



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El proceso de constitución de la  
adopción. La competencia judicial  
internacional y la ley aplicable a la  
adopción

Presentado por:

**Alba Rodríguez Bravo**

Tutelado por:

**Diana Gluhaia**

Valladolid, 3 de febrero de 2021

**Resumen:** La adopción es una institución presente desde hace miles de años que ha ido evolucionando a la par que la sociedad y presentando los más diversos aspectos, de acuerdo con cada momento histórico. Hoy en día, el problema principal se encuentra en el ámbito internacional de esta figura, puesto que la multitud de intereses en juego y de Estados intervinientes, hacen que se complique el entramado de toda esta institución. A lo largo de este trabajo, se van a tratar las cuestiones más relevantes que han de conocerse ante cualquier adopción internacional, tales como la determinación de la autoridad y del Estado competente para constituir las adopciones, declararlas nulas o proceder a su conversión; así como la ley aplicable a cada caso. Se mostrará como la LAI trata de ofrecer soluciones a todos estos aspectos, intentando crear una regulación completa en pro del menor. Y en esta misma línea, también se pondrá en evidencia como en busca de esta finalidad, en algunas ocasiones, se deviene en el efecto opuesto. Finalmente, se analizarán las opciones de política legislativa incluidas en esta Ley que se toman en consideración para evitar cualquier efecto contrario al fin perseguido, a la protección del principio de interés superior del menor, y que se concretan en el desarrollo judicial individualizado a cada caso, por parte de los jueces y tribunales competentes; y en la cláusula del orden público internacional.

**Palabras clave:** Adopción internacional, interés superior del menor, competencia judicial internacional, foros competenciales, ley aplicable, orden público internacional.

**Abstract:** International adoption is an established institution that has evolved along with society and changed accordingly to each historic moment. Nowadays, due to the multitude of interceding interests and states, the main problem of this system is placed at the international aspect, making the legal framework complex and diverse. This project displays the most relevant aspects that need to be known in the proceeding of any international adoption, such as the determination of the competent authority and State to grant, declare invalid or proceed to the conversion of the adoption, as well as the law that must be applied on each case. Moreover, the solutions that the LAI offers to all these aspects to benefit the under-aged will be covered. In the same way, this essay also evidences how sometimes the LAI turns into the opposite effect. Finally, this document analyzes the legislative policy options included in this law that are taken into consideration to avoid any opposite effect to the desired purpose, the protection of the superior minor-aged interest principle, which are specified in the individual judicial development to each case, and the international public order clauses.

**Key words:** International adoption, the superior interest of the minor, international jurisdiction grounds, conflict of laws, international public order.

# ÍNDICE

1.	LISTADO DE ABREVIATURAS	5
2.	INTRODUCCIÓN	6
3.	CONCEPTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL	7
4.	REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA	12
3.1	Fundamento jurídico. El principio del interés superior del menor	12
3.1.1	Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado del Niño de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de febrero de 2010	13
3.2	Los diferentes ámbitos de regulación. La dispersión normativa	14
3.2.1	Regulación internacional	14
3.2.2	Regulación estatal	15
3.2.3	Regulación autonómica	17
5.	PROCEDIMIENTO DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA	17
4.1	Iniciación, suspensión o paralización de la tramitación de expedientes de adopción internacional con un determinado país	17
4.2	Procedimiento adoptivo	19
4.2.1	Fase administrativa previa	19
4.2.2	Fase judicial	26
6.	COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL	27
5.1	Consideraciones generales	27
5.2	Marco regulatorio	28
5.3	Competencia judicial internacional para la constitución por un juez español	30
5.3.1	Foros de nacionalidad	32
5.3.2	Foros de la residencia habitual	33
5.3.3	Valoración y críticas del sistema de competencia judicial internacional en la adopción	34
5.4	Competencia para la constitución de una adopción por los cónsules españoles	37
5.5	Competencia judicial internacional del juez español para la declaración de nulidad y la conversión de una adopción simple en plena	39
5.5.1	La declaración de nulidad de una adopción internacional	40
5.5.2	La conversión de una adopción simple en plena	45
5.5.3	Momento temporal de análisis de las circunstancias de los foros	49
5.6	Competencia objetiva y territorial en el territorio nacional	49
7.	LA LEY APLICABLE A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL	51
6.1.	Ley aplicable a la constitución de la adopción internacional	53
6.2.1.	La adopción consular	55

6.2.	Ley aplicable a la nulidad y conversión de una adopción internacional	56
6.2.1.	Conversión en adopción plena	56
6.2.2.	Nulidad de la adopción internacional	57
6.3.	Ley aplicable a los aspectos relativos a la capacidad del menor y a todos los consentimientos requeridos	58
6.4.	Cláusula de orden público internacional	62
8.	CONCLUSIONES	63
9.	BIBLIOGRAFÍA	66
10.	FUENTES JURISPRUDENCIALES	67
11.	FUENTES NORMATIVAS	67

## **1. LISTADO DE ABREVIATURAS**

CC	Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.
LAI	Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
RAI	Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional

## 2. INTRODUCCIÓN

La adopción es una figura que existe desde hace miles de años, y que debido a las circunstancias de cada momento histórico, ha ido cambiando de fundamentación y presentando los más diversos aspectos, así como exigiendo diferentes requisitos para su procedencia.

La primera adopción de la que tenemos constancia se cree que sucedió durante la etapa de Mesopotamia, así se muestra en la traducción de la “Leyenda de Sargón”<sup>1</sup>, no obstante, las finalidades no eran ni parecidas a las que actualmente nos invaden. Hasta el siglo XIX, esta institución no se utilizaba con el propósito de proteger al menor desamparado, sino más bien de protegerse a sí mismo, puesto que era empleada con la intención de conseguir mano de obra, atender el culto doméstico y además, para mantener el apellido de una familia, es decir, asegurar la sucesión tanto patrimonial, como política. Uno de los casos típicos, es el acaecido en el mundo romano con Octavio Augusto, quien fue adoptado por Julio Cesar, en su testamento, para sucederle como emperador.

La etapa mesopotámica y la del Imperio Romano, fueron dos de las civilizaciones antiguas más importantes en cuanto a la figura de la adopción, ya que se lograron importantes avances en la institución, además de producirse las primeras recopilaciones bibliográficas, en el Código de Hammurabi<sup>2</sup> (1450- 1250 a.C) y en el *Corpus Iure Civile* (dentro del *Digesto*, libro. IV), respectivamente.

Con el paso del tiempo, estos propósitos cambian y tras una sucesión de épocas en las que se trataba de ofrecer la posibilidad, a aquellos matrimonios que no podían tener hijos de forma natural, de tener descendencia, llegamos a la finalidad que prima actualmente. Son dos, la creación de una relación de filiación o parentesco entre adoptando y adoptante/s y la protección del menor, sobre todo tras la publicación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

---

<sup>1</sup> DI BERNARDIS, C.I (2009). Expansión territorial de la dinastía Sargónida (ca.2340- 2150 a.c): “El País” y la periferia, fuentes e interpretaciones (p.22) *Historiae*, ISSN 1697- 5456, Nº 6. “[...] 10. Aqqi el aguador me crió como su hijo adoptivo”.

<sup>2</sup> Baelo Álvarez, M (2013). “La adopción: historia del amparo socio- jurídico del menor”. Universidad de La Coruña, p. 44 “Norma 185. Si uno tomo a un niño en adopción, como si fuera hijo propio, dándole su nombre y lo crió, no podrá ser reclamado. Norma 186. Si uno adopto un niño, y cuando lo tomo hizo violencia sobre el padre y la madre, el niño volverá a la casa de sus padres...”

Este segundo objetivo, el de mecanismo de protección, de lo que trata es de proporcionar a todos aquellos menores en situación de desamparo su correcta y adecuada integración en un nuevo entorno tanto familiar, como social, en el caso de que esta institución sea la propicia (en cualquier caso, es preferible el mantenimiento del menor dentro del entorno familiar originario, la adopción actúa como institución subsidiaria).

Al hablar de adopción internacional, no es poco frecuente que surjan dudas en cuanto a su concepto, su regulación, el Estado y las autoridades que tienen competencia para poder llevar a cabo la misma, cómo es el proceso de la adopción y cuál es la ley aplicable en cada caso. Por todo esto, a lo largo de la exposición se va a tratar de explicar y aclarar todas estas cuestiones.

Con el propósito de entender todo este entramado, cabe decir que durante todo el desarrollo tomaremos como punto básico de referencia la Ley de Adopción Internacional de 2007 (en adelante, LAI). Esta disposición trae causa del descenso de natalidad en España, que derivó en un aumento progresivo del número de adopciones, lo cual hizo propicio crear una normativa completa, que contuviera todas las cuestiones relativas a la adopción que pudieran surgir durante el proceso. Es decir, surge con el fin de reubicar todas las cuestiones sobre la adopción, en un mismo texto legal.

### **3. CONCEPTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

La adopción internacional en España se encuentra regulada, entre otros instrumentos, en la LAI, cuyo primer artículo habla sobre el concepto de esta institución, entendiéndose por tal *“aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España”*.

De este artículo podemos sacar varias conclusiones sobre la adopción internacional:

- El sujeto objeto de la adopción tiene que ser un menor.
- La autoridad extranjera es la que evalúa si el menor puede tener la consideración de adoptable.
- Implica un desplazamiento.
- Se definen dos vías a seguir para la constitución de la adopción, una ante la autoridad española misma y la otra, ante la autoridad extranjera donde se encuentra el menor.



- Y respecto a los efectos de la adopción, nada se menciona acerca de ellos como sí que hacía la versión original de la LAI y que mencionaremos a continuación.

A pesar de servir este artículo como punto de referencia para la construcción del régimen de la adopción, esta definición no es del todo válida y hay que proceder a su complementación, puesto que no contempla la adopción internacional, sino un tipo concreto de ella, la referida a menores y la que implica un desplazamiento<sup>3</sup>. Y como bien sabemos, la adopción no se da únicamente en estos casos, también se puede considerar adoptable un sujeto mayor de edad<sup>4</sup> y aquellas que no impliquen desplazamientos. Dicho esto ¿Qué se entiende por adopción internacional? Pues será toda aquella que contenga algún elemento de extranjería, y así lo prescribe el art. 1.1 in fine de la misma Ley.

Este concepto de adopción ha sido introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Antes de esta ley de reforma, la propia LAI en su versión original de 2007, definía la adopción en los siguientes términos “*vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos*”. Por lo tanto, uno de los aspectos reformados más relevantes es que en la versión actual no se dice nada sobre el resultado de la adopción, que no es otro que la creación de un vínculo, lo cual puede dar lugar a confusiones.

A consecuencia de no incorporar ese efecto dentro del concepto, se podría llegar a pensar, la inclusión dentro del mismo de otras figuras que no comportan la creación de ningún vínculo jurídico, como la “kafala islámica” o la adopción simple. No obstante, esto no es así, la postura admitida es mucho más restrictiva<sup>5</sup>.

