ no se trata sino de una declaración *de parte*, en modo alguno vinculante; mas el hecho de que sea una de las modificaciones interesantes que deparó la tramitación parlamentaria aconseja partir de ella en el análisis del problema¹⁵.

De asumir como correcto lo que en esta disposición se dice, el resultado sería que la Ley vincula con carácter general en todos sus preceptos; tan sólo lo regulado en los arts. 5, 6, 7, 8, 10, 11 y la disposición final primera podría ser objeto de regulación diferente por las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Derecho civil. La situación es, a mi juicio, más compleja¹⁶. Es una cuestión de delimitación o de prevalencia en la calificación del título competencial. Si consideramos que la regulación de la “adopción

¹¹ “El Proyecto...”, *loc. cit.*, p. 2601.

¹² “Reflexiones...”, *loc. cit.*, n^{os} 3 a 6.

¹³ “1. Los artículos 5, 6, 7, 8, 10, 11 y la disposición final primera se dictan al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil reconocida por el artículo 149.1.8.^a de la CE, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y de las normas aprobadas por éstas en ejercicio de sus competencias en esta materia. /.../ 2. El artículo 12 se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.^a de la Constitución española. Los restantes artículos de esta Ley se dictan al amparo de las competencias exclusivas del Estado en materia de relaciones internacionales, administración de justicia y legislación civil reconocidas por el artículo 149.1.3.^a, 5.^a y 8.^a de la Constitución Española”.

¹⁴ “Reflexiones...”, *loc. cit.*, n^o 4.

¹⁵ Su antecedente, la Disposición final tercera del Proyecto señalaba: “La presente Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.^a, 5.^o y 8.^a de la Constitución”.

¹⁶ Lo es incluso, al menos implícita o inconscientemente, para quienes se muestran complacientes con la ley. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, pp. 38-39, tras señalar que la competencia normativa para regular la adopción internacional corresponde al Estado en virtud de la competencia exclusiva de éste en materia de legislación civil, así como en materia de relaciones internacionales, administración de justicia y legislación civil (DA 5^a)... añaden que “Con respecto a estas *competencias exclusivas* del Estado en materia de adopción internacional, existen ciertos aspectos de la regulación de las adopciones internacionales que pueden ser objeto de la legislación autonómica. En particular, aspectos de Derecho público, organizativos y procedimentales...” (la cursiva es mía; *vid.* al respecto los arts. 148, 149 y 150 CE).

internacional” recae íntegramente bajo la cobertura de “normas para la resolución de los conflictos de leyes”, el legislador estatal es el único competente y ni siquiera los legisladores autonómicos poseerían competencia para regular nada de lo regulado por la ley; si consideramos, como el legislador considera, que en la regulación de la adopción internacional confluyen normas de diverso contenido y vinculadas a títulos competenciales diversos, se precisa una labor de delimitación de dichas normas y dichos títulos y, eventualmente, de las concretas *facultades* que cada título pudiera otorgar a cada legislador (estatal y autonómico). Y en tal sentido habría que decidir qué quedaría bajo la categoría “protección de menores” que las Comunidades Autónomas han asumido, en general bajo la cobertura del art. 148.1º.20 CE (“asistencia social”).

Lo que parece derivarse de la citada Disposición final quinta es que todo lo regulado por la Ley es de competencia estatal, sin perjuicio de los artículos mencionados, que el legislador estatal elevaría a la categoría de “Derecho civil”, a pesar de poseer un contenido esencialmente público administrativo. Por simplificar, ¿en quién recae la competencia para determinar las obligaciones de las entidades públicas autonómicas en materia de adopción internacional?; ¿en quién la competencia para determinar las condiciones de acreditación de las ECAIs en cada Comunidad Autónoma?; ¿en quién, incluso, la competencia para determinar quién puede realizar las labores de intermediación? Según el legislador estatal, en los dos primeros casos en él, salvo en las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Derecho civil. En el tercero de los casos (regulado en el art. 4.5º de la Ley) en él en exclusiva. Siendo esto así, ¿qué queda, *v.gr.*, del Decreto extremeño 142/1996, de 1 de octubre, de régimen jurídico, funcionamiento y habilitación de entidades colaboradoras en la adopción internacional, dictado en ejecución de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención de menores y ambos bajo la cobertura de la competencia exclusiva en materia de bienestar social y asistencia social, recogida en el art. 7.1.20 del Estatuto extremeño? ¿resulta que era inconstitucional? y no nos habíamos dado cuenta hasta que la Ley de adopción internacional define sus títulos competenciales.

7. Dije que el tema me suscitaba dudas ya incluso antes de la Ley. La delimitación de competencias en este ámbito es difícil. La Ley, a través de su citada Disposición Final quinta, no sólo no aclara nada, sino que añade un dato más de incertidumbre con su distinción entre las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Derecho civil y las demás. La tramitación parlamentaria tampoco puede decirse que haya sido un bálsamo para la incertidumbre que los problemas competenciales plantean. Tan sólo el Grupo Parlamentario del PNV mantuvo hasta el final la postura de que una buena parte de las normas del Título I invadían las competencias autonómicas. Y ello no es

transaccionable mediante una coma aquí, una concesión allá, o una nueva redacción de las disposiciones correspondientes al título competencial. La propia Ley parte de la idea de que las Comunidades Autónomas poseen competencia en materia de adopción internacional cuando reiteradamente invita a la coordinación. En los debates parlamentarios pugnaban quienes querían “blindar” las competencias autonómicas y quienes no querían “claudicar” ante los grupos nacionalistas. Ni una cosa ni la otra (hablando de competencia legislativa) estaba en manos del legislador ordinario de la Ley de adopción internacional, por más que el juego parlamentario se desarrollase con tales reglas¹⁷.

Como conclusión sobre el tema, me amparo en la hipótesis de que si damos por constitucionalmente válidas las actuales normas que regulan en cada Comunidad Autónoma las funciones de sus Entidades Públicas, la acreditación, funcionamiento y control de las ECAIs, y las condiciones para la tramitación de las adopciones internacionales, la Ley invade competencias autonómicas y el legislador estatal ha carecido del coraje para establecer lo que parece que quería: mecanismos eficaces de coordinación y homogeneización de procesos y condiciones en todas las Comunidades Autónomas. Para llevar a la Ley simples consejos, basta la práctica extralegal que parece existir en la actualidad¹⁸. La Ley no resuelve (repito, si es que ello era objetivo de la misma y, a decir verdad, esto sólo ha estado presente en los debates parlamentarios) los problemas de diferencias en las condiciones de adopción internacional en las distintas CCAA. La homogeneización de dichas condiciones no se garantiza. Y la distinción entre Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil y las demás no es que no aporte nada en términos legales (algo que, repito, no estaba en las manos del legislador ordinario), sino que tampoco lo aporta en términos explicativos: ¿puede el legislador catalán decidir qué corresponde (cuáles son sus funciones) a sus Entidades Públicas sobre protección de menores en materia de *adopción internacional* y no el legislador asturiano?; ¿puede el primero determinar lo que se entiende por intermediación en materia de *adopción internacional* y le está vedado al segundo?; ¿puede aquél legislar sobre acreditación, seguimiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional “catalanas”, mientras que para éste sólo vale lo dispuesto en el art. 7 de la nueva Ley? Me he referido en los tres casos a preceptos que el legislador

¹⁷ Resume gráficamente A. Borrás Rodríguez, que la aceptación de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de adopción y de las ECAIs, fue un elemento esencial en la tramitación parlamentaria de urgencia. No me resisto a señalar que ni unas (CCAA) ni, por supuesto, las otras (ECAIs) forman parte integrante del legislador estatal (hasta la fecha).

¹⁸ Dando por bueno lo que se afirmó en el propio debate Parlamentario, sin haber sido negado, existe un foro interautonómico de directores generales de periodicidad mensual, y unas jornadas anuales de coordinación, además del Consejo Consultivo de Adopción Internacional. La ley ni oficializa estas instancias de coordinación ni añade ninguna otra.

estatal dice haber dictado en ejecución de su competencia exclusiva sobre Derecho civil¹⁹ y que, evidentemente, no son materia civil.

8. Al margen de este dudoso aspecto competencial, y aunque la Ley globalmente considerada no me merece una valoración positiva, sí tiene aspectos que no pueden sino aplaudirse. En el Título I que ahora nos ocupa, creo que es muy saludable el contenido del art. 4 que habla de las circunstancias que condicionan o impiden la adopción. Ya me manifesté en sentido positivo sobre esta novedad²⁰, sin perjuicio de haber criticado también el descuido terminológico en su configuración²¹.

Aquí podría terminar mi reflexión, de no ser porque mi crítica menor parece que se haya elevado a cuestión de honor en quienes aparecen como adalides de la nueva regulación que en vez de crítica, ven “acusaciones” injustas y poco cuidadas²². Aprovecharé estas reflexiones iniciales para recordar el escenario en el que se mueven mis críticas a la Ley (letra de la ley, letra del proyecto, trabajos parlamentarios, resto del ordenamiento jurídico) y lo que creo que son claves explicativas de las críticas a mis críticas (la confusión de la realidad y el deseo), comenzando por esta primera que, como digo, es de ínfima importancia, y sobre la que reconozco que una interpretación depurada puede salvarla.