Esta postura a la que hacemos referencia no considera la inclusión de esas otras figuras. Encuentra su justificación en dos cosas. En primer lugar, la LAI recoge como principio informador el respeto a los principios del Convenio de la Haya de 1993 (art.3 LAI); el Convenio se refiere expresamente “a las adopciones que establecen un vínculo de filiación”. Por lo tanto, se entiende que el concepto recogido en la LAI tras la reforma de 2015, a pesar de no decir nada sobre este efecto, no admite otras figuras que no conlleven este resultado.

---

<sup>3</sup> CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLES, J. (2018). La adopción internacional (cap. XIV). *Derecho Internacional Privado* (p. 364). Granada. Comares. “*Toda adopción transfronteriza es una adopción internacional pero no toda adopción internacional es transfronteriza*”

<sup>4</sup> Artículo 175.2 CC “será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia establece con ellos de, al menos, un año”

<sup>5</sup> ORTIZ VIDAL, M-D., “La adopción internacional tras la Ley 26/2015”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 43- 47.

La segunda argumentación que ofrece esta postura, está en la propia contradicción que se produciría con respecto al Título II de la LAI en caso de admitir la postura de interpretación amplia. Y es que como ya veremos más adelante, nuestro ordenamiento no admite la constitución de adopciones simples, por ende no se puede entender esta figura subsumida dentro del concepto de adopción internacional del art. 1.2 LAI.

Por su parte, en el ámbito internacional destaca el Convenio de La Haya de 1993, en cuyo artículo 2, dispone un concepto de adopción internacional en el mismo sentido que la LAI, es decir, un concepto restrictivo de esta institución, pues solo menciona aquellos casos en los que un “niño” es o va a ser desplazado desde su estado de origen, parte del Convenio, a otro estado, denominado como el de recepción [...]. Por lo tanto, se manifiesta el mismo problema limitativo que veíamos antes, no dispone un concepto de adopción internacional como tal, sino una “submodalidad”.

Como ya hemos adelantado, el efecto de la adopción no es otro que la filiación y todo lo que esta conlleva. Es el Código civil el encargado de determinar esta consecuencia en su artículo 108 que establece que *“la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción”*.

La filiación por adopción no es otra cosa que la creación de vínculos de parentesco entre el adoptante y adoptado; y las consecuencias derivadas son las mismas que las recogidas para la filiación por naturaleza (arts. 109 y ss. CC).

Ahora bien, todo lo que hemos dicho anteriormente estaba referido a un tipo adoptivo concreto, recogido y conocido en nuestro ordenamiento como adopción plena; por esta misma razón y para terminar con este epígrafe, es importante hacer énfasis a otras modalidades. Esta diversidad trae causa de la multiplicidad de ordenamientos jurídicos coexistentes, sobre todo en lo que al ámbito de derecho internacional privado se refiere, donde se pueden observar figuras que por su finalidad y forma se asemejan a la adopción plena, pero sin llegar a igualarse por completo con esta, son las adopciones simples.

Este tipo de adopción, no es un concepto nuevo para nuestro derecho positivo, puesto que antes de la reforma del Código Civil acaecida con la promulgación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, este tipo de adopciones estaba expresamente previsto y regulado (sección tercera, Capítulo V). A pesar de esta supresión, esta figura se mantiene en la actualidad presente por influencia de otros países, dentro de la LAI (Art. 30) que veremos al hablar de los foros competenciales (apartado 5.5), pero no se mantiene como una figura “adecuada” dentro de nuestro ordenamiento, puesto que es la propia LAI la que no permite su

constitución por autoridades españolas, se contempla únicamente con el propósito de reconocer adopciones válidamente creadas por una autoridad extranjera, con estas características. En cierto modo, lo que pretende el legislador, tal y como deja entrever en la Exposición de Motivos de la LAI, es proteger como valor primordial el interés del menor, siempre y cuando esa adopción simple o menos plena, haya sido constituida válidamente en el Estado de origen y se cumplan ciertos estándares mínimos “de regularidad jurídica o que giren en torno al interés del adoptando”.

Las diferencias fundamentales entre estos dos tipos de adopciones, se basan en dos puntos. En primer lugar, según se produzca o no la ruptura del vínculo jurídico de filiación del adoptado con la familia de origen, junto con la consiguiente creación de un nuevo vínculo con la familia adoptiva; y en segundo lugar, en función de la revocabilidad o no de la misma.

Siguiendo estos dos puntos, estaremos ante una adopción plena cuando se produzca la ruptura del vínculo jurídico filiar con la familia originaria (art. 178 CC), se cree un nuevo vínculo con la adoptiva (arts. 108 y ss CC) y además, esta situación sea irrevocable, como recalca el art. 180 CC. No obstante, con respecto a la primera característica, esta no es absoluta, se admiten excepciones, previstas en el propio artículo 178 CC, que han sido añadidas a través de la Ley 26/2015 y dan lugar a una nueva modalidad que veremos a continuación, la adopción abierta.

Por el contrario, hablaremos de una adopción simple cuando no se den estas circunstancias y el vínculo sea revocable. Es decir, cuando no se rompan las relaciones preexistentes con la familia de origen y además, la decisión sea anulable. Como bien adelantamos, la adopción simple no es una figura extraña a nuestro derecho, de hecho fue la recogida en el primer Código Civil español, en el cual a pesar de contemplarse la posibilidad de usar el apellido de la familia adoptiva, negaba la adquisición de derechos sucesorios y hereditarios por parte del adoptado; y además, nada señalaba sobre la ruptura de los lazos familiares, únicamente se limitaba a establecer en su artículo 167, que con la adopción, la patria potestad acababa. Debido al progreso de la sociedad, la adopción cambia de finalidades, pasando a ser una institución en pro del menor. Es por esto, que con el propósito de dar seguridad a la institución, esta adopción queda suprimida por la Ley de 1987, por la cual se reforman ciertos artículos del Código Civil.

Hoy en día, esta modalidad vuelve a estar presente en nuestro ordenamiento por influencia del derecho internacional privado, pero únicamente en lo referido al reconocimiento de resoluciones extranjeras (art. 30 LAI). Si bien es verdad, esta modalidad ha intentado ser

recuperada, así se mostró en la “Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas, en el Senado”<sup>6</sup>, donde algunos autores de los que comparecieron, abogaban por la reintegración de esta figura, así como de la adopción abierta. Concretamente, la entonces Directora General de las Familias y la Infancia afirmó la necesidad de fórmulas estables que proporcionasen estabilidad sin provocar indispensablemente la ruptura con la familia biológica, mencionando expresamente la adopción simple (o menos plena) y la adopción abierta.

Por último, queda por mencionar los aspectos de la adopción abierta, prevista en el artículo 178, apartado 4 del CC, incluido a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Esta modalidad no es otra cosa que un tipo de adopción plena que, sin conservar los vínculos jurídicos que unen al adoptado con la familia de origen, permite mantener contacto entre ambos, a través de vistas o comunicaciones, siendo el principal objetivo la estabilidad familiar del menor, sobre todo cuando se trate de adoptados adolescentes o con cierto grado de madurez<sup>7</sup>.

Este tipo de adopción ha de ser estudiado y valorado por la Entidad Pública competente, quien será la que determine si este tipo es favorable o no a las circunstancias que acompañan al menor, pero será el propio juez quien deberá confirmar esta modalidad en la resolución de constitución de la adopción, incorporando además, la duración y condiciones del régimen, según lo informado por la Entidad pública.

No obstante, aun teniendo en cuenta todo lo anterior, para poder establecer una adopción abierta es necesario poseer los consentimientos requeridos, que son los pertenecientes a la familia adoptiva y al propio adoptado, cuando tenga la suficiente madurez o en cualquier caso, cuando tenga más de 12 años. La importancia de recabar estos consentimientos, como indica en la Comisión especial del Senado, el catedrático D. Jesús Palacio González<sup>8</sup>, radica en que la adopción abierta es una opción que puede elegir la familia adoptiva, y que en ningún caso puede venir impuesta.

Son muchas las ventajas que conlleva este tipo y se pueden dividir en tres, según a quien beneficie. En cuanto al menor adoptado, este podrá desarrollarse de forma plena, sin tener que alejarse de su pasado y manteniendo el contacto con la familia originaria, lo cual facilitaría, en los casos de adolescentes sobre todo, su integración en la nueva familia, sin

---

<sup>6</sup> *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, BOCG-Senado, IX Legislatura, núm.545, de 17 de noviembre de 2010

<sup>7</sup> Preámbulo Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pp.11-12.

<sup>8</sup> Informe de la Comisión Especial [...] op.cit., (p.25).

producir un cambio drástico que pudiera afectar a su entorno y favoreciendo una mayor estabilidad. En segundo lugar, la familia adoptiva se podría beneficiar de esta situación en el sentido de dar transparencia y naturalidad a los orígenes del menor, eludiendo así la tendencia de muchos países, como es nuestro caso, al anonimato, y además conllevaría un mayor conocimiento del historial clínico. Y por último, para la familia de origen, esta modalidad causaría menos trastorno y sentimiento de culpabilidad<sup>9</sup>.

Pero no todo son ventajas, también conlleva ciertos riesgos cuando estas comunicaciones no estén supervisadas, riesgo que se ve incrementado por la facilidad de acceso a nuevas tecnologías y redes sociales. El problema de todo esto, radica en la posible rivalidad existente entre ambas familias, que podría devenir en una presión para el adoptado. Con el propósito de evitar estas contingencias, es de vital importancia el seguimiento, en todo momento, por profesionales cuyas funciones serán promover dichos contactos a través del respeto a ambas partes y suministrar el apoyo necesario en caso de ser necesario.

#### **4. REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA**

Antes de hablar del marco normativo como tal, hay que hacer referencia a la fundamentación jurídica de la que trae causa toda esta figura e institución jurídica que se contiene bajo el nombre de “adopción”.

##### **3.1 Fundamento jurídico. El principio del interés superior del menor**

Las finalidades de las adopciones han ido variando según las épocas y culturas, y con ellas los requisitos y condiciones exigidos para acceder a la misma. Hemos pasado de contemplar la adopción como una forma de protección o satisfacción hacia la misma persona o personas que deciden adoptar, como medio para facilitar la sucesión o posibilitar la tenencia de hijos a aquellas parejas que no pueden concebirlos por si solas; a ser hoy en día considerada como una institución de protección del menor, cuyo fundamento principal no es otro que el principio del interés superior jurídico del menor.

Este principio de lo que trata, como su nombre indica, es de ofrecer protección al menor que por su grado de madurez no es totalmente capaz de actuar por si solo o tomar decisiones

---

<sup>9</sup> Documento Informativo nº4 de junio de 2015 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico 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 (<https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf>)

importantes que vayan a afectar a su vida, como sucede en una adopción. Es por ello que este principio exige la intervención de un tercer sujeto, protagonizado por la autoridad judicial y administrativa.