En mis observaciones al art. 4. hay dos elementos de distinta importancia que confluyen: uno es de corte genérico, la presencia de la nacionalidad en esta materia que a mi juicio lastra muchas de las soluciones de la ley; el otro es, simplemente, la redacción poco cuidada del precepto (algo que se aprecia en toda la ley) que posibilita que no se proceda a tramitar una adopción internacional de un menor nacional de un país en guerra o sumido en un desastre

¹⁹ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, lo ven y lo resuelven en términos de lo que podría entenderse como un supuesto de “competencias compartidas” (calificación que no utilizan en ningún momento y que no puede imputárseles), cuando hablan de que la LAI contiene una serie de normas mínimas u uniformes que regulan la elaboración de la propuesta previa de adopción y la expedición de la declaración de idoneidad de los adoptantes... aparte de estas normas, las CCAAs pueden establecer, como de hecho ha ocurrido, otras normas que complementan las normas estatales en la regulación de ambos elementos (*La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, p. 70); o cuando señala que “Las normas de derecho administrativo autonómico se ‘añaden’ a la regulación de fuente estatal y ‘perfilan’ (el entrecomillado es original), por tanto, la regulación contenida en el Capítulo III de la LAI” (*ibid.* p. 73). Falta, como puede apreciarse, la razón constitucional de esta relación. He de señalar que desde este punto de vista competencial, el derogado art. 25 LOPJM planteaba el mismo problema, aunque con la matización de que las CCAA aún no habían abordado el desarrollo legislativo posterior. Nótese que tal precepto no tenía la consideración de orgánico.

²⁰ “Reflexiones...”, *loc. cit.*, nº 7.

²¹ “El Proyecto...”, *loc. cit.*, pp. 2614-2615.

²² A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, p. 69. En concreto hablan de un “conjunto heterogéneo de injustas acusaciones poco cuidadas”. Sobre la injusticia y el cuidado poco puedo decir. Sí que no se trata de un conjunto heterogéneo de acusaciones, sino de una crítica concreta y singular al texto.

natural, o en el que no haya autoridad específica o en el que no se respeten los estándares necesarios para la tutela del interés del adoptando, y eso *con independencia de cuál sea su residencia habitual* (que puede ser España, como ejemplifico en mi comentario, o cualquier otro país en el que sí se den todas las garantías). El texto de la Ley está ahí. La réplica a mi crítica se ampara en una concepción de la ley (no de esta Ley sobre adopción internacional, sino de la ley y del Derecho en general) que, como señalé en la introducción, me es ajena. Se dice que mis observaciones ignoran la “teleología inmanente” de este precepto. Sin duda no es así y por ello lo he valorado positivamente. Lo que no me parece aceptable es considerar que la letra de la ley deba ser un mero punto de partida en la labor exegética que poco llegue a tener que ver con el punto de llegada: “los menores protegidos por el art. 4 LAI –se dice– lo son porque han sido desplazados durante y/o con ocasión del conflicto bélico o desastre natural que afectó a su país de origen”²³. Puede que esté de acuerdo con que esos menores deben ser protegidos, pero ¿dónde se habla de dicho traslado en el mencionado precepto?. No discuto, repito, ni la racionalidad ni la conveniencia de tal conclusión. Pongo en tela de juicio que la Ley diga eso y afirmo, simplemente, que la Ley dice otras cosas (que, por ejemplo, no se puede tramitar la adopción de un menor nacional birmano que lleva viviendo durante años refugiado en un país donde se dan todas las garantías, si no se dan en Birmania o si Birmania se encuentra sumida en un desastre natural) que no me parecen ni racionales ni convenientes. Por lo tanto, dando por buenas tantas racionalidades, lo propio, lo fetén, lo que se puede y se debe exigir al legislador y, dado que el proyecto pasó del Gobierno al BOE sin apenas modificaciones, a los expertos que lo redactaron²⁴, es que redacten la norma de tal forma que sólo quepa en ella lo racional y que no favorezca u obligue a la modificación sin pasar por el poder legislativo.

III. Sobre el Título II de la Ley: normas de Derecho internacional privado

1. Las normas sobre competencia judicial internacional

9. Es positivo el hecho de que la Ley extienda el encorsetado supuesto de hecho contenido en la LOPJ (“constitución de la adopción”) a otras variadas circunstancias y situaciones vinculadas a la adopción internacional con trascendencia en nuestro país. La nueva normativa regula la competencia judicial internacional en materia de constitución de la adopción internacional y, además, en

²³ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, p. 58.

²⁴ Detallan A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *ibid.*, p. 24, que se trató de un grupo de expertos en el seno del Ministerio de Justicia dirigidos por la Directora General de los Registros y del Notariado.

materia de modificación, revisión, declaración de nulidad o conversión en adopción plena de una adopción (simple, se entiende). Ello libera al intérprete de colmar lo que era una evidente laguna. Ya me manifesté sobre el alcance que posee el hecho de introducir en el supuesto de hecho de normas nacionales relaciones, situaciones, instituciones no conocidas²⁵; y ya entonces puse de manifiesto que ello es perfectamente posible. Pero sigo pensando que con la locución “en materia de adopción...”²⁶, de forma, a mi juicio, más sencilla, se incluirían todos los posibles supuestos sin dar pábulo a los amantes de fórmulas como “*Inclusio unius est exclusio alterius*”, para buscar, y encontrar, alguna ausencia. Evitaríamos, por ejemplo, discutir sobre la evidencia de cuál es la competencia judicial internacional de nuestros tribunales para *completar en España* la falta de alguna declaración de voluntad o consentimiento exigido por la *ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción* cuyo reconocimiento se pretende en España. El supuesto está previsto por el art. 26.2º de la Ley. Las normas sobre competencia judicial internacional no dicen nada explícito al respecto: ¿se trata de constitución, de revisión, de modificación, de declaración de nulidad, de conversión de la adopción? Es el riesgo de quererlo regular todo de forma exhaustiva a través de la especialización o la multiplicación de reglas específicas que no apoyan a ninguna regla general.

10. Salvo cuestiones de detalle para cuyo análisis me remito a mis observaciones sobre el proyecto y sobre la Ley y a las más minuciosas de los comentaristas citados, la regulación de la competencia judicial internacional me suscita con carácter general lo que ya he planteado en otras muchas ocasiones en torno a la excesiva presencia del criterio de nacionalidad española y a la inconveniencia de criterios que pueden resultar exorbitantes. He planteado una serie de situaciones cubiertas por dichos criterios que me parecen a todas luces de anormal competencia de nuestros tribunales. Esta crítica ha sido compartida en el pasado por los mismos comentaristas que hoy, sin embargo, ven más ventajas que inconvenientes en lo que en esencia es lo mismo²⁷. Para los

²⁵ “El Proyecto...”, *loc. cit.*, nota 33.

²⁶ “Reflexiones...”, *loc. cit.*, nº 10

²⁷ Hace apenas un año, señalaban A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *DIPr*, vol. II, 8ª ed., Granada, 2007 que “... los foros de competencia judicial internacional son desmesuradamente amplios. Son foros casi exorbitantes. Ello comporta graves inconvenientes /.../ se dificulta la validez en el extranjero de la adopción constituida en España /.../ falta de sintonía entre la competencia judicial internacional y la competencia territorial” (p. 185); hace tres, señalaban que “la doctrina más avanzada, encabezada por A.L. Calvo Caravaca, considera se trata (*sic*) de un *foro exorbitante*”, en referencia a la nacionalidad (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *DIPr*, vol. II, 6ª ed., Granada, 2005, p. 131). Hoy, sin embargo, las mismas soluciones resultan muy positivas: A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, pp. 77 ss. Parafraseando a la censurada *Cuervo ingenio*: “... lo que antes ser muy mal, permanecer todo igual y hoy resultar excelente” (J. Krahe, *Todas las canciones*, Madrid, Visor, 2003, p. 126).

supuestos en los que la aplicación de la nueva normativa conduzca a resultados de todo punto inapropiados (en que puede conducir a tales resultados coincidimos todos) se propone, simplemente, dejar de aplicarla. Se aduce al respecto que la propia Ley contiene una habilitación a los jueces para este tipo de *desarrollo judicial*; se llega a hablar incluso, de una “*cláusula de desvinculación*”. Dicha habilitación se encontraría, por un lado, en la locución “con carácter general” que encontramos en el art. 14.1º de la ley, relativo a la constitución de la adopción por jueces españoles; por otro, en la Exposición de Motivos de la Ley que estaría enviando un “mandato muy claro dirigido a los jueces y tribunales españoles. Éstos no deben constituir una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente vinculado con España”²⁸. No me parece que la locución retenida como primera habilitación para huir de la letra de la ley (el “con carácter general”) sea tal. No haré, no obstante, cuestión de honor de la opinión. Me parece un argumento archiforzado y peligroso si lo extendemos a otras normas en las que aparece la misma locución (la propia LOPJ). Mas, situándome en esa clave interpretativa (a efectos meramente dialécticos pues, repito, no creo que sea apropiada), preguntaría qué pasa con el resto de las normas de competencia judicial internacional: las aplicables a la declaración de nulidad, revisión, modificación, conversión de una adopción simple en plena... en las que el dichoso “con carácter general” no existe. Respecto de la pretendida segunda “habilitación” señalaré dos argumentos en su contra: el primero, meramente formal, que la Exposición de Motivos está redactada en clave explicativa del contenido de la Ley y no en clave prescriptiva²⁹. El segundo, y decisivo, que de aceptar que en la mente de legislador lo señalado en la Exposición de Motivos pudiera considerarse como una *habilitación específica* para la flexibilización (en un sistema rígido como es el español que carece de tales mecanismos *específicos* para el sistema de competencia judicial internacional), habrá que concluir que el legislador ha sido un perdulario o un cobarde por esconder en la Exposición de Motivos, carente de valor normativo e incapaz de albergar normas jurídicas auténticas que nos vinculen a todos, lo que habría de ser una norma expresa habilitante en el cuerpo

²⁸ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op.cit.*, pp. 85-90, donde se anuncia la citada y atractiva “cláusula de desvinculación” que, no aparece por ningún lado en la ley.

²⁹ La descontextualizada redacción de la misma ampararía, sin embargo, la interpretación citada “En primer lugar, ofrece una regulación completa de la competencia de las autoridades españolas para la constitución, modificación, conversión y declaración de nulidad de la adopción internacional. Inspirada en el principio de ‘conexión mínima’, una autoridad española no debe proceder a la constitución, modificación o declaración de nulidad de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España. De ese modo, se evita la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor”.

de la Ley³⁰. La realidad es que la presunta habilitación o la “cláusula de desvinculación”, sencillamente, no existe.

Como se aprecia, hay coincidencia en que la literalidad de las normas de competencia judicial internacional de la Ley incluyen supuestos que no deberían incluir. Ya puse de manifiesto que, a mi juicio, la práctica diaria y los intereses de los particulares se encargarán de alejarlas de nuestros tribunales³¹. Si no es así, sí creo que se podrían utilizar los expedientes generales del sistema para flexibilizarlos; pero habría que utilizarlos también dentro de sus márgenes y sus condiciones. Y comenzar la aplicación de la Ley advirtiendo de la necesidad de proceder a continuas reducciones teleológicas (aunque posibles en algunos casos), dice poco de la calidad de la propia Ley en un sistema, repito, en el que la tradición ha optado por normas rígidas y donde la introducción, en su caso, de normas flexibles debería ser explícita.

2. Las normas sobre ley aplicable en materia de adopción internacional

11. Dentro de las normas relativas a la ley aplicable a la adopción internacional, la Ley no acoge el apartado 4º del art. 19 del Proyecto. Hacía referencia a la imposibilidad de constitución de la adopción en caso de menores cuya ley nacional prohíba o desconozca la adopción. Es la única novedad relevante respecto del Proyecto, puesto que la ligera modificación en el art. 24, donde desaparece la mención a la “adopción consular” en la rúbrica, permaneciendo idéntico el cuerpo del precepto, no puede recibir el mismo adjetivo³². Dije en mi comentario a la Ley que la enmienda 129 del Grupo Popular al art. 19.4º del Proyecto, aprobada por la Ponencia, incidía en algunas de las críticas que ya efectué al Proyecto, en lo poco coherente de la medida desde la perspectiva del interés del adoptando, e ilustra con la discriminación que supondría diferenciar entre algunos de los potenciales supuestos contemplados por el art. 19.4º del Proyecto y la posibilidad de reconocer e incluso transformar en plena las adopciones simples; debo ahora añadir que la supresión del apartado no se debió solamente de la citada enmienda, sino también a la nº 84 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) y, sobre todo, a la nº 62 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, con una amplia y convincente explicación³³.

³⁰ Sobre dicha ausencia de valor normativo propio *vid.* M. Martín Casals, “Preámbulo y disposiciones directivas”, *Curso de Técnica legislativa Gretel*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 75-102; muy gráfico, no sólo sobre la ausencia de valor normativo y la incapacidad de albergar normas jurídicas auténticas en las Exposiciones de Motivos, sino sobre cómo debe ser el contenido dispositivo de la ley (nada que ver con el de la Ley de adopción internacional) F. Santaolalla López, *loc. cit.*, en nota 1.

³¹ “Reflexiones...”, *loc. cit.*, nº 10.

³² El Mensaje Motivado del Senado habla de una modificación de carácter estrictamente técnico.

³³ *BOCG, Congreso de los Diputados, Congreso* 12 de noviembre de 2007. Serie A, nº 143-11, p. 51

Creo que la novedad es positiva, y no creo que haya que verla en clave de apertura hacia adopciones potencialmente claudicantes (que por supuesto lo es), sino el clave de interés del menor, que no se identifica necesariamente con adopciones internacionalmente fuertes³⁴.

12. La concretas soluciones técnicas son más variadas que las derogadas; prevén más supuestos de hecho y alguno de ellos complica innecesariamente las soluciones previstas por el derogado art. 9.5º Cc; la distinción entre adopciones regidas por la ley española y adopciones regidas por una ley extranjera no me parece afortunada desde un punto de vista estrictamente técnico³⁵. Además, y como novedad respecto de la regulación anterior, se introduce una nota de subjetivismo en la determinación de la ley aplicable, al asumir como criterio relevante el traslado "...a España *con la finalidad de* establecer su residencia habitual en España" (arts. 18.1º.b y 21.1º de la Ley) o el traslado a otro país "...*con la finalidad de* establecer su residencia habitual en dicho país" (art. 20.1º.a de la Ley). Son circunstancias que complican la determinación de la ley aplicable (y la labor judicial) haciéndola depender de declaraciones de voluntad de los interesados sobre su *intención*.

El esquema básico de aplicación de la ley española o de una ley extranjera se ve adornado con la posibilidad de que concurran varias leyes más en la constitución de la adopción. Dicha posibilidad ya estaba presente en el mencionado art. 9.5º Cc. Junto a la ley española se podrá aplicar la ley nacional del adoptando (art. 19) y junto a la española o la extranjera se *podrá exigir, toma(r) en consideración, o tener en cuenta* (locuciones distintas empleadas en los arts. 20 y 21 de la Ley) lo prescrito por otras leyes en materia de capacidad, consentimientos audiencias y autorizaciones bajo la condición de que ello facilite la validez de la adopción en "el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando" (arts. 19.2º y 21.2º de la Ley) o "en otros países conectados con el supuesto" (arts. 20 a y 21.3º de la Ley). Omito numerosas observaciones de matiz en todos estos casos, pues lo que me interesa destacar es que la obsesión de la Ley por la constitución de adopciones internacionalmente fuertes introduce una gran dosis de indefinición en estas soluciones y de complejidad en su puesta en funcionamiento. Incluso en quienes defienden sin matices la racionalidad y el acierto de estas soluciones, se aprecian modulaciones, de nuevo amparadas por el inefable *desarrollo judicial*. Los Profesores A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, refiriéndose al art. 19 señalan textualmente: "... si concurren las condiciones exigidas por el art. 19 LAI, el juez debe aplicar dicha ley nacional del adoptando. El juez no dispone de discrecionalidad para aplicar o no aplicar la ley nacio-

³⁴ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Le Ley 54/2007...*, *op. cit.*, p. 136 hablan de "claudicación menor", aun estando de acuerdo con la supresión del art. 19.4 del Proyecto.

³⁵ C. Esplugues Mota, *loc. cit.*, p. 372, la califica de distinción "artificiosa".

nal del adoptando... [pero] si el juez comprueba que el menor no se hallaba integrado en la sociedad del país cuya nacionalidad ostenta el mandato de aplicación de dicha ley nacional pierde su razón de ser... En dicho supuesto, el juez español, de modo motivado, puede apartarse de la letra del art. 19 LAI y no aplicar la ley nacional (*sic*) del adoptando. El juez puede encontrar una fuerte apoyatura para dicho *desarrollo judicial* de la norma de conflicto, en la misma Exposición de Motivos de la LAI³⁶. El siguiente juego de palabras en torno al art. 20 también es elocuente: “El art. 20 LAI no ordena al juez ‘observar’ o ‘aplicar’ una ley extranjera: simplemente indica al tribunal español que puede ‘exigir’ ciertos ‘consentimientos, audiencias o autorizaciones’ previstas en Leyes extranjeras”³⁷. ¿Sabrán los jueces apreciar tal sutil diferencia? Es más, ¿hay alguna diferencia? En cuanto a la opinión de que el juez deje de aplicar el art. 19 vuelvo a significar que si la primera proposición fuese correcta (aplicación imperativa del mismo), la segunda no cabe en nuestro sistema, salvo que existiese una cláusula de excepción expresa u otro mecanismo habilitante que, simplemente, no existe. Vuelven a darse de bruces la realidad y el deseo.

13. Esta situación de complejidad no sólo se circunscribe al ámbito de la *constitución* de la adopción, sino que se proyecta de manera singular a los supuestos de *conversión, nulidad y revisión* de la adopción (no aparece la ley aplicable a la *modificación* de la adopción, presente en las normas sobre competencia judicial internacional). La duda legítima que aquí cabe plantear es si esta pléyade de potenciales leyes aplicables (o que se pueden exigir, o tener en consideración, o tener en cuenta...) está presente también en la nulidad o la conversión de la adopción simple en plena. Dicho con otras palabras, la ley aplicable a la nulidad de una adopción “regida por la ley española” ¿es sólo la ley española o también la ley nacional del adoptado en los supuestos del art. 19 de la Ley (capacidad del adoptando y consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes) y la ley nacional o de la residencia habitual del adoptante o el adoptado en los supuestos del art. 20 de la Ley (consentimientos, audiencias y autorizaciones)? No parece razonable que se tengan en cuenta las leyes que tan sólo de forma *potestativa* colaboran a una mayor validez internacional de la adopción. Mas quizá no hubiera sobrado que el propio legislador se expresase claramente sobre el tema³⁸.