La forma de contemplar y cumplir con este principio se logra realizando una evaluación exhaustiva de todos los aspectos que le afecten o vayan a afectarle en un futuro como consecuencia de una decisión, es decir, en nuestra materia, para proceder a la constitución de una adopción (lo cual veremos más detallado a continuación cuando hablemos de la idoneidad) es necesario evaluar la situación familiar de los adoptantes de forma que se constate que la adopción va a ser favorable al menor, así como combatir la existencia de adopciones claudicantes o aquellas válidas en un Estado, pero nulas en el otro, que dificultaría la resolución de muchos imprevistos. Entra en juego durante este estudio de los efectos derivados para el menor, la existencia de otras instituciones jurídicas de protección, sustitutivas a la adopción, como veremos a continuación.

### *3.1.1 Las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado del Niño de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de febrero de 2010*

Dado que el objetivo principal en relación con este principio del que hablamos, no es otro que la protección del menor, lo primero que hay que saber es que de primeras, cualquier Estado u órgano competente trata de buscar la reintegración del menor en su familia de origen, por lo tanto, cabe decir que existen otras figuras alternativas a la adopción, mencionadas en el texto de *Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños*<sup>10</sup>.

Lo que pretende este texto es instaurar una serie de normas o principios que actúen como guías a la hora de aplicar la Convención de los Derechos del Niño o cualquier otro texto cuyo fin sea esta protección.

Concretamente, habla sobre la figura del acogimiento como alternativa a la adopción y alienta a los poderes públicos y a los Estados a promover ayudas a favor de las familias con algún tipo de carencia tanto física, como económica o social que les impida otorgar de forma plena una atención parental o un entorno familiar digno para que el menor se desarrolle con normalidad.

---

<sup>10</sup> Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, Asamblea General de Naciones Unidas (<https://www.unicef.org/spanish/protection/files/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf>)

Es decir, lo que trata de hacer ver este texto es que el problema de menores desamparados o en circunstancias especiales radica en el entorno familiar; por lo tanto, la mejor medida para hacerlo frente es erradicar el problema desde aquí, apoyando y protegiendo estas familias y ayudándolas a superar las circunstancias de las que puede traer causa una futura adopción o acogimiento.

Estas medidas están destinadas, tal y como se indica, a la prestación de ayudas a familias con algún tipo de enfermedad, VIH, drogodependencia, alcoholismo, inmersas en conflictos bélicos, niños objetos de abusos, abandonados, refugiados... y en definitiva, luchar contra la discriminación por cualquier causa.

En cualquier caso, con el fin de evitar la ruptura de los vínculos con la familia de origen que provocaría la adopción, se ha considerado conveniente la figura del acogimiento alternativo, con el fin de que el menor pueda desarrollar su personalidad plenamente en un entorno fiable y seguro, pero con vistas a una posible reintegración futura cuando desaparezcan las circunstancias que dieron causa a dicha opción. Lo que se busca es reducir el impacto que puede causar en el menor una adopción, evitando un cambio radical en su entorno social y cultural; y manteniéndolo lo más cerca posible de su familia de origen.

Todas estas circunstancias han de ser evaluadas de forma individual en cada caso, ya que cada entorno familiar está rodeado de los más diversos aspectos. Y además, señala este texto como principio, la importancia de que el menor sea oído y tomado en consideración atendiendo a su grado de madurez.

En conclusión, la adopción internacional no es sino un mecanismo de protección el menor subsidiario al acogimiento alternativo.

### **3.2 Los diferentes ámbitos de regulación. La dispersión normativa**

El marco normativo en el cual se desarrolla esta figura en España es bastante complejo. El porqué de esta complejidad se debe a la existencia de tres regímenes diferentes que confluyen entre sí y dificultan su cooperación y entendimiento.

#### *3.2.1 Regulación internacional*

Como ya hemos tenido oportunidad de nombrar con anterioridad, son varios los tratados existentes en esta materia, y entre ellos, los más destacados son el 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 y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre

de 1989, entre otros. Al tratarse de textos internacionales estos son aplicables de forma imperativa sobre la normativa de todos los estados firmantes o que hayan ratificado los mismos. En nuestro caso concreto, son dados de entrada a través del artículo 39 de nuestro texto constitucional, el cual proclama la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de los menores, según lo que prevean los acuerdos internacionales al efecto.

A parte de estos dos, es importante destacar el Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y en vigor en nuestro país desde el 1 de septiembre de 2011. Son dos los objetivos perseguidos; en primer lugar, se trata de renovar el anterior Convenio en esta materia de 1967, para los países firmantes del nuevo y así lo indica el propio artículo 23, bajo la rúbrica “efectos del Convenio”; y en segundo lugar, como se deriva del propio preámbulo del texto, trata de fortalecer la unión entre sus miembros, dando una perspectiva común y aunando los diferentes puntos de vista, sobre los aspectos más importantes que rigen la adopción.

Por así decirlo, todas las leyes y normas que veremos a continuación, tanto de rango nacional, como autonómico, deben respetar los principios dispuestos en estos textos normativos.

No obstante, no son únicamente los tratados internacionales los que entran en juego en este apartado. Todo este entramado normativo es complicado aún más por la existencia de múltiples Convenios Bilaterales de los que España es parte. Se trata de Convenios entre dos países que han sido ratificados con la finalidad de facilitar la cooperación entre ellos, es precisamente lo que sucede con el Convenio de Cooperación en materia de adopción entre Vietnam y España de 5 de diciembre de 2007; el Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre Rusia y España de 9 de julio de 2014; el Acuerdo bilateral de 29 de octubre de 2001 entre el Reino de España y la Republica de Bolivia en materia de adopciones; y el Protocolo de 12 de noviembre de 2002 entre el Reino de España y la República de Filipinas sobre adopción internacional, hecho en Manila. Estos convenios no tratan otra cosa que aspectos del procedimiento de la adopción, con el fin de mejorar sus relaciones y su comunicación durante el mismo en pro del menor.

### *3.2.2 Regulación estatal*

A nivel nacional, la Ley de referencia en materia de adopción no es sino la Ley de Adopción Internacional. Pero antes de llegar a su publicación en 2007 cabe hacer un análisis sobre las leyes y reformas que se han ido sucediendo a partir de la promulgación de la CE'78. Son tres las etapas en las que se puede clasificar toda esta evolución.



Una primera dedicada a las reformas concernientes al Código Civil en materia de filiación y protección de menores, que incluye la Ley 11/1981, de 13 de mayo y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, también de modificación del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Los hechos más importantes de estas dos reformas son la identificación de la filiación natural y adoptiva a todos los efectos y el desarraigo de la adopción como negocio propio del Derecho de Familia, para ser considerada como una institución de integración familiar.

Estas reformas dieron lugar a un incremento considerable del número de adopciones internacionales, por lo que España se vio en la obligación de ratificar tratados internacionales en materia de protección del menor, para reforzar las relaciones entre los diferentes Estados y de esta forma, pasa a formar parte del Convenio de la Haya de 1993 y de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, con el fin de cooperar con otros países por la seguridad del proceso adoptivo.

Las adopciones internacionales siguen aumentando progresivamente y da lugar a la necesidad de nuevas leyes en nuestro país, que protejan el beneficio del menor. Surge así la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo mayor progreso fue la introducción del requisito de idoneidad, encargado de estudiar cada una de las circunstancias que rodean a una familia concreta, para dirimir si esta es adecuada o no al menor. Además de plantear las funciones de las Entidades Públicas, junto a su importancia y la modificación del art. 9.5 CC, sobre el reconocimiento de efectos jurídicos.

Con todo esto, siguen existiendo lagunas en la materia de adopción, de hecho, hasta el año 2007 no existe ninguna ley que aúne todas estas normas, por lo que resulta difícil comprender todo el entramado; los aspectos de la adopción se encontraban dispersos en diferentes disposiciones como el CC, la LEC o la Ley de Jurisdicción Voluntaria (esta última importante a día de hoy por las continuas remisiones que hace la LAI). Surge con este propósito la Ley de Adopción Internacional, y es la propia Exposición de Motivos la que indica el objetivo de lograr una “normativa sistemática, coherente y actualizada” que tenga en cuenta los principios y valores asentados por los tratados internacionales y por nuestra Constitución, y considere la adopción como un mecanismo de protección del menor.

Esta Ley ha sido objeto de una única reforma a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; y además, cabe complementarla con el Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional.

### 3.2.3 Regulación autonómica

Veremos a continuación, la importancia de intervención de las Comunidades Autónomas, quienes tienen competencia a lo largo de la fase administrativa previa del proceso adoptivo en diferentes puntos. Cada Comunidad Autónoma, dentro de los límites dispuestos en la CE, está facultada para regular aspectos de la adopción.

Esta competencia viene conferida en base a lo dispuesto en el artículo 148.1.20 CE, que concede a las CCAA competencias en materia de asistencia social, sin que esto posibilite la elaboración de Derecho Internacional Privado en la materia, facultad exclusiva del Estado.

## 5. PROCEDIMIENTO DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA

Cualquier proceso adoptivo que tenga lugar en España debe desarrollarse a través de dos fases, una fase administrativa de competencia autonómica y una fase judicial de competencia exclusiva del Estado español. No obstante, antes de proceder a constituir una adopción internacional entre un nacional español y un extranjero, es necesario que el Estado español haya abierto esta posibilidad con dicho Estado.

Por lo tanto, un requisito previo a la constitución de adopciones es la apertura de la tramitación de expedientes (subapartado 1). Una vez configurada esta posibilidad, entran en juego dos posibles vías sobre las cuales tramitar todo el proceso según se lleve a cabo con países que han ratificado el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional hecho en La Haya en 1993, como es el caso de la India, Ecuador, China... y aquellos otros países que no forman parte del mismo.

### 4.1 **Iniciación, suspensión o paralización de la tramitación de expedientes de adopción internacional con un determinado país**

Antes de comenzar con la tramitación de expedientes de adopción con un determinado país, es necesario que la Administración General del Estado y en concreto la Dirección General de Servicios para las Familias y la Infancia, perteneciente al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, lleve a cabo varias cosas (art.4 LAI en relación con el art. 6 y 7 RAI)

El proceso para la iniciación de expedientes comienza con la solicitud de un informe al Ministerio de Asuntos Exteriores, UE y Cooperación, por parte de la Dirección General, que contemple los siguientes aspectos: legislación sobre adopciones del país de origen, es decir, del país del que es natural el menor a adoptar; la comprobación de que en dicho país existe

una autoridad que controla y garantiza la adopción en el mismo; la existencia de garantías jurídicas suficientes, así como la valoración de la experiencia obtenida por los principales países que hayan mantenido en trámite adopciones con ese país; y por último, el número de adopciones internacionales efectuado en los últimos tres años y el perfil de los menores adoptados. Esta información deberá ser remitida en el plazo de 1 mes como máximo.