³⁶ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, pp. 131-132; la cursiva es añadida.

³⁷ *Ibid.*, p. 138.

³⁸ Efectivamente, no está claro qué papel haya de jugar la ley nacional del adoptando, ya que, por un lado, su aplicación se supedita a que la autoridad competente española estime que su aplicación facilita la validez de la adopción en el país de la nacionalidad del adoptando (vuelve a tratarse de una aplicación sujeta a ponderación de circunstancias), pero, por otro, el principio archipresente de que la bondad de adopciones internacionales “fuertes”, no claudicantes, hace que la presencia de la ley nacional de adoptando junto a la española también sea defendible con las correspondientes consecuencias nocivas para la

14. Por otro lado, en mi primer comentario a la Ley advertí sobre la existencia de una cierta coherencia entre la ley aplicable a la *constitución* de la adopción *por autoridad española* y la ley aplicable a la *nulidad* de las adopciones constituidas por también autoridad española, pero que podría resultar inadecuada la proyección de estas leyes para verificar la nulidad de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras tras ser reconocidas en España. Existe una clara asimetría entre la ley a la que se supedita el reconocimiento de una adopción constituida por autoridad extranjera (según el art. 26.1 2º de la Ley, la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto extranjeras) y las leyes aplicables a su nulidad, con lo que la paradoja está servida: reconocemos esta adopción constituida por autoridad extranjera por haber respetado los requisitos de la ley *equis* (entre otros presupuestos del reconocimiento) y acto seguido la declaramos nula conforme a los requisitos de la ley *zeta*. Para A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, que de forma más simple se percatan igualmente del contrasentido, la Ley ofrecería una solución: el *desarrollo judicial* de los arts. 18-21 de la ley. ¿En qué consiste este desarrollo judicial para dichos autores? Respuesta obvia: *en que no se aplican al caso*; a la declaración de nulidad de la adopción constituida por autoridad extranjera se le aplicará la ley que fue “efectivamente aplicada”³⁹. No me resisto a insistir, una vez más, en que esa propuesta es simplemente dejar de aplicar las normas que legítimamente (con acierto o desacierto; creo que en este caso, también con desacierto) ha elaborado el legislador y aplicar *otras que no están en la Ley*.

15. La posibilidad de conversión de la adopción simple en plena es, a mi juicio, positiva⁴⁰. Ello mejora la situación anterior en la que las adopciones simples,

validez de la adopción: bastaría que fuese nula para la ley española o para su ley nacional para pronunciar su nulidad. Es verdad que resultaría paradójico o prácticamente inverosímil que un juez español constituya una adopción en aplicación de la ley española y (potencialmente el mismo) declare más tarde su nulidad por no haber respetado una exigencia de la ley nacional del menor en los términos del art. 19. Pero si son dos jueces distintos (el de la constitución y el de la nulidad) seguirá siendo paradójico pero no inverosímil: el primero obvia la exigencia de un consentimiento *equis* de la ley nacional del menor, porque no la considera aplicable en los términos del citado art. 19 de la Ley... y el segundo (el de la nulidad) lo cree de observancia estricta... y ya está el lío.

³⁹ *Ibid.*, p. 155.

⁴⁰ Ya manifesté que, además, no veo una razón categórica para que la autoridad española en aplicación de una ley extranjera pudiera constituir una adopción simple (“Reflexiones...”, *loc. cit.*, nº 17; también A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, pp. 95 y 295). No obstante, reconozco que tengo mis dudas a la luz de los elementos que sistemáticamente se opondrían a tal resultado: el principal es la definición que la propia ley hace de adopción simple o menos plena en su art. 15.4: “A efectos de lo establecido en esta Ley, se entenderá por adopción simple o menos plena aquella *constituida por autoridad extranjera competente* cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española”); otros datos son la específica regulación de la competencia judicial internacional para la *conversión* de una adopción simple en plena, la

tras un cierto tiempo en una especie de limbo jurídico en el que se asimilaban a acogimientos daban lugar a una *nueva constitución* de adopción en España, sin las suficientes garantías de respeto por las voluntades de los intervinientes; en concreto, no parece que la falta de consentimiento para la constitución de la adopción plena (los que habían concurrido en el país de origen sólo lo habrían sido para una adopción simple o menos plena) haya sido obstáculo alguno para la generalización de esta práctica⁴¹. Y no es tolerable utilizar un consentimiento dado, por ejemplo, por la madre biológica para la constitución de una adopción simple, a la hora de constituir una adopción plena en España (o, sin más, prescindir del mismo). La Ley introduce la posibilidad de conversión de adopción simple en adopción plena y establece las garantías que ahora faltan para que se lleve a cabo de forma satisfactoria (art. 30 punto 4º).

En mi primer acercamiento al tema una lectura sistemática de los arts. 15, aps. 2º y 4º, 22 y 30,4º, me llevó a interpretar que la conversión prevista por la Ley era la conversión en la adopción plena contemplada por la ley española. Sigo pensando que esa es la interpretación más adecuada, aunque no excluyo, porque literalmente no se puede excluir, la interpretación que ve la posibilidad de conversión de una adopción simple en una adopción plena prevista por una ley extranjera⁴². Esta propuesta coincide conmigo en que la ley aplicable a la conversión de una adopción simple en una adopción regulada por el Derecho español tan sólo podría determinar la *admisibilidad* o no de la conversión⁴³. Al margen de esta coincidencia, me plantea dudas la distinción que los comentaristas tantas veces citados hacen entre ley aplicable a la conversión de una adopción simple en una adopción prevista por la ley española y la ley aplicable a la conversión de una adopción simple prevista por una ley extranjera. En principio, y no es un tema menor, porque tal distinción no la hace la ley. En efecto, no veo claro que la ley aplicable a la conversión de una adopción simple en adopción plena española (es decir la ley que, en su caso, *permitirá* dicha conversión) haya de ser la “ley extranjera ‘ya aplicada’ a la constitución de la adopción simple”⁴⁴, mientras que la ley aplicable a la conversión en el resto de los casos (conversión de adopción simple en adopción plena prevista por una ley extranjera) vendría determinada por los criterios establecidos en los arts. 18 a 21, considerados en el “momento presente”; es decir, una ley aplicable y no una ley aplicada. La explica-

específica regulación de la ley aplicable para una tal *conversión* y la también específica regulación del tema en sede de *reconocimiento* (art. 30 de la Ley).

⁴¹ Así lo denuncia C. González Beilfuss, *AEDIPr*, t. VI, 2006, p. 1067.

⁴² A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, pp. 153-154.

⁴³ *Ibid.* p. 154; la misma opinión en S. Álvarez González, “El Proyecto...”, *loc. cit.*, pp. 2611; y “Reflexiones...”, *loc. cit.*, nº 17.

⁴⁴ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, p. 154.

ción la dan los autores citados más adelante⁴⁵ sobre la base de lo dispuesto en el art. 15.2º “Si la ley aplicada a la adopción prevé la posibilidad de adopción simple, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes...”. No veo el argumento. Lo vería, por ejemplo, si el tenor fuese similar a “Si la ley aplicada a la adopción simple prevé su posible conversión en plena...”⁴⁶.

16. Dicho esto sobre lo que dice la Ley y lo que dicen otros comentaristas que dice la Ley, reitero mi opinión contraria a cómo se ha regulado el tema. No me parece necesario el recurso a la ley que *admite* la conversión de la adopción simple en adopción plena, pues el argumento de la armonía internacional no me parece que deba ser el ingrediente fundamental del interés del adoptado simple. Prever la posibilidad de conversión de una adopción simple en una adopción plena es una decisión de política legislativa que puede estar amparada por más o menos argumentos en torno a la salvaguarda o la optimización del interés del adoptado. Si se decide dar el paso y admitirla, tiene a mi juicio poco sentido hacerlo de forma condicionada a lo que pueda decir una u otra ley.

De nuevo un ejemplo me ayudará a mostrar mi afirmación: imaginemos una adopción simple realizada por una pareja de españoles en un país extranjero en el que no está prevista la adopción plena. La adopción se reconoce en España como adopción simple y como acogimiento familiar a los solos efectos de su conversión. La Ley ha establecido una serie de extremos que se exigirán para dicha conversión: los ha enumerado en su art. 30 y parecen suficientemente razonables para salvaguardar el interés del adoptado y el del resto de las personas implicadas en la adopción, señaladamente su familia biológica y las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción. Y sin embargo todo ello se supedita a la mejor previsión de una ley aplicable que puede ser la española o una extranjera, o bien la propia ley aplicada en origen a la adopción simple, si acogemos la tesis de los autores citados en las líneas anteriores. La solución es demasiado compleja, con viajes jurídicos innecesarios y obstáculos aleatorios que decidan que en este caso sí y en este caso no; que este niño adoptado en forma simple puede pasar a estar adoptado en forma plena y aquel otro no. De nuevo planea la sombra de la solución internacionalmente

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 306-307.

⁴⁶ Pero veo aún menos claro cómo funciona la distinción entre las dos normas (ley aplicable a la conversión según criterios de los arts. 18 a 21 y “ley –efectivamente– aplicada” a la adopción simple) cuando los arts. 18 a 21 conducen a la aplicación de la ley española; para tal supuesto, se dice que la conversión se hará en adopción plena prevista por la ley española según el art. 30.4º de la Ley (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, p. 154, nº 101.3º). Entiendo que que la propuesta de los comentaristas consiste en una especie de conexión alternativa: se podría convertir la adopción simple en adopción plena española cuando lo permita la “ley aplicada” a la adopción simple o cuando la ley designada por los arts. 18 a 21 sea la española.

correcta, por internacionalmente fuerte, pero no es este tipo de alambique la mejor respuesta a la posibilidad abierta por el art. 27 del Convenio de La Haya⁴⁷.

La posibilidad de conversión es *prima facie* una opción de la ley del foro, de la ley española en nuestro caso, que supone aceptar sin traumas y sin complejos tanto que la adopción plena es, según la visión de nuestro Derecho, una medida más idónea para la protección del adoptado que la simple, cuanto que la conversión puede no ser admitida por otros sistemas (especialmente por aquél que reguló la constitución de la adopción simple). Decir que se permite la conversión de la adopción simple en la adopción plena *regulada por el Derecho español* siempre que lo regule la correspondiente ley aplicable (potencialmente extranjera) es quedarse a medias y ser contradictorio con lo que realmente se posibilita: la conversión en adopción “regulada por el Derecho español”. No veo, además, razones para no admitir de plano la conversión concurriendo los requisitos que para ello decida la ley española, salvo el fantasma de la armonía de soluciones que sobrevuela toda la Ley y que no considero decisivo como, por otro lado, no lo considera la propia Ley cuando no solo admite, sino que exige, la renuncia a la revocación prevista por la ley extranjera en la adopción constituida siendo adoptante o adoptando español⁴⁸. ¿Por qué para renunciar al ejercicio de la revocación importa poco la ley extranjera *equis* o la ley extranjera *zeta* y para proceder a una conversión de adopción simple en plena hay que pasar eventualmente por su peaje? Para matizar la crítica diré que en el caso prototípico, menor adoptado en forma simple en el extranjero y desplazado a España, el juego de los arts. 18 a 20 y 22 de la Ley conducirá a la aplicación de la ley española, si liberamos la regla principal de las excepciones del art. 19 (puesto que el adoptado ya tendrá probablemente su residencia habitual en España y además adquirirá la nacionalidad española como consecuencia de la adopción/conversión) y 20 (que ya consideraré en principio inaplicable a los casos de nulidad). Todo ello, claro está, en

⁴⁷ “Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto, si [...] a) la ley del Estado de recepción lo permite...”. Aunque la literalidad no es concluyente al 100%, todo parece indicar que se trata de una remisión a la ley sustantiva del Estado de recepción y no a las normas de conflicto de dicho Estado (*Vid.* n^{os} 480-481, del Informe Parra Aranguren, sobre el Convenio, accesible en www.hcch.net, también en español).

⁴⁸ Con el corolario (sorprendente por venir de quienes machaconamente hacen depender el interés del menor de que la adopción sea válida en el país de la constitución y en España) de que “una vez que los adoptantes han renunciado a la facultad de revocación de la adopción constituida por la competente autoridad extranjera, si revocan la adopción en el país extranjero, la adopción ya reconocida en España impide el reconocimiento en España de una eventual decisión extranjera de revocación de la adopción” (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, p. 209). Sí: la consecuencia potencial es que en España existirá la adopción y el en país de constitución no (y a mí, personalmente, no me escandaliza la situación, pues no hago cuestión de fe de esa nueva armonía internacional que parece predicar la Ley y sus más conspicuos comentaristas).

una interpretación pegada a la letra de la ley. Si aceptásemos la interpretación más arriba reflejada de que para el caso de conversión de la adopción simple en adopción plena prevista por la ley española hay que tener en cuenta la “ley aplicada” a la adopción simple el supuesto no es tan plácido, puesto que la ley aplicada a la adopción simple nunca es la española. Si aceptamos la interpretación de alternatividad que he aventurado sobre la propuesta de los Profesores A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, la ley española volvería a cobrar protagonismo en un buen número de casos. En fin, la propuesta que estos mismos autores hacen de proceder a la constitución *ex novo* de una adopción plena española como “opción interesante en el caso de que el Derecho extranjero regulador de la adopción simple no permita su conversión en una adopción plena, aunque la nueva adopción plena española no produciría muy probablemente, efectos legales en el país extranjero”, está funcionalmente (sé que no es lo mismo) mucho más cerca de mi postura y de mi crítica a tanta consulta a leyes aplicables⁴⁹.

17. Voy concluyendo este apartado relativo a la ley aplicable, volviendo sobre una reivindicación que, por fin, ha recibido atención; no en este caso, por la ley, sino por quienes la defienden vigorosamente. Señalé en mi comentario al Proyecto de Ley que no había previsión de la “determinación de la ley aplicable por nuestras autoridades en relación con adopciones que se van a llevar a cabo en el extranjero”: la mayoría de las que interesan en España. Hablé entonces de idoneidad jurídica para referirme a tal hecho y puse una serie de ejemplos: ¿cuál es, por ejemplo –dije–, la ley aplicable para determinar las condiciones jurídicas de una pareja de francesa y alemana que residen habitualmente en España y que inician el procedimiento ante las autoridades navarras para adoptar una niña en Etiopía? El Proyecto nada decía. La crítica la reiteré ya en relación con el texto de la Ley, añadiendo otro ejemplo, más simple: ¿cuál en el caso de una pareja de catalán y madrileño que pretenden adoptar a uno o más niños en China? La Ley no dice nada. Mi denuncia se ha calificado como un error frecuente por comentaristas más entregados⁵⁰; creo que di pie a la controversia al hablar de *idoneidad* jurídica y preguntar por la ley aplicable a condiciones estrictamente jurídicas que determinan la posibilidad de adopción: edad mínima para adoptar, edad máxima, posibilidad de adopción singular, posibilidad de adopción conjunta por uniones

⁴⁹ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, pp. 153 y 303-304 para el entrecomillado reproducido.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 69. Por cierto, la crítica a mi crítica se vierte dentro del apartado sobre *constitución de la adopción por juez español*; nada tiene que ver con el supuesto que estoy planteando (repito: *constitución de la adopción por autoridad extranjera que se comienza a tramitar en España*; vamos, la mayoría). Pensando en por qué el azote se introduce en ese lugar he llegado a la conclusión de que se debe a que es el lugar en el que se habla de idoneidad: una palabra que yo utilizo en mi crítica. También, de que no hay otro lugar en el comentario para hablar de lo que no está regulado, dado que, por definición, la ley lo regula todo (permítaseme la ironía).

estables de pareja, por adoptantes del mismo o diferente sexo, etc. En cualquier caso varias cosas resultan evidentes: que no estoy hablando de la “declaración de idoneidad” como mis críticos afirman, puesto que ella sí está, con mayor o menor fortuna, regulada; que no hay que leer tan selectivamente y que hay que meditar más los comentarios y, si se tienen, dar respuestas a las críticas⁵¹. Y, lo más importante, en una ley tan completa, tan moderna y tan detallada, el tema no está regulado. Sorprendente si se piensa que la alerta sobre esta ausencia regulativa viene de lejos⁵². Y los críticos a mis críticas callan sobre tal aspecto⁵³.

3. Las normas sobre reconocimiento de adopciones constituidas por autoridad extranjera

18. En el lado positivo de la regulación del Título II Capítulo III de la Ley, sobre efectos en España de la adopción constituida por autoridad extranjera, destaca la aceptación explícita de la posibilidad de reconocimiento de adopciones simples: un paso importante y positivo unido al ya analizado de posibilidad de conversión de la adopción simple en adopción plena. En el negativo, la pervivencia de condiciones específicas para las adopciones en las que adoptantes o adoptados sean españoles, que dice muy poco sobre la importancia de la adopción internacional

⁵¹ Como veo que quienes realizan la crítica también se han leído mi trabajo sobre el “Reconocimiento e inscripción...”, *loc. cit.*, les invito a que releen dónde y bajo qué rúbrica adelante esta misma crítica a la Resolución Circular DGRN de 15 de julio de 2006 (pp. 703-704, de mi trabajo) y les pongo, además de las exigencias estrictamente jurídicas a las que aludí en el texto, un nuevo ejemplo clarito, que extraigo del Informe Explicativo de G. Parra Aranguren al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 (n^{os} 337-338), cuanto en aplicación del art. 17.c del Convenio se requiere el acuerdo de las Autoridades Centrales para que se siga el procedimiento de adopción: “El grupo *ad hoc* ejemplificó de la siguiente forma la idea que inspira el apartado c: ‘si una adopción prevista se considerara aceptable en el Estado de origen, pero existieran dificultades jurídicas en el Estado de recepción, en relación a la edad del niño o a la diferencia de edad entre el niño y los futuros padres adoptivos, el Estado de recepción podría intervenir en este momento y manifestar su oposición a que se siga el procedimiento’”. Mi pregunta es, ¿cuál es la ley que determina la diferencia de edad que ha de existir entre adoptante y adoptado para estos supuestos?

⁵² C. González Beilfuss, “La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”, *RJC*, 1996, pp. 313-345, pp. 319-321.