Una vez recabada toda la información necesaria tanto del Ministerio de Asuntos Exteriores, UE y Cooperación, como de cualesquiera otros organismos que resulten necesarios al caso, la Dirección General podrá determinar el inicio de la tramitación de expedientes, previa consulta a las Entidades Públicas.

Al igual que se puede iniciar dicha tramitación, la Dirección General también puede determinar la suspensión o paralización cuando se incurra dentro de alguna de las circunstancias descritas al efecto en el artículo 4.2 de la LAI. Estas circunstancias se resumen en tres:

A. El país de origen del menor a adoptar está pasando por un conflicto bélico o un desastre natural. También denominada como “cláusula chadiana” por lo acaecido en el Chad entre 2007 y 2008, donde 103 niños fueron trasladados, en condición de huérfanos, por una organización francesa a su país, para proceder a su adopción y así cubrir la demanda adoptiva de familias francesas. El problema de lo acontecido radica en que esos menores bajo un velo de mentiras, no eran ni huérfanos ni sudaneses (país en guerra) como se hizo entender, sino procedentes del Chad<sup>11</sup>.

Lo que se trata de evitar con esta cláusula es el tráfico de menores aprovechando el caos producido por determinadas circunstancias especiales.

B. Cuando dicho país de origen no disponga de una autoridad encargada de controlar y garantizar las adopciones con todas sus medidas.

C. O que este país no pueda conceder las garantías adecuadas o estas no se acomoden al principio de interés superior del menor.

Cuando medie alguna de estas circunstancias, entonces se podrá proceder a la suspensión o paralización de las tramitaciones con ese país concreto. El procedimiento en estos casos es similar al de la iniciación del que hablábamos antes, es la Dirección General la que, previa consulta de la Comisión Delegada<sup>12</sup>, y recabando un nuevo informe del Ministerio de

---

<sup>11</sup> Vid. [https://elpais.com/diario/2007/11/06/internacional/1194303604\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/11/06/internacional/1194303604_850215.html)

<sup>12</sup> La Comisión Delegada de Servicios Sociales del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Creada por el Reglamento de Adopción Internacional.

Asuntos Exteriores, UE y Cooperación, determina la suspensión o paralización. No obstante, excepcionalmente la Dirección General podrá tomar esta decisión de oficio, cuando el país de origen del menor se halle dentro de la primera circunstancia expuesta o cuando la gravedad del asunto lo requiera; pero esta suspensión o paralización de oficio revestirá la forma de cautelar, es decir, requerirá de una posterior ratificación o levantamiento, para lo cual entra en juego la Comisión Delegada y se dispondrá de un plazo de 1 año a tal efecto.

A modo de dato, es importante saber de la existencia de criterios para establecer el número de expedientes a tramitar anualmente con cada Estado concreto, cuyo procedimiento se encuentra previsto en el Capítulo III del Reglamento de la Adopción.

## **4.2 Procedimiento adoptivo**

Son dos las fases por las que se desarrolla la adopción internacional; una fase administrativa, de competencia en mayor medida autonómica a través de las Entidades Públicas, que concluye con la emisión del certificado de idoneidad. Y una fase judicial, cuyo objetivo es la constitución de la adopción internacional, cuya competencia corresponde al juez español o al cónsul, en función de si se va a constituir en España o en el extranjero.

Antes de proceder a la constitución de la adopción (fase judicial) cabe hablar de la fase administrativa previa, y es esta nuestro objeto de desarrollo a continuación, para lo cual vamos a tomar principalmente como referencia el Reglamento de la Adopción Internacional, aprobado a través del Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo.

### *4.2.1 Fase administrativa previa*

Todo procedimiento de adopción internacional se inicia con una fase administrativa, pero ¿qué conlleva esta? La valoración de la idoneidad, junto con los condicionantes que se exigen previamente, así como la elaboración, por parte de la Entidad Pública competente, de la propuesta administrativa previa.

Tienen gran juego en este momento, las competencias otorgadas a las distintas Comunidades Autónomas, de forma que son estas quienes, tomando como referente las pautas legalmente contenidas en la LAI, incluyen algunas especialidades. Las competencias otorgadas a estos entes autonómicos son las de tramitar solicitudes de adopción, elaborar la propuesta previa o el certificado de idoneidad y llevar un control de la fase de seguimiento y post adopción.

Estas especialidades o puntualizaciones que añaden las Comunidades Autónomas para su propio territorio, lo que conlleva es la aparición de obstáculos que interrumpen el desarrollo

del proceso adoptivo. Es decir, el hecho de que las comunidades autónomas posean competencias en estos aspectos causa una dispersión normativa, cuya única solución es la delimitación de competencias, de lo cual se encarga sobre todo el Reglamento de Adopción Internacional, cuyo objetivo no es otro que homogeneizar un procedimiento estatal, para lo cual crea la Comisión Delegada, encargada de dotar de representación o aunar las decisiones o impulsos de las distintas autonomías.

Etapas de la fase administrativa previa:

#### A. Presentación de la solicitud de adopción

Lo primero y principal, antes de comenzar la tramitación del expediente, es la presentación de esa solicitud por parte de los adoptantes voluntariamente, es decir, tiene que mediar una voluntad por parte de los futuros padres adoptivos de querer comenzar dicho procedimiento, y para ello ha de dirigirse a la Entidad Pública competente en la materia, ubicada en la comunidad autónoma donde residan, en principio.

Decimos “en principio”, por lo mismo a lo que hacíamos mención antes; puesto que las comunidades autónomas son las que establecen los requisitos necesarios para considerar a sus órganos competentes al caso concreto, en este sentido algunas comunidades imponen la necesidad de poseer la residencia habitual dentro de su territorio, otras se conforman con el hecho de poseer residencia dentro de sus fronteras, aunque no sea estrictamente habitual, y existen otras comunidades que no contemplan ningún condicionante para que sus órganos sean competentes para tramitar un expediente de adopción (haremos referencia adelante). No obstante, antes de poder solicitar dicha apertura, es una obligación previa la asistencia a unas sesiones informativas y preparativas.

Estas sesiones informativas son también competencia de cada comunidad autónoma, pero el contenido es semejante, pues tratan de explicar lo que es la adopción internacional, lo que representa y todo lo que conlleva, así como los requisitos que se piden, trámites administrativos y dudas personales, en su caso. Están dirigidas hacia una reflexión profunda sobre la decisión que se va a tomar.

Una vez finalizadas estas sesiones y expedido el certificado correspondiente, ahora sí se permite la presentación de la solicitud de apertura del expediente ante el órgano competente autonómico, junto con todos los demás documentos que se requieran por la misma, y que han sido entregados o facilitado su acceso, al poner fin a las sesiones informativas.

En esta solicitud, además de rellenar un formulario con datos personales, se debe manifestar que se ha cumplido con los requisitos o condiciones para ostentar la condición de adoptante, exigidos por la legislación del país de origen del menor y los exigidos, para nuestro país, en las distintas legislaciones autonómicas. En este último caso, se debe manifestar que la Entidad Pública de la comunidad autónoma donde se acude es competente al caso (es a lo que nos referíamos al principio del apartado, entra en juego la variedad de requisitos exigidos por las distintas comunidades).

En Castilla y León estos requisitos para poseer válidamente la condición de adoptante se recogen en el Decreto 37/2005, de 12 de mayo, por el que se regulan los procedimientos administrativos y otras actuaciones complementarias en relación con la adopción; en concreto, en su artículo 7, sobre los requisitos de los solicitantes, se dispone además de cumplir con lo exigido por la legislación civil, poseer la residencia habitual dentro del territorio castellano leonés por un periodo mínimo de 6 meses al año y comprometerse a ser sometidos a estudios de valoración de idoneidad y a cumplir con los cursos de formación obligatorios al efecto. Como ya sabemos, estos requisitos añadidos a la legislación civil no son los mismos en otros lugares, por ejemplo, como pasa en Aragón, donde exige poseer la residencia habitual dentro de su territorio (art. 75.2 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón).

Los requisitos generales para ostentar la posición de adoptante, sin tener en cuenta lo que a estos añade cada comunidad, son los recogidos en el art. 175.1 CC; ser mayor de 25 años y poseer una diferencia de edad con el adoptando de entre 16 y 45 años.

No son solo estas dos cosas las que contiene la solicitud (cuestionario personal y cumplimiento de requisitos), es necesario además, la elección de la vía por la que se va a tramitar el proceso y el acompañamiento de cualquier otro documento exigido.

Presentada la solicitud de adopción, se abre entonces la posibilidad para inscribirse al curso de formación que organizan las Entidades Públicas de las CCAA, cuyo objetivo, en términos generales, es el mismo que el de las sesiones informativas y de preparación, hacer reflexionar a aquellos que quieren adoptar sobre todo lo que ello conlleva. Y una vez finalizado el curso, se puede proceder a solicitar el estudio psico-social, conocido como valoración de la idoneidad.

## B. Examen de idoneidad

Se entiende por idoneidad según el art. 10.1 LAI “*la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidad que conlleva la adopción*”. Es decir, en dicho examen se valora la capacidad de los adoptantes para poder garantizar al menor una vida digna acorde a sus necesidades y tomando en consideración los aspectos concretos del caso, es decir, la idoneidad no se concede en términos generales, sino para un caso individualizado y con un país determinado. La idoneidad es un concepto dinámico y relacional, que actúa poniendo en contacto la familia concreta que pretende adoptar, con el menor concreto a adoptar, y en función de las características del menor se determinan los aspectos que deben reunir los solicitantes para ser adecuados, lo cual implica que para un determinado menor, no cualquiera será apto (STSJ de Cataluña 9226/2012)<sup>13</sup>.

Las circunstancias objeto de estudio son las incluidas en el apartado 2 del art. 10 LAI, la situación personal, familiar, social y cultural de los adoptantes así como las capacidades para el establecimiento de relaciones estables, habilidades educativas... y como novedad introducida por la Ley 26/2015, es necesario tomar en consideración la opinión de los hijos comunes a los futuros padres adoptivos, puesto que estos verán modificado su entorno familiar a raíz de dicha decisión, es decir, el principio de protección del menor no únicamente se analiza sobre el menor que va a ser adoptado, sino también sobre los menores que pudieran verse afectados por dicha decisión, como son los hijos.

Es competencia de las Entidades Públicas competentes, dentro de las Comunidades Autónomas, la emisión del certificado de idoneidad, pero el estudio o examen psico-social, se puede llevar a cabo por dos vías, a través de profesionales públicos, pertenecientes a la propia administración, o a través de profesionales privados, admitidos para la realización de estos estudios por la suscripción de convenios de colaboración.

Una vez efectuados dichos estudios, estos profesionales determinan la idoneidad o no de las personas que se ofrecen para adoptar, pero no basta con esto, puesto que como hemos dicho antes, es competencia de la Entidad Pública la emisión del certificado de idoneidad (Art. 5.1.d) LAI), por lo tanto la última palabra la tiene esta entidad.

En la sentencia a la que hicimos referencia, se muestra muy bien un supuesto en el cual se denegó el certificado de idoneidad a una pareja, que tras haber sido declarados, en un primer

---

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm.9226/2012.

momento, idóneos para la adopción de un menor de edad inferior a 3 años, el país de origen (Bolivia) cambió esta edad a mayores de 5 años, por considerarla esta más adecuada con los futuros padres adoptivos. Este simple cambio de circunstancia, fue lo que llevó a la autoridad catalana a realizar una nueva valoración y posteriormente a denegar dicha idoneidad, con apoyo en otras tres cosas: la simple y evidente consideración de la mayor dificultad de integración y adaptación que se muestra cuanto mayor sea el menor adoptando; la intención que habían manifestado los adoptantes de querer un menor de muy corta edad, sin ningún problema físico y psíquico; y en todo caso, los informes periciales, en los que se hacía constar que la futura madre adoptiva no superaba un test de aptitud. Por todo esto, dictamina el tribunal no ser aptos para el cuidado de un menor de edad de 5 años, que por su mayor grado de consciencia que uno de 3 años, como era al principio, podría desarrollar mayores problemas de adaptación, ante lo cual no se podría garantizar una buena respuesta y por tanto, no se estaría realizando en pro del interés superior del menor.

Son dos las posibilidades a tomar, la idoneidad o no. En caso de proceder a declarar la idoneidad, esto quiere decir que las personas oferentes son aptas o están capacitadas para adoptar en España, lo cual no muestra que vayan a ser aptas en el país de origen del menor, es decir, esta idoneidad no es una garantía plena de la constitución, simplemente es un paso más de un proceso dificultoso. Se inscriben en el Registro de Familias para la Adopción de la CCAA.

Ahora bien, esta idoneidad no es permanente, tiene un tiempo de validez determinado en tres años, lo cual quiere decir que si pasados esos tres años no se ha constituido la adopción, se requerirá una nueva valoración de las circunstancias. Y no solo en este caso se requiere un nuevo estudio, también será propio un nuevo examen, cuando se produzca algún cambio importante dentro de la situación de los adoptantes, de tal relevancia que requiriese una nueva apreciación o su toma en consideración (por ejemplo, la tenencia de un hijo biológico, una enfermedad, separación de la pareja...).

En caso de que no se conceda la idoneidad, al igual que pasaba antes, esta decisión tampoco es definitiva o permanente, puesto que se permite volver a solicitar una nueva valoración una vez eliminadas aquellas circunstancias que conllevaron la no aptitud. Y además, existe la posibilidad de recurrir ante el Juzgado de 1º Instancia.

### C. Tramitación de la adopción

Como ya adelantamos al comenzar el epígrafe, son dos las vías de tramitación en función de si el país con el que se relaciona en el proceso adoptivo es miembro del Convenio de La Haya



de 1993, o no. De esta forma la vía de desarrollo será la prevista en el propio Convenio o en la Ley de Adopción Internacional. No se trata de dos procesos distintos, puesto que ambos son bastante similares, simplemente son dos regulaciones aplicables que rigen según la situación de los países que intervienen.

- Según el Convenio de La Haya de 1993

Se lleva a cabo en seguimiento del principio de cooperación y comunicación entre las Autoridades Centrales de cada Estado, siendo los propios Estados los obligados a designarlas y a comunicarlo a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya (arts. 6 y 13 del Convenio). Esta Autoridad Central es a nivel estatal, no obstante, continúa el artículo haciendo referencia a aquellos países en los cuales el Estado se compone de subunidades territoriales con sistemas jurídicos distinguidos. Para estos Estados, el Convenio permite la designación de más de una Autoridad, y eso es lo que sucede en España, donde tenemos tantas Autoridades Centrales competentes en materia de adopción, como Comunidades Autónomas.

En España contamos por tanto con 17 Autoridades Centrales a nivel autonómico que coexisten con una Autoridad Central estatal, la Dirección General, encargada de remitir la información entregada por las entidades autonómicas a las autoridades centrales del país del menor, es decir, actúa como “intermediario” o “recadero”, lo cual tampoco es beneficioso, puesto que funciona en contra del principio de comunicación directa y además, alarga el proceso. A nivel autonómico, estas Autoridades Centrales se equiparan con las Entidades Públicas de las que venimos hablando, competentes en materia de protección de menores.

La función principal de estas Autoridades, es el intercambio fiable de información y cualquier otro aspecto que sea necesario durante el procedimiento de la adopción, velando en todo caso por el interés del menor y todos los demás principios. Pero para esta labor no están solos, pueden delegar funciones a otros órganos, los Organismos Acreditados.

De forma paralela a lo que venimos diciendo en las fases anteriores, es la Autoridad Central de la Comunidad Autónoma la encargada de recibir la solicitud de adopción, realizar el informe sobre los aspectos psico-sociales, familiares, culturales... (idoneidad) y remitirlo en su conjunto a la Autoridad Central española, quien a su vez lo remitirá al Estado de origen del menor, quien lo estudiará detalladamente prestando atención sobre todo, al hecho de que los padres hayan sido asistidos profesionalmente e informados de todos los aspectos que desencadena el proceso, además de comprobar que en caso de que se proceda con la

adopción, el menor vaya a poder residir permanentemente en el país de destino. Una vez apreciados todos estos aspectos, la Autoridad Central del país de origen del menor procede a remitir un nuevo informe con los datos del menor que haya sido pre asignado a una familia concreta.

El informe de pre asignación no quiere decir que ese sea el menor que va a adoptar la familia, ya que aunque esta no tiene opción de elegir el menor, sí que tiene la posibilidad, una vez recibido el informe, de aceptar la continuidad de la adopción, o no. Se requiere la conformidad tanto de la familia con el menor, como de las propias Autoridades Centrales entre ellos. Si este acuerdo no se logra, el proceso adoptivo queda impedido para continuar, es decir, el informe no llegaría ni a la familia y se enviaría la renuncia al estado de origen del menor, con el fin de iniciar un nuevo proceso para con otro menor más adecuado a las circunstancias de la familia.

Existe una diferencia evidente entre el rechazo del informe de pre asignación dado por la Autoridad Central del Estado donde residen quienes se ofrecen a adoptar y los propios oferentes, ya que si bien, para el primer caso la consecuencia de la renuncia es la posibilidad de abrir un nuevo proceso de pre asignación, en el caso de que sean los propios oferentes quienes rechazan el menor pre asignado, esto conlleva la posibilidad de que el estado de origen del menor se niegue a abrir otro proceso. La razón de esto está, ni más ni menos en el interés del menor; las autoridades que rechazan la pre asignación se basan en la seguridad del menor, no en los intereses familiares de los oferentes, mientras que la familia que rechaza el menor asignado puede tener muchos más móviles que no sean necesariamente en pro del menor, además de dejar entrever una inseguridad con la adopción.

- Según la Ley de Adopción Internacional

Este procedimiento, no es como tal una forma distinta de tramitación con respecto al Convenio, pues la propia Ley de Adopción Internacional, en su artículo 9, se refiere expresamente a la obligación de aplicar las formalidades del Convenio de La Haya “aunque no sean parte del mismo”. Por lo tanto, la forma será la misma, se llevará a cabo entre Organismos Acreditados (OOAA), cuya relevancia en estos casos es mucho más pesada, ya que no entran en juego las Autoridades Centrales, siendo esta la principal diferencia entre países contratantes del Convenio y los que no lo son.

Los Organismos Acreditados son órganos creados con el objetivo de intermediar en las adopciones internacionales en aquellos países de origen del menor donde, por no ser parte

del Convenio de la Haya, no existen Autoridades Centrales que faciliten la comunicación entre ellos. Pero para poder ostentar esta condición, no cualquier órgano puede hacerlo, en todo caso, deberá de tratarse de órganos sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea la protección de los menores; ostente domicilio social en España y representación en el país extranjero donde se van a asentar o con el que van a mantener relación de intermediación; cumplan las funciones previstas en la resolución de acreditación del mismo; y reúnan una serie de requisitos económicos previstos en el art.19 del RAI, además de ser sometidos a un proceso de asignación previsto en este texto.

Estos Organismos Acreditados, cuyo funcionamiento y regulación se encuentra prevista en la LAI con desarrollo en el Reglamento de la Adopción, funcionan de igual forma para el caso de países contratantes del Convenio; es decir, cuando los países en juego sean parte del Convenio y sus Autoridades Centrales decidan delegar funciones hacia OOAA, estos órganos deberán de haber seguido el mismo proceso.

En el caso que sea, y se lleve a cabo esta tramitación a través de la regulación que sea, este apartado termina con la aceptación o rechazo del informe de pre asignación por parte de la Autoridad competente española y de la familia adoptante (Vid. epígrafe anterior). Pues bien, para el caso en el que el proceso de adopción continúe tras la aceptación, se viene la fase de viaje por parte de la familia al país de origen de menor, dicho viaje es siempre obligatorio ya que sirve para confirmar que la adopción se va a realizar en interés del menor. Una vez terminado esto, ahora sí que sí, comienza la fase judicial, la de constitución de la adopción.

#### *4.2.2 Fase judicial*

La adopción no deja de ser un proceso que culmina con una decisión judicial, será el juez en todo caso, el que constituya o no la adopción, apartado que analizaremos minuciosamente a continuación. En España es de competencia exclusiva de los Tribunales y Juzgados españoles, por lo tanto es competencia del Estado y no de las Comunidades Autónomas.

## 6. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

### 5.1 Consideraciones generales

Cuando hablamos de competencia judicial internacional nos estamos refiriendo a aquellas cuestiones surgidas en el ámbito de las relaciones privadas de tráfico jurídico externo, cuyo conocimiento y análisis corresponde a los órganos jurisdiccionales de un Estado concreto. Dicho de otra forma, la competencia judicial internacional va a tratar de establecer un compendio de normas para indicar en qué casos y bajo qué circunstancias, van a poder conocer los órganos judiciales de un Estado, de un determinado asunto (en nuestro caso estudiaremos cuando conocen los Tribunales y Juzgados españoles).

No obstante, para poder entender profundamente todo lo que engloba esta competencia judicial internacional es necesario reducir la burbuja de estudio y limitarnos por un momento al ámbito interno estatal, donde cabe hacer mención a dos conceptos que aunque parecidos, muy diferentes entre sí, como son la jurisdicción y la competencia. Dentro de este ámbito, la jurisdicción no es otra cosa que la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado por parte de los tribunales indicados por las normas de competencia (artículo 117.3 de la Constitución Española); mientras que la competencia, hace referencia a la concreta facultad de los propios tribunales para conocer de un determinado asunto, es decir, sería la facultad de un tribunal para ejercer su jurisdicción.