⁵³ Presumo que es porque abrazan la concepción de que se trata de cuestiones de capacidad y que quedarían reguladas por la ley nacional de los adoptantes (¡diablos, tampoco la nueva Ley regula este aspecto! ¿Habría que seguir acudiendo al Código civil?). Esta fue la postura defendida por la Resolución Circular de 15 de julio de 2006. Dicha Resolución Circular señalaba que “...este aspecto de la capacidad de los adoptantes se habrá de regir por la ley aplicable a dicha capacidad conforme a las correspondientes normas de conflicto del Derecho Internacional Privado del Estado de recepción del menor...”; como consecuencia de ello, continua la Resolución, “...cabe la adopción por matrimonios del mismo o distinto sexo (*vid.* art. 44 Cc/.../), o por parejas de hecho unidas de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal /.../ con las particularidades establecidas por la legislación civil de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia”. *Vid.* críticamente mis observaciones en S. Álvarez González, “Reconocimiento e inscripción...”, *loc. cit.*, pp. 703-705.

como medida de *protección de los niños* (que deberíamos suponer sin ningún tipo de discriminación por razón de nacionalidad, de ellos o de sus adoptantes). Existen también novedades en cuanto a los requisitos específicos para el reconocimiento en términos de control de la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera y de control de la ley o leyes por ella aplicadas.

19. Hace años que me rechina la españolidad como elemento diferenciador en materia de protección de menores a través de la adopción internacional. Los apartados 2 a 4 del art. 26 de la Ley son una, a mi juicio, innecesaria herencia del sistema anterior del art. 9.5º Cc: ¿por qué las condiciones de reconocimiento de las adopciones extranjeras, concebidas como medida idónea de protección de menores, tienen que ser distintas en función de que el adoptante o el adoptado sea español o no?. Es decir, por qué se establecen condiciones distintas para el reconocimiento en España de la adopción efectuada por mí y la efectuada por mi vecino francés, que vive en España desde hace 18 años, sobre sendos niños vietnamitas de dos o tres años de edad⁵⁴. Hasta la fecha no había obtenido más que una respuesta aproximativa basada en un presunto “Derecho conflictual registral”⁵⁵ que lo único que ha motivado es, como novedad respecto de la normativa derogada, que ahora se extienda al *adoptando* español lo que antes sólo se predicaba del adoptante español⁵⁶. Hoy, ante mis quejas (aunque sin duda no por ellas), se reitera el argumento registral y se suma otro que no deja de causarme perplejidad: “el legislador considera –se dice- que una adopción ‘*no vinculada con España*’ (= adoptantes extranjeros y adoptando extranjero) no se inserta en la sociedad española, sino que es una adopción que está ‘*en situación de mero tránsito*’ por la sociedad española. Y por tanto, el reconocimiento de dicha adopción no afecta de modo directo a la sociedad española”⁵⁷. Ya dije al principio de estas reflexiones que a la hora de interpretar la Ley estaba en desventaja con quienes conocen las intenciones y la voluntad del legislador; pero no puedo dejar de señalar que, si el entrecomillado fuese cierto, el legislador se equivoca a la hora de definir lo que es una adopción vinculada con España, que afecta a la sociedad española, o si piensa que todos los extranjeros que viven en España

⁵⁴ Vid. S. Álvarez González, “Adopción internacional y sociedad multicultural”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gastéiz-1998*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 175-211, pp. 191-192.

⁵⁵ Resolución Circular de 15 de julio de 2006. Vid. mis críticas sobre este aspecto en S. Álvarez González, “Reconocimiento e inscripción...”, *loc. cit.*, pp. 695 y ss.

⁵⁶ La DGRN se lamentaba en su citada Resolución-Circular de tal ausencia y el compasivo legislador ha tenido en cuenta sus lamentos: “...sería razonable –decía la DGRN- exigir, dada la identidad de razón del supuesto con el previsto por el art. 9 n.º 5 del Código Civil, esta *igualdad de efectos* también a las adopciones constituidas en el extranjero *que deben acceder al Registro Civil español*, sea español o extranjero el adoptante, como sucede cuando el adoptante es extranjero pero el *adoptando es español* y conserva su nacionalidad española” (la cursiva es añadida).

⁵⁷ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, p. 203. Los énfasis son originales entre comillas, que yo he convertido aquí en cursivas y comillas simples.

están “en situación de mero tránsito”. Por otro lado, quienes dan esa explicación, han propuesto algunas páginas más atrás, al referirse a las normas de competencia judicial internacional, múltiples ejemplos que sí interesan a la “sociedad española” y que suponen una franca contradicción con su opinión posterior⁵⁸ o, al menos, con la pretendida opinión del “legislador”.

20. La pervivencia de esta situación tiene hoy un nuevo elemento distorsionante, puesto que la Ley acepta las adopciones simples y uno de los requisitos de españolidad es que la adopción produzca efectos que se correspondan de modo sustancial con los de la adopción española⁵⁹. El viejo 9.5º Cc se refería a que no se reconocería “como adopción” la constituida en el extranjero por adoptante español si los efectos de aquélla no se correspondían con los previstos en la legislación española. Y, aunque criticable, a mi juicio, era, al menos, coherente en la decisión. Hoy la Ley dice algo parecido: “...la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España *como adopción...*” (art. 26.1º de la ley). Pero hoy eso no es suficiente, puesto que la Ley prevé dos tipos de adopción, la plena y la simple. Y la falta de matización puede conducir a un sinsentido, si interpretamos al pie de la letra el precepto y no reconocemos la adopción (simple) constituida por adoptante español. Afortunadamente lo absurdo de esta conclusión permite recomponer el sistema: la nueva Ley prevé el reconocimiento de adopciones plenas y de adopciones simples. Los requisitos para la eficacia en España de una adopción simple constituida en el extranjero no distinguen entre adoptantes de una nacionalidad u otra. Sin embargo, la Ley establece requisitos de reconocimiento específicos para el reconocimiento de las adopciones constituidas por adoptantes españoles (elimino a efectos dialécticos aquéllas en las que lo sea el adoptando); requisitos que afectan a la declaración de idoneidad (aparentemente sólo se exige como condición de reconocimiento para el *adop-*

⁵⁸ Sin ir más lejos, cuando correctamente se dice que la residencia habitual de los adoptantes (al margen de su nacionalidad) es un criterio razonable al tener en España su “centro social de vida” (*ibid.*, p. 81). Pues claro que sí. También resulta llamativo el cambio de opinión respecto de la exigencia o no de certificado de idoneidad a los adoptantes no españoles residentes en España: mientras que a la luz del art. 9.5º Cc criticaban que dicha exigencia se extendiera sólo respecto de españoles domiciliados en España (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *DIPr, op. cit.*, p. 201), hoy consideran que exigirlo a los extranjeros sería operar de modo *imperialista* (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, p. 212). Es verdad que más tarde limitan su opinión a los extranjeros que no residen en España; pero *¿quid* del extranjero con residencia habitual en España? Porque, para este, la ley sigue sin exigirlo

⁵⁹ El art. 26.2º establece que “Cuando el adoptante o el adoptado sea español, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español. Será irrelevante el nombre legal de la institución en el Derecho extranjero. En particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes”.

tante español y residente en España), y al tipo de adopción constituida: parece que la constituida por adoptante español sólo se reconocerá si sus efectos jurídicos se corresponden de modo sustancial con los previstos por el Derecho español. ¿Significa ello que no se reconocerán las adopciones simples o menos plenas efectuadas por adoptantes españoles? Dicha consecuencia no es admisible. En España se reconocen *adopciones plenas* en función de que se correspondan con los efectos sustanciales de lo que pueda entenderse por adopción plena en España, *y cualquiera que sean la nacionalidad de adoptantes o adoptados*; y se reconocen también adopciones simples: las demás que caigan bajo la cobertura de la institución adoptiva en los términos abstractos del art. 30 de la Ley (con la salvedad, en este caso, de que no podrán recaer sobre adoptados españoles, al ser la ley nacional del mismo la que determina tal posibilidad). Esta consecuencia sería mucho más evidente, si el legislador hubiese añadido, simplemente, “...la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción plena...”; y, por supuesto, hubiese eliminado la diferencia entre españoles y extranjeros.

21. En cuanto a otras condiciones del reconocimiento, sobre las que me extendí en mi comentario al Proyecto, he de señalar que son coherentes e incoherentes al mismo tiempo con otras tantas líneas o ideas básicas de la Ley. Coherentes, con las matizaciones que expondré, con la idea de que la adopción reconocida en España ha de ser eficaz en el país de constitución; es incuestionable que cuanto más controles de regularidad “originaria” (sobre el proceso de adopción en el país de origen) se realicen más cerca se estará de obtener dicho objetivo. Incoherentes, en la medida de que tales condiciones se alejan de la confianza presente por ejemplo en el Convenio de La Haya que la propia Ley aconseja extender a cualquier tipo de adopción internacional (art. 9 *in fine* de la Ley), con la práctica actual donde prevalece la dimensión cooperativa (entre autoridades españolas y autoridades del Estado de origen de la adopción), y con las propias cautelas que la Ley establece en orden a tramitación de adopciones: recordemos que, según el importante art. 4 de la misma, no se tramitan solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado... “Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cumplen los principios éticos y jurídicos internacionales...”. La Ley, en este punto, no lleva a sus consecuencias lógicas sus propios presupuestos: si el proceso de adopción está tan sumamente controlado desde el primer momento y las autoridades del Estado de origen son de fiar *ex ante* (porque en caso contrario el art. 4 impediría la tramitación del procedimiento), dicha confianza podría haber generado un sistema menos complejo y menos estricto en lo que atañe a una verificación *ex post* de la actividad de la autoridad extranjera. En cualquier caso, esta

es una opinión genérica que no me libera de la exigencia de señalar el alcance del las interesantes novedades en torno al control de la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera y al control de la ley aplicada por la misma.