Dicho esto y trasladándolo al ámbito de nuestro estudio, la competencia judicial internacional sería el conjunto de ambos conceptos, de forma que sus reglas estudian si los órganos jurisdiccionales de un Estado poseen jurisdicción en un asunto concreto de tráfico jurídico externo.

En principio y salvo tratados internacionales u otros acuerdos de los que forme parte España, las normas que rigen la competencia judicial internacional son de marcado carácter unilateral y atributivo, lo cual quiere decir que cada Estado, en el ejercicio de su soberanía, es libre para fijar la extensión y límites de su propia jurisdicción, pero nunca para pronunciarse sobre la competencia de los tribunales de un Estado extranjero, ya que esto supondría un entrometimiento grave en la soberanía estatal de aquel estado, pues afectaría al poder judicial del mismo. Dicho a la inversa tampoco sería posible, es decir, no sería viable justificar la

competencia de un Estado en base a las normas de competencia de un Estado extranjero; por lo tanto, es importante mencionar el carácter territorial y exclusivo de estas normas.

Ahora bien, la unilateralidad de estas normas y su carácter atributivo es la regla general, pero no la única, puesto que estas normas internas se aplicarán en defecto de tratados internacionales y otros convenios bilaterales. De esta forma, los Estados pueden cooperar entre ellos para la suscripción de textos de aplicación preferente frente a la normativa de cada Estado, de forma que se asienten normas que distribuyan la competencia en determinados asuntos entre los países que sean parte del mismo.

Esta amplia libertad que se otorga a los legisladores estatales para determinar su competencia judicial internacional, aunque teóricamente son pocas las limitaciones que les acontecen, en la práctica son conscientes que no se puede dejar de lado, cuando intervenga algún elemento de extranjería, la existencia de otros Estados y el vínculo que puede tener el asunto con los mismos. Por ello, a la hora de la elaboración de dichas normas, España en concreto se inspira en el principio de proximidad, pero esto lo veremos más adelante cuando hablemos de la materia específica de nuestro estudio, la adopción internacional.

Antes de comenzar con nuestro tema central, cabe referirse a una última cuestión sobre el sistema de competencia judicial internacional español, los foros competenciales. Estos foros, no son otra cosa que las circunstancias a través de las cuales, se va a dirimir si el asunto puede ser objeto de conocimiento de los tribunales españoles, o no; se trata por tanto, de las condiciones para atribuir la competencia judicial internacional a España.

## **5.2 Marco regulatorio**

A colación de lo que veníamos estudiando en cuanto el procedimiento de la adopción internacional, decíamos que constaba de dos fases principales, la fase administrativa y la fase judicial. La administrativa previa a la constitución es la que ya explicamos en términos más o menos generales en los apartados anteriores, correspondiente a las autoridades administrativas de los organismos de las comunidades autónomas, por lo tanto, corresponde ahora explicar esa segunda fase, la judicial, que se identifica con la constitución de la adopción internacional, pero antes de pasar a esta explicación es necesario abordar el marco jurídico regulatorio de la competencia.

La adopción es un acto de jurisdicción voluntaria, por lo tanto, se caracteriza por no haber contradicción de partes, es decir, se separa de la regulación procesal común, por el hecho de que en dichos asuntos no media una dualidad entre dos o más partes contrapuestas, tiene un

marcado carácter unilateral. Esta ausencia de dualidad o contradicción conlleva la eliminación en nuestro tema, de los foros en los que opera la sumisión de las partes, puesto que no hay dos partes contrapuestas y también, del foro en función del domicilio del demandado, por lo mismo que antes, no medían las figuras de demandante, ni demandado; en la adopción internacional, simplemente se trata de buscar una solución en pro de dos partes, una que se ofrece a adoptar y un menor adoptable, pero que en ningún caso son contrapuestas. Ambas partes, incluso los Estados, buscan la consecución de la adopción como medida de protección del menor.

Consecuentemente, estos actos se van a regular o van a estar sometidos a la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV). En lo que nos interesa, enfocado al ámbito del derecho internacional privado, la LJV dedica el título primero; capítulo I “Normas de Derecho internacional privado” (arts. 9 a 12).

Concretamente, el artículo 9 LJV define la regla general de competencia judicial de los Tribunales y Juzgados españoles, y viene a expresar que estos serán competentes cuando medien los foros de competencia internacional recogidos en tratados u otras normas vigentes en España. Para el caso en el cual no exista norma en vigor en España o tratado que regule la competencia internacional en el asunto concreto, continua este artículo haciendo referencia a la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), puesto que será este cuerpo legal quien otorgue las pautas para conceder o no la competencia a nuestro Estado.

En el asunto que nos compete- la adopción internacional-, no existe ningún tratado del que forme parte España que hable de la competencia, ya que el Convenio de la Haya de 1993, exclusivamente en lo que al ámbito internacional se refiere, hace mención del reconocimiento y los efectos de la adopción, sin expresar nada sobre la competencia de las distintas autoridades. Por tal motivo, y como ya justificábamos anteriormente, a la hora de determinar la competencia de los Juzgados o Tribunales españoles habrá que estar a lo dispuesto en el Libro I, Título primero “De la extensión y límites de la jurisdicción” de la LOPJ.

Este título se encarga de establecer una serie de foros que otorguen la competencia a los Juzgados y Tribunales españoles. De esta forma, tras disponer la regla general en su artículo 21, consistente en el conocimiento por los tribunales españoles de aquellas pretensiones que se susciten dentro de su territorio conforme a las reglas y tratados de los que España sea parte, continua distinguiendo entre modalidades de foros.

Identifica en el art. 22 LOPJ los foros exclusivos, continua en el art. 22 bis con los de sumisión, tanto expresa como tácita, en el apartado ter de este mismo artículo hace mención al foro del domicilio del demandando para cuando no entre en juego ninguno de los anteriores, y por último y hasta terminar el artículo 22 con el apartado “nonies” ira estableciendo circunstancias concretas que medien en defecto de todas las que les precedan. En lo que a nosotros nos interesa, dedica el artículo 22 quater, apartado e) y lo que hace es remitir la competencia de los tribunales españoles a lo que dispongan las normas de la LAI.

Cuando mencionamos “siempre y cuando no medie alguna circunstancia de las previstas en los artículos anteriores”, en la adopción internacional no es relevante puesto que como decíamos antes no va a ser posible, pues ni se trata de una materia exclusiva del estado español, ni pueden entrar en juego los foros de sumisión, ni del domicilio del demandado, por lo tanto en materia de adopción, entra directamente en juego el artículo 22 quater.

En resumen de lo anterior, la única ley que contempla alguna norma sobre competencia judicial internacional en la adopción internacional de los tribunales españoles es la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Esta Ley trata de establecer unas pautas de competencia, tanto en materia de constitución de la adopción, como en el tema de modificación, revisión, declaración de nulidad o conversión en plena, esto último modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Y es a este contenido, al análisis de la LAI en materia de competencia (arts. 14 a 17) a lo que nos vamos a dedicar a continuación.

### **5.3 Competencia judicial internacional para la constitución por un juez español**

Antes de analizar la competencia de los jueces españoles, es necesario hacer un análisis sobre las formas de constitución que se pueden dar en función del lugar de la misma. Distinguimos dos lugares donde se va a poder constituir, bien en España a través de los jueces y tribunales, o bien en el extranjero, por parte de los órganos determinados por la regulación del propio país, que podrá otorgar dicha facultad, no necesariamente sobre órganos judiciales como hace nuestro Estado, sino también en órganos administrativos, por lo tanto, habría que estar a la regulación del Estado extranjero de origen del menor para determinar el órgano competencial al caso. No obstante, esta no es la única opción para la constitución de una adopción internacional fuera del territorio español, ya que cuando se den los casos recogidos en el artículo 17 y el estado extranjero lo permita, podrán ser los cónsules españoles dentro

de su demarcación, los encargados de formalizar la adopción, pero esta última opción la veremos más adelante con detenimiento.

En lo que nos concierne ahora, la competencia de los jueces y tribunales españoles, cabe estar a lo dispuesto en el artículo 14 principalmente, que es el encargado de determinar los foros competenciales o dicho de otro modo, el que dispone las circunstancias o las características que debe reunir un caso de adopción internacional para que “en principio” los órganos españoles puedan conocer sobre el mismo.

Dice este artículo así; *“Con carácter general, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la constitución de la adopción en los siguientes casos:*

- a. Cuando el adoptando sea español o tenga su residencia habitual en España.*
- b. Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España”.*

Son cuatro los foros existentes: el de la nacionalidad, tanto del adoptante como del adoptando, y el de la residencia habitual de cada uno de ellos. De forma que, en el momento que uno de estos se dé, los tribunales españoles se podrán declarar competentes, es decir, en principio bastaría con que los adoptantes tuvieran nacionalidad española (por ej.) para poder acogerse a la jurisdicción de nuestro Estado, aunque no mediara ninguna otra circunstancia más.

“En principio” bastaría con la consecución de uno de los foros, pero no todos presentan la misma conexión con España, por lo que habrá que estar a los casos concretos para evitar la creación de foros exorbitantes, que en todo caso actuarían en perjuicio del principio de protección del menor y en la consecución de adopciones claudicantes.

Es el propio artículo el que abre la puerta a posibles excepciones, al comenzar la redacción del mismo con la expresión “con carácter general”, y estas particularidades se basan o mejor dicho, se fundamentan en el principio de conexión mínima, al cual se hace referencia en la Exposición de Motivos de la propia LAI. Lo que dice el legislador en esta parte es que los foros recogidos en el art.14 y siguientes, han sido desarrollados en base a este principio, por tanto, para que los tribunales españoles se declaren competentes en el caso concreto deberá estar “mínimamente conectado con España”<sup>14</sup>. Dicho a la inversa, el legislador viene a

---

<sup>14</sup> Exposición de Motivos LAI página 3 “inspirada en el principio de conexión mínima, una autoridad española no debe proceder a la constitución [...] de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España”.



expresar que a pesar de la concurrencia de alguno de los foros, cuando no haya una relación mínima, no deberán ser competentes.

El problema se halla ahora en desarrollar este principio puesto que el legislador en la LAI lo ha dejado ausente de contenido y por ello, habrá que acudir a la doctrina y al desarrollo jurisprudencial para tal efecto. No obstante, parece entenderse desde el punto de vista léxico, tal y como dice Ortiz Vidal en su trabajo que este criterio de conexión mínima no tiene por qué identificarse con el de conexión razonable, de hecho a la hora de desarrollar el capítulo I del Título II sobre la competencia judicial internacional, el legislador dispone unos foros que ya de por sí presentan una conexión mínima con España (nacionalidad y residencia habitual), por lo tanto y como ya desarrollaremos más adelante, habrá que estudiar la razonabilidad de los foros en cada caso para deducir la competencia o no de los tribunales españoles<sup>15</sup>.

Por el momento describiremos cada uno de los foros expuestos, caracterizados por su marcado subjetivismo, es decir, basados en circunstancias de las propias personas por ser estas en torno a las cuales gira todo el proceso, por lo tanto, carecería de sentido tomar en consideración foros que atendieran a circunstancias objetivas, que en todo caso no plasmaban la verdadera conexión entre los sujetos intervinientes con un Estado.

### 5.3.1 Foros de nacionalidad

La nacionalidad representa una relación real con España puesto que indica un arraigo a la cultura y comunidad española de la que no se han querido deshacer por el momento, salvo el caso de las “nacionalidades latentes”<sup>16</sup>, por lo que podría justificarse el conocimiento por los propios tribunales. No obstante, estos foros presentan muchas dudas puesto que en una gran mayoría de casos dan lugar a foros exorbitantes o a la constitución de adopciones claudicantes, sobre todo cuando el nacional sea el adoptante y no el adoptado, y cuando se presenten como circunstancias aisladas, es decir, que no medie la residencia habitual dentro del territorio. La justificación de este tipo de foro está, como hemos mencionado antes, en el hecho de que no cierra la puerta de regresar a España en un futuro, pero en mi opinión y para el caso de las adopciones cuyo fundamento principal es la protección del menor, no es

---

<sup>15</sup> ORTIZ VIDAL, M-D., “La adopción internacional tras la Ley 26/2015”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp.127- 132.

<sup>16</sup> CALVO CARAVACA, A-L/ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Adopción internacional y competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 de adopción internacional”, *Estudios de Deusto*, vol. LVI, núm. 2, 2008, pp73-104, esp. p. 86.

un foro suficiente, pues resulta irrelevante al fin perseguido que la persona adoptante se sienta unida a España por este medio; es por todo esto, por lo que habrá que estar a los casos concretos para dirimir sobre la competencia española, sobre si el caso presenta suficiente relación con el Estado.

Cuando el nacional sea el adoptado, en este caso, aunque sigue siendo muy débil la relación, sí que supera la razonabilidad del caso anterior, puesto que gira en torno a la persona protagonista de la adopción, la persona que va a ser adoptada y cuya protección se persigue. Por ello es un foro previsible para todos los participantes, lo cual permite reducir los costes de información que podrían surgir para la determinación del tribunal competente.

### *5.3.2 Foros de la residencia habitual*

Estos dos son mucho más previsibles y razonables que los anteriores, pero antes de pasar a describir cada uno de ellos, es necesario examinar el concepto de residencia habitual, o lo que viene a ser lo mismo a efectos civiles, el domicilio (art. 40 CC). Ahora bien, este artículo únicamente se ocupa de equiparar domicilio y residencia habitual, sin especificar nada más acerca de las características de estas figuras, por lo tanto, tendremos que acudir a la doctrina para lograr sacar en claro un concepto<sup>17</sup>. Se entiende por tal, el lugar donde se mantiene el centro de intereses tanto social, como familiar, así como donde se desarrolla la mayor parte de la vida de una persona.

Cuando se trate de la residencia habitual en España de los adoptantes, la relación con el Estado es obvia, puesto que es el centro donde los futuros padres adoptivos mantienen su centro de interés y donde en principio, va a comenzar una nueva vida el menor adoptado, por lo tanto, se trata de un foro con “proximidad anticipada”, porque toma en consideración la ubicación de la futura residencia habitual del menor que vaya a ser adoptado.

Por último, en el caso de residencia habitual en España del menor adoptando. Este es el foro más apropiado y el que más conexión con España mantiene, esto se debe a que las autoridades españolas son las más próximas al menor, puesto que es dentro de su territorio, donde el menor desarrolla su vida social. De modo que, a la hora de obtener información sobre el tribunal competente, así como datos relativos al menor, la previsibilidad del mismo

---

<sup>17</sup> ORTIZ VIDAL, M-D., “La adopción internacional tras la Ley 26/2015”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p.130. ARENAS GARCÍA, R./ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 17, 2009, p.10. GÓMEZ CAMPELO. E., “Los perfiles de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de adopción internacional”, Revista Electrónica de Estudios Internacional, núm. 18, 2009, p. 19.

hace que los costes de información y de litigación se reduzcan. Además de esto, hablaremos de residencia habitual del menor dentro del territorio español, cuando con el propósito de constituir la adopción, el sujeto haya sido trasladado con anterioridad a nuestro Estado, es decir, se apreciaría que el menor tiene residencia habitual dentro de nuestro país desde el momento en que llega a España con ese objetivo. Esta última apreciación, daría lugar a una concepción flexible del significado de “residencia habitual”, ya que en estos casos, a pesar de no ser España el país donde el menor mantiene su centro de vida, se entiende que este territorio será el lugar donde en un futuro desarrolle su vida, luego juega en pro del interés del menor.

Todas estas circunstancias a las que nos referimos, tanto en lo relativo a la residencia habitual, como en lo que dijimos en el apartado anterior sobre el foro de nacionalidad, han de ser estudiadas y determinadas en un momento concreto, siendo este el previsto en el art. 14.2 LAI. Se refiere este precepto al momento de “presentación del ofrecimiento para la adopción a la Entidad Pública”, es decir, el momento en el cual o bien el solicitante cuando estuviera legitimado y no fuera necesaria la propuesta previa, o bien la Entidad Pública, redactan por escrito la decisión de adoptar, junto con las condiciones previstas en el art. 35 de la LJV.

### *5.3.3 Valoración y críticas del sistema de competencia judicial internacional en la adopción*

Esta opción de política legislativa por la que ha optado nuestro Estado presenta sus pros y sus contras. Respecto a las ventajas, el hecho de la amplitud de los foros de competencia españoles, a pesar de conllevar una excesiva carga de trabajo judicial, presenta grandes beneficios en relación a los menores desamparados pendientes de adoptar, puesto que posibilita la constitución de un mayor número de adopciones internacionales, lo cual en todo caso beneficia al menor, por ser la adopción una forma de integración completa dentro de un nuevo entorno familiar. Explicado a la inversa, quiere esto decir que de haber optado por foros más restrictivos, el número de adopciones que de primeras el tribunal español podría constituir, sería muchos más reducido, porque no sería competente para tantos casos.

En cambio, el hecho de que se admita un gran número de casos debido a la amplitud de los foros existentes en la regulación española nos puede llevar a un resultado absurdo y contradictorio como es la aparición de foros exorbitantes que en todo caso actuaría en contra de lo que se trata de proteger con dicha institución, el principio del interés del menor, y por ende, la contradicción del principio inspirador de todo el sistema de competencia judicial internacional, “el principio de conexión mínima”. Estos foros, en principio, entrarían en

juego cuando aun no existiendo una vinculación lo suficientemente intensa como para considerarla adecuada, mediara alguna de las causas contenidas en el art. 14 LAI.

La solución a estos efectos no tan convenientes para la protección del menor, no es otra sino la minimización de los propios criterios, por parte de los tribunales, a través del desarrollo judicial atendiendo al fin de cada caso; es decir, los criterios del art. 14 LAI funcionan con carácter general, pero como bien decíamos antes, esta expresión abre la puerta a excepciones, que no son otras que las propias restricciones de los foros para cuando no se manifiesta una vinculación con el Estado español.

Esta posibilidad restrictiva se expresa ya en la Exposición de Motivos, en la cual se revela un significativo mandato dirigido a los jueces y tribunales españoles que viene a impedir la constitución, modificación o declaración de nulidad de aquellas adopciones que no estén estrechamente conectadas con España.

La base legal para la restricción de los foros que aparezcan al caso concreto, como exorbitantes, se encuentra prevista en el artículo 24 de la Constitución Española sobre la tutela judicial efectiva, dirigido al resguardo de la equidad del proceso y al acceso al tribunal adecuado predeterminado por la ley, por lo que un foro exorbitante estaría condenado a la expulsión del sistema.

El artículo 24 CE marca dos límites en la competencia judicial internacional a nivel general. El primero, que no se puede denegar el acceso a los tribunales españoles cuando se reclame ante estos la tutela de unos intereses vinculados con España. Y en segundo lugar, la limitación de los tribunales para no obligar el acceso a los mismos cuando no exista suficiente vinculación con el caso.

No obstante, entre estos dos extremos, cabe un amplio margen de posibilidades dentro de las cuales el legislador actúa libremente y es por eso por lo que venimos diciendo que hay que centrarse en los casos concretos para estudiar la conexión. Dicho esto, dentro de la adopción internacional, por cuanto el caso concreto derivado a los tribunales españoles, no respete la previsibilidad de los mismos o no tenga suficiente conexión, entonces se estaría convirtiendo el foro normal en exorbitante, y con ello en inconstitucional, dado que no respetaría el artículo antes mencionado. En palabras del Garcimartín Alférez “si el vínculo es manifiestamente irrazonable la norma es inconstitucional”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> GARCIMARTÍN ALFEREZ, F-J., “¿Cabén reducción teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional?”, *REDI*, 1995 (II), vol. XLVII, pp. 122-135, esp. p.123.

Este artículo no es la única forma para justificar la facultad de los jueces de restringir los foros sobre adopción, pues acudiendo al principio de eficiencia también encontramos un argumento a favor. Según el mismo, el Estado que debe conocer de un asunto debería ser aquel que más cerca esté de recabar toda la información necesaria, lo cual reduciría los costes de información, por lo que si el Estado español no se considera el más cercano, debería apartarse, ya que esto indirectamente significaría la falta de un vínculo razonable y en consecuencia, la desconsideración del principio de conexión mínima. Este razonamiento es también la causa por la cual la adopción internacional toma en consideración foros subjetivos y no objetivos, ya que se revela una cercanía entre las personas que intervienen y el Estado español, más real.

Las particularidades de todo este entramado que conlleva la competencia judicial internacional se encuentra en la forma en la que se ordena todo este sistema en la legislación española y las características de las propias normas que contiene. Debido a la imposibilidad de regular todos los casos que pueden surgir en el ámbito de cualquier materia, en nuestro caso de la adopción, el legislador ha decidido disponer unas normas de carácter más bien rígido aunque con excepciones, que afecten a las relaciones en general, es decir, la rigidez de sus normas de ninguna manera limita la aparición de cláusulas de flexibilización. En la adopción internacional esta cláusula es conocida como “cláusula de desvinculación”. La forma de actividad de esta no es otra que a través de un desarrollo judicial del art. 14 LAI atendiendo a la finalidad de los casos concretos, de forma que si la autoridad española concibiera la falta de vinculación con el caso, no se declararía competente.

Se trata de un proceso de depuración que limita la amplitud de los foros sin invadir las competencias legislativas en base a la Exposición de Motivos, ni la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, que acaba con el problema de los foros exorbitantes que actúen en perjuicio del menor.