22. La Ley exige un doble control de competencia judicial internacional y un peculiar control de ley aplicada: en concreto, el art. 26.1, 1º y 2º establece como condiciones de reconocimiento de la adopción “1.º Que haya sido constituida por autoridad extranjera competente./.../ La adopción debe haberse constituido por autoridad pública extranjera, sea o no judicial. Se considera que la autoridad extranjera que constituyó la adopción es internacionalmente competente si se respetaron, en la constitución de la adopción, los foros recogidos en su propio Derecho. /.../ No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso en que la adopción no presente conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad haya constituido la adopción, se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional. /.../ 2.º Que se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción”

23. Hablé de novedades, pero lo cierto es que esta visión, estas reglas, ya se consideraban vigentes por la DGRN en interpretación de la normativa derogada⁶⁰, y parecen encontrar su ratio en la necesidad de que la adopción cuyo reconocimiento se pide sea válida y eficaz en el país de constitución (o al que pertenece la autoridad que la constituyó). He criticado el alcance de estas soluciones cuando eran una mera propuesta de interpretación o de “desarrollo doctrinal” del art. 9.5º Cc por parte de la DGRN⁶¹ y cuando se integraban ya en el proyecto de ley⁶². Ahora son ley y lo suficientemente claras para no poder hacer ninguna *reducción teleológica* o un *desarrollo judicial* que las deje de aplicar. Tan solo reiteraré que a pesar del grado de complejidad que introducen en el sistema *no garantizan lo que parece que pretenden*.

En cuanto a la ley aplicada se han fijado como objetivos de lo que se denomina “doble control” (que en realidad es uno) “...1.º Combatir las adopciones fraudulentas, irregulares y resultado de prácticas de corrupción judicial y administrativa que pudieran haberse dado en la adopción constituida por la competente autoridad extranjera /.../ 2.º Evitar que la adopción sea declarada inválida en el Estado de origen, lo que supondría la invalidez de la misma también en España /.../ 3.º [la razón de ser del control radicaría en que]... la adopción es un acto de

⁶⁰ En su citada Resolución Circular de 15 de julio de 2006 y también podíamos ver dicha interpretación defendida por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *DIPr, op. cit.*, pp. 195 y 197.

⁶¹ S. Álvarez González, “Reconocimiento e inscripción...”, *loc. cit.*, pp. 686-694

⁶² “El Proyecto...”, *loc. cit.*, pp. 2606-2609.

enorme trascendencia jurídica que afecta, directamente, a la filiación de un menor, y que presenta, además, una incidencia muy marcada, igualmente, en otros sectores del Derecho⁶³. El tercer ordinal, como se puede apreciar, se configura más como razón de ser del control que como objetivo. Nada tengo que objetar, salvo que me parece excesivo. Decir que hay que hacer este peculiar control de ley aplicada porque la materia es importante conduciría, de ser coherentes, a exigirlo en el resto de las materias de igual importancia (filiación natural, por ejemplo⁶⁴). Sobre el ordinal segundo, ¿qué decir?: que no tiene sentido, es lo menos duro que se me ocurre. De nuevo creo que existe un espacio, no pequeño, entre lo que se afirma y lo que presuntamente se quiere afirmar; otra vez la contraposición entre la realidad y el deseo: que en España se haga este tipo de control o se deje de hacer *ni evita, ni puede evitar*, que la adopción sea declarada inválida en el Estado de origen. Eso no está en manos, ni del legislador español, ni de las autoridades españolas. Estoy convencido de que quienes utilizan tal “frase” (no lo voy a calificar de argumento) lo saben. Querían decir otra cosa: probablemente querían decir algo así como “evitar que una adopción que puede ser declarada inválida en el Estado de origen sea reconocida en España”. Y a fe que este objetivo es loable. Lo que ocurre es que, aunque fuese esto lo que se pretende, tampoco se consigue necesariamente, como diré a continuación. En cuanto al primer ordinal, coincidiendo absolutamente –cómo no– con la finalidad, no creo que el control que se exige, en los términos en que se propone, lo consiga.

En esencia, este control de ley aplicada conforme a la ley o leyes determinadas por las normas de conflicto extranjeras tiene como objetivo que la adopción que aquí se reconozca, sea válida en el país de origen. Pero, como ya vengo advirtiendo desde mis comentarios al proyecto de ley, ello no es un mecanismo adecuado. No diré que sea contraproducente. Sí que parte de presunciones que no tienen por qué coincidir con la realidad y, en cualquier caso, no es más que uno de los múltiples controles que podrían hacerse para acreditar dicha validez. Diré que la aplicación por parte de la autoridad extranjera de una ley distinta de la determinada por sus normas de conflicto (suponiendo que para este menester tengan normas de conflicto) no tiene *per se* por qué determinar la invalidez de la adopción. Es más, me parece que, por ejemplo, resulta mucho más importante la observancia de la *fase administrativa previa*, cuando ello se exige para la correcta constitución de la adopción. Y sin embargo, quienes defienden la consecución de tales objetivos excluyen específicamente el control de dicha fase administra-

⁶³ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, pp. 185-187.

⁶⁴ Y no me vale que en este ámbito los tiros irían por el reconocimiento de las sentencias extranjeras conforme a su propio régimen de reconocimiento. Desde el punto de vista de la justificación de un control de ley aplicada en función de la importancia de la materia, la situación es la misma. Aparte de que existen numerosas situaciones (reconocimiento voluntario de paternidad ante juez u oficial del estado civil) en el que el paralelismo es más que evidente.

tiva previa⁶⁵; como excluyen el control de la *correcta aplicación* de las “normas materiales” designadas por las normas de conflicto extranjeras⁶⁶. No critico estas exclusiones, porque a la luz de la letra del precepto analizado (art. 26.1,2º de la ley) la primera no cabe y sobre la segunda podría discutirse; mas existe una evidente distancia entre los objetivos que se dice que tiene la norma y cómo se interpreta. El control meramente “formal” (porque según la opinión citada no se controlaría la *corrección sustancial* de la aplicación de la ley) de la ley designada por las normas de conflicto extranjeras no aporta un valor añadido importante a la garantía de validez de la adopción extranjera. De nuevo planteo hipótesis: del mismo modo que la aplicación de una ley distinta a la designada por las normas de conflicto puede no determinar la invalidez de la adopción para el ordenamiento extranjero, la aplicación incorrecta de la ley aplicable podría depurar su invalidez. *¿Quid* del control en este caso? Coincido con el hecho de que no pueden multiplicarse los controles, más no veo por qué realizar uno formal y aleatorio (el que prevé la Ley tal cual se interpreta) y excluir otros de mayor entidad (el de la ausencia del necesario expediente previo me parece de libro). Sigo pensando que un orden público aplicado en sus justos términos puede atajar las situaciones más dramáticas: por ejemplo, combatir las adopciones fraudulentas, irregulares y resultado de prácticas de corrupción de las autoridades de origen... que el control de ley aplicable que prevé la Ley *no combate necesariamente*: los controles no atajan una compraventa de menores santificada por una autoridad corrupta internacionalmente competente y que aplica mal, muy mal, la ley declarada aplicable por sus normas de conflicto. Y si no lo hace y tampoco garantiza que la adopción sea válida conforme al sistema de origen ¿por qué esa exigencia que complica el procedimiento de reconocimiento de forma innecesaria?⁶⁷, y puede conducir –lo que sería la otra cara de la moneda– a que una adopción plenamente válida en el país de origen (porque el vicio de aplicar una ley distinta a la prescrita por su sistema de DIPr sea valorado como menor o, en todo caso, no invalidante) no se reconozca en España, por la llamativa circunstancia de que nuestra Ley de adopción internacional valore la inobservancia de una norma extranjera más gravemente que el propio ordenamiento jurídico extranjero.

24. Todo lo dicho respecto del control de ley aplicable vale para la primera parte del control de la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera, conforme a “...los foros recogidos en su propio Derecho”. Es un elemento extraño al sistema de control de la competencia de la autoridad de origen y no

⁶⁵ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, p. 197.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 196-197.

⁶⁷ Más aún si introducimos en el procedimiento de control de la ley aplicada por la autoridad extranjera un rarísimo control de la misma a través del orden público español (¿?), como proponen A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, *op. cit.*, p. 191-192: ¿el art. 12.3º Cc insertado en el control de la ley aplicada por la autoridad extranjera?

garantiza que la adopción sea válida en el país de origen, ni que esté limpia de fraude o irregularidades.