Recapitulando, la única forma de hacer frente a la aparición de los foros exorbitantes es conceder a los jueces y tribunales españoles la facultad para poder restringir, en los casos que estimen convenientes, cuando la vinculación del caso con España no sea del todo intensa, los foros contenidos en la LAI. La justificación de esta restricción y la base legal para evitar un entrometimiento de los tribunales en las competencias legislativas esta como ya dijimos en la Exposición de Motivos de la propia Ley. Esta facultad de los tribunales se lleva a cabo a través de lo que en Derecho Internacional Privado se conoce como “cláusula de desvinculación”.

#### 5.4 Competencia para la constitución de una adopción por los cónsules españoles

La adopción consular no es otra cosa que la adopción cuya constitución es concluida por la autoridad consular competente según la demarcación territorial en la que actúe y en la que se encuentre el menor. Tiene su origen en la época colonial americana, cuando su creación fue necesaria para la constitución de adopciones en países donde no se contaba con autoridades que controlaran esta labor y ha sido mantenida hasta nuestros días, a pesar de la multitud de críticas vertidas en ella y de su escasez práctica.

Se encuentra recogida en nuestra regulación dentro del Título II, Capítulo I, artículo 17 LAI. Y las condiciones que marca esta disposición, son las que siguen.

Lo primero y esencial es que el consulado español debe gozar de competencia internacional a tal efecto, y para ello habrán de cumplirse cuatro cosas:

- A. Que el Estado local o aquel en cuyo territorio se halle la residencia del menor adoptando, no se oponga ni haya prohibido esta facultad de los cónsules.  
Esta facultad de prohibición y oposición se encuentra prevista también en el art. 5.f del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares.
- B. Que el adoptante ostente la nacionalidad española.
- C. Que el adoptando posea su residencia habitual dentro de la demarcación consular pertinente. Se habla de “residencia habitual” sin referirse en ningún momento al “domicilio” del menor, como hacia el antiguo art. 9.5 CC, lo cual clarifica mucho el entendimiento y evita el surgimiento de la duda sobre la ley que debería aplicarse para averiguar la noción de domicilio en cada caso.
- D. Y por último, solo podrá acudir a este tipo de adopción, cuando no se requiera propuesta previa de la Entidad Pública correspondiente. Las circunstancias en las cuales no se requiere esta propuesta previa son las recogidas en el art. 176.2 del Código civil, y se resumen en las cuatro siguientes: que el adoptando sea (1º) huérfano y mantenga una relación con los futuros adoptantes en tercer grado por consanguinidad o afinidad; (2º) que se trate del hijo del cónyuge o relación análoga del que pretende adoptar; (3º) haber estado bajo guarda o tutela de ese adoptante por más de 1 año con propósito de proceder a la adopción; y por último, (4º) que el adoptando sea mayor de edad o emancipado. El artículo 17 de la LAI únicamente se refiere a las condiciones primera, segunda y cuarta, sin mencionar nada sobre la tercera.

Los aspectos 2 y 3, tal y como se dice en el artículo de la LAI, han de estudiarse en el momento de inicio del expediente de adopción. Este momento es el descrito en el art. 35 LJV (ley a la que remite el apartado 2 en lo relativo a la tramitación y resolución) que lo identifica con el momento en el cual la Entidad Pública correspondiente formula la propuesta de adopción o en su defecto, cuando el adoptante realiza la solicitud. Dado que para proceder a la constitución de una adopción consular es requisito indispensable que no se necesite la propuesta de la Entidad, entonces se deduce que este momento de análisis de las circunstancias personales ha de hacerse cuando el adoptante presenta su solicitud de ofrecimiento.

Esta figura ha sido objeto de numerosas críticas dando lugar a una división de la doctrina, entre la que defiende su utilidad y la que cree que no toma en consideración el principio del interés superior del menor.

Son varios los aspectos para denegar la utilidad de esta actividad consular. El primer aspecto<sup>19</sup> es la inadecuación existente con el principio de interés del menor. El cónsul entra en juego cuando algunos de los sujetos que participan ostentan la nacionalidad española. Llevando esta premisa a nuestra materia, es el propio art. 17 el que indica que esta nacionalidad española, que abre el juego del consulado, la debe poseer la parte adoptante. El foro que concede la competencia al consulado español se basa únicamente en la circunstancia de nacionalidad de los adoptantes, sin tener en cuenta el adoptando. Por lo tanto, siendo este último, el sujeto que se pretende proteger, por cuanto la competencia se concede sin tener en cuenta su relación con España, no se estaría actuando de acuerdo al fundamento rector de cualquier adopción internacional y además, se podría derivar en la introducción de aspectos exorbitantes, en el mismo sentido en el que ya hablamos anteriormente, puesto que si lo único que se toma en consideración para la concesión de competencia es un concreto aspecto, podría parecer en muchos casos no ser vínculo suficiente que justifique la competencia de la autoridad española por el principio de proximidad.

Otro de los aspectos que no acaba de convencer a esta parte de la doctrina<sup>20</sup> es que con la concesión de competencia para constituir adopciones internacionales que se otorga a los consulados españoles en determinadas circunstancias, se están “indirectamente” confiriendo facultades jurisdiccionales, que en todo caso no deberían ser ejercidas por ellos, sino por una

---

<sup>19</sup> Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, p. 10.

<sup>20</sup> Paradelo Areán, P. (2008). Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*(16)

autoridad judicial como pasa para la constitución del resto de adopciones. Considera que los consulados no están dotados para el ejercicio de funciones judiciales, sino que únicamente poseen funciones de índole administrativo, por lo tanto, se estarían extralimitando en sus funciones (art. 5.f Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 1963).

Por su parte, aquellos que defienden la existencia de esta figura se apoyan en su utilidad en determinadas ocasiones, cuando no se permite la constitución a través de otra forma. Defienden que mientras esta figura pueda tener una utilidad, aunque residual, de protección de menores en determinadas circunstancias en las que no se podría proceder de otra forma, estará justificada su existencia en los diferentes textos normativos<sup>21</sup>.

A parte de esta función, el consulado en materia de adopción puede –como ya hemos adelantado– realizar actividades administrativas. Son las contenidas en el artículo 24 de la LAI bajo el título de “cooperación internacional de autoridades” que se concretan en el otorgamiento, cuando la autoridad extranjera que va a constituir la adopción lo requiera, de información sobre el adoptante español. Estas funciones en nada se relacionan con las de constitución que he explicado antes.

### **5.5 Competencia judicial internacional del juez español para la declaración de nulidad y la conversión de una adopción simple en plena**

Estas dos figuras se encuentran recogidas en el artículo 15 de la LAI, y de la misma forma que hacía el artículo anterior para la constitución de las adopciones, lo que viene a exponer este artículo no es otra cosa, que los foros para conceder la competencia a las autoridades españolas. Es decir, para que los Tribunales y Juzgados españoles sean competentes a la hora de declarar la nulidad de una adopción o la conversión en plena de la misma, deberá mediar alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 para la nulidad y en el apartado posterior para la conversión.

Antes de pasar al análisis de estas dos figuras por separado, cabe hacer mención a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuyo uno de sus objetos de reforma fue concretamente este artículo al que nos referimos ahora, el artículo 15 de la LAI. La reforma se basa únicamente en la eliminación de dos figuras contenidas antes, tales como la modificación y la revisión de las adopciones,

---

<sup>21</sup> Calvo Caravaca, A.L., & Carrascosa González, J. (marzo 2010). Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones. Cuadernos de Derecho Transnacional II (1)



por ser instituciones jurídicas desconocidas en nuestra legislación, que lo único en lo que podrían derivar sería en problemas de aplicación y de seguridad jurídica, además de plantearse incluso como contrarias a una de las características de las adopciones, como es la irrevocabilidad de las mismas.

La importancia de este artículo radica en que acaba con una importante laguna legal. Y es que antes de dicha Ley, nada se decía sobre la competencia de las autoridades españolas para proceder a dichas actuaciones. La LOPJ únicamente se refería a la competencia respecto a la constitución como ya vimos antes, por lo tanto se necesitaba una solución. En principio, y antes de esta regulación, este defecto lo suple muy adecuadamente la Dirección General de Registros y Notariado (en adelante, DGRN) en su resolución de 19 de noviembre de 2003, en la cual se admite, para fijar la competencia en estas actuaciones de los Juzgados y Tribunales españoles, la aplicación por analogía de lo dispuesto para la determinación de la competencia en materia de constitución de la adopción.

En cuanto a los foros establecidos para la nulidad y conversión, estos se revisten de los mismos problemas y ventajas que decíamos cuando hablábamos de los foros para la constitución, desde su inspiración en el principio de conexión mínima, expuesto en la Exposición de motivos, hasta los problemas en lo que deriva la amplitud de foros y la solución dada a través de la cláusula de desvinculación, consistente en el análisis del caso concreto por los propios jueces para declararse competentes o no, en función de si concurre alguno de los foros (aspecto general) y si el caso está vinculado razonablemente al Estado, de forma que no dé lugar a foros exorbitantes (aspecto individualizado).

#### *5.5.1 La declaración de nulidad de una adopción internacional*

La adopción es un acto irrevocable, tal y como dice el propio artículo 180.1 CC. No obstante, este principio no es absoluto, sino que admite excepciones en algunos casos concretos y una de estas excepciones no es otra que la figura de la nulidad que vamos a analizar ahora.

En términos generales, la adopción atendiendo a los efectos, es el acto que provoca una extinción del vínculo adoptivo. Engloba por tanto, múltiples casos: la extinción de la adopción prevista en el apartado 2 del art. 180 CC; la ya eliminada figura de la revisión; la nulidad de pleno Derecho; y la nulidad por infracción de normas procesales.

La nulidad en nuestro ámbito de la adopción, no se encuentra prevista ni en el Código Civil, ni en ninguna de las normas procesales, la cuestión que se suscita entonces, es sobre la validez

de aplicación a la adopción, cuya respuesta es afirmativa. En palabras de Vela Sánchez, tal como admite la STS de 18 de enero de 2011<sup>22</sup> “la figura de la nulidad es plenamente aplicable a cualquier campo del derecho”; por consiguiente, se entiende su aplicación a la adopción internacional<sup>23</sup>.

La nulidad, como tal la entendemos, se puede exigir en varias circunstancias, pero antes de sintetizarlas es necesario distinguirla de la figura extintiva descrita en el artículo 180.2 CC. Esta última trata de adopciones válidas en un principio, pero que posteriormente el vínculo queda extinguido a petición de alguno de los progenitores por la falta de alguno de los consentimientos exigidos en el artículo 177 del Código. Por lo tanto, la nulidad por esta causa comportaría simplemente la extinción del vínculo adoptivo desde ese momento, posee efectos “ex nunc”; por el contrario las causas de nulidad comportarán efectos “ex tunc”.

Estas causas con efectos “ex tunc” de las que hablamos, son las siguientes:

1. Causas generales. Se refiere a la falta de capacidad de obrar de alguna de las partes (art. 175 CC) o a la falta de competencia del tribunal que procede a la constitución de la misma. Aunque son los ejemplos más relevantes no son los únicos, puesto que también podrá