25. Del resto de las novedades en el Capítulo del reconocimiento mencionaré dos: la primera es que no creo ni técnicamente correcto ni conveniente desde la perspectiva del tipo de reconocimiento que se exige, el someter las sentencias extranjeras *sobre nulidad* de una adopción a las condiciones establecidas para verificar la validez de la misma. No es técnicamente correcto pues los requisitos del art. 26 de la Ley se articulan como condiciones de validez de un acto no necesariamente jurisdiccional y, malamente, por ejemplo puede tenerse en cuenta a la hora de reconocer una sentencia extranjera declarando la nulidad de una adopción los requisitos que he criticado en el párrafo anterior sobre las adopciones realizadas por o sobre españoles. Tan sólo las exigencias formales (legalización, apostilla...) del art. 26.5º y el control de competencia judicial internacional y en cierta medida el de ley aplicada podrían extenderse sin traumas técnicos al reconocimiento de una tal sentencia de nulidad. Pero, además, los intereses presentes en la declaración de nulidad de una adopción en un procedimiento judicial muy posiblemente contencioso (en nuestra LEC la extinción de la adopción aparece dentro del art. 779 LEC) precisarían, a mi juicio, de un reconocimiento procesal.

26. El segundo atañe a esas cosas que ocurren de vez en vez, cuando un proyecto de ley pasa por las Cortes: sin saber por qué, se descuelga una palabra sin que nadie lo haya pretendido y, claro, sin que nadie lo haya advertido o sin que quien lo ha advertido le preste atención. El último bastión que debe superar una adopción extranjera para desplegar sus efectos en España es el del orden público español. En otras palabras que sus efectos no vulneren los principios fundamentales justificativos de la regulación de la protección de menores en España, etc. Pues bien, este orden público internacional, al que pretende dar cumplida respuesta el art. 31 de la Ley, se ha olvidado de la *adopción* a secas; de la adopción plena, si se quiere ser más respetuoso con la norma: “En ningún caso procederá el reconocimiento de una *decisión extranjera de adopción simple, o menos plena*, si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español. A tal efecto, se tendrá en cuenta el interés superior del menor”. El Proyecto, más sensato, hablaba de “*decisión extranjera de adopción, de adopción simple, o menos plena...*”, pero la misma enmienda que introdujo el inefable “interés superior del menor” suprimió, seguro que inconscientemente, la referencia a la adopción⁶⁸. No creo que debamos alterarnos por ello. El orden público español impedirá que desplieguen sus efectos en España las adopciones simples que lo contradigan manifiestamente (art. 31 de la Ley), así como las adopciones plenas, las conversiones de adopciones, las resoluciones sobre nulidad de adop-

⁶⁸ *Vid. supra*, nota 7.

ciones y cualesquier otras resoluciones sobre adopciones que se empecinen en vulnerarlo. El sistema proporciona mecanismos interpretativos para ello, y el descuido del legislador no debe pasar de mera anécdota.

IV. Conclusiones

27. Dije al principio de estas reflexiones que la Ley de adopción internacional era un hito en el DIPr español. Es la primera ley especial de DIPr que intenta regular de forma completa y exhaustiva un ámbito acotado de la realidad que nos afecta: la adopción internacional. Como todo primer paso adelante en una situación tan necesitada de cambio como la que nuestro DIPr presenta tiene la importancia del referente; del precedente de lo que puedan ser futuras intervenciones del legislador. Mis primeros contactos con el Proyecto y con la Ley se movieron en un mismo plano de análisis de las soluciones positivas, contraste con las situaciones reguladas y consecuencias prácticas, muchas de ellas paradójicas. En este tercer acercamiento, reconozco que contrariado por quienes no ven en mis críticas sino ataques injustos o evidentes errores, el tono ha sido el mismo que en los anteriores, con el añadido importante de poder debatir no ya con la letra de la Ley –tan estática ella– sino con la interpretación de quienes considero cualificados intérpretes. El resultado de todo ello me conduce a una serie de reflexiones de carácter general que paso a exponer.

28. En primer lugar, no cabe duda de que la intensidad de la nueva Ley es alta: son 34 artículos; muchos más de los que, por ejemplo, dedica el Cc a la regulación sustantiva de la adopción. La regulación es prolija y ello estaría indicando (*a priori*) un deseo del legislador de incidir en el detalle, recortando espacio al aplicador del Derecho en su labor de ajuste a las situaciones concretas. No obstante, los intérpretes se afanan en ver continuas remisiones al “desarrollo judicial”. Remisiones que, a mi juicio, encuentran su razón de ser no en la ausencia de regulación, sino en la deficiencia de la misma; remisiones, en fin, que no están recogidas de forma expresa en la parte dispositiva de la ley. El frecuente recurso a la Exposición de Motivos resulta cómico para solventar problemas que lo son del propio articulado y cuyo mejor remedio es la reformulación de las disposiciones que conducen a resultados insatisfactorios⁶⁹. No existe ningún elemento explícito de flexibilización del sistema. Que a unos meses de la publicación de la Ley existan ya en los comentaristas más remisiones al “desarrollo judicial” y a “reducciones teleológicas” que a interpretaciones evidentes de normas concisas, claras y completas es un dato de que algo falla. Esta intensidad regulativa exhibe complejidad y dificultades interpretativas evidentes.

⁶⁹ Muy ilustrativo sobre esta idea F. Santaolalla López, *loc. cit.*, p. 57.

29. Una segunda observación es que la Ley carece de modelo. Algunas de las paradojas que he descrito en el presente análisis tienen su causa en la ausencia de un modelo regulativo coherente. El ejemplo del reconocimiento es claro: mezcla de una eficacia basada en el reconocimiento mediante el establecimiento de los correspondientes presupuestos unilaterales, con recursos a la ley aplicable y a la idea de competencia de autoridades.

La articulación de estrictas condiciones de salubridad procedimental *ex ante*, la llamada al Convenio de La Haya para incluir sus estándares y salvaguardas en las relaciones con terceros Estados y las heterogéneas condiciones del reconocimiento retenidas son igualmente una muestra de falta de visión global.

Ni siquiera existe una línea discursiva coherente en torno a la idea básica que integra el interés del menor. Esta idea, en la Ley, parece ser la conformación y el reconocimiento de adopciones internacionalmente fuertes o no claudicantes. Aunque yo no esté de acuerdo con que ese deba ser el eje principal de la una regulación en materia de protección de menores, el legislador piensa que sí; pero los mecanismos que se orientan a tal finalidad no consiguen el objetivo propuesto. En el ámbito de la constitución de una adopción por autoridad española, la consecución de una adopción internacionalmente fuerte está sujeta a un grado importante de indefinición. En el del reconocimiento, las condiciones exigidas ni garantizan que una adopción ineficaz en el extranjero no pueda ser reconocida en España ni, quizá lo más paradójico, que una adopción válida en el extranjero y no contraria a nuestro orden público vaya a ser reconocida en España.

Dentro de esta misma idea de interés del menor adoptado, no resultan coherentes las distinciones que se hacen entre adoptados españoles o extranjeros o entre adoptantes españoles o extranjeros. De nuevo los argumentos que se dan a favor de tal distinción son formales (existencia de un “Derecho registral conflictual”) o, simplemente, inaceptables desde la órbita de la protección de menores.

30. En fin, tras confrontar mis primeras impresiones con las extensas explicaciones que dan los Profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González no encuentro razones para modificarlas de forma sustancial, aun a riesgo de poder ser tachado de contumaz. Siendo benévolo con el legislador, creo que éste no ha sabido elegir el lenguaje apropiado para relacionarse con los operadores jurídicos. No se trata ya, o no sólo, de que la Ley carezca de modelo concreto respecto del fenómeno de la adopción internacional. Resulta aún más evidente, y más preocupante por lo que pueda tener de precedente, que la Ley carezca de modelo normativo básico. Abusaré otra vez de la cita: la Ley “... frente a la búsqueda de la simplicidad, efectividad y coherencia en la respuesta ofrecida...”

parece primar una presunta, y siempre formal, lógica doctrinal”⁷⁰. No puedo estar más de acuerdo: lo denuncié ya respecto del proyecto de ley. Y no es lo mismo escribir para la comunidad científica y apoyar las afirmaciones en la última o penúltima sentencia del Tribunal Federal americano, o afanarse en convertir uno de los inventos más alambicados del profesor Franz de Copenhague en un mecanismo para corregir la letra de la ley cuando no nos gusta, que hacerlo, como corresponde al legislador, con la precisión y claridad suficientes y con la plenitud necesaria para que cualquier destinatario de la norma pueda comprender sin dificultad lo que en ella se exige, se prohíbe o se permite.

31. Desde todas las perspectivas abordadas, puede responderse a la pregunta de mi compañero Carlos Esplugues Mota con un rotundo sí: la Ley de adopción internacional es una “ocasión perdida”⁷¹, al menos, para regular coherentemente la adopción internacional (y ello es de lamentar) y quizá también para adelantar las líneas básicas por donde haya de discurrir la modernización del Derecho internacional privado español. Pensar lo contrario en lo que atañe a la regulación de la adopción internacional es legítimo pero, como he tratado de demostrar, infundado. Pensar lo contrario, sobre lo que puede suponer de precedente para futuras modificaciones legales, es decir, pensar que es una declaración de intenciones del legislador es, sencillamente, descorazonador.

⁷⁰ C. Esplugues Mota, *loc. cit.*, p. 365.

⁷¹ C. Esplugues Mota, “La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?”..., *loc. cit.* A decir verdad, la pregunta en el título del trabajo de Carlos Esplugues es meramente retórica; leyendo el contenido de dicho trabajo, resulta evidente que los signos de interrogación sobran también para el autor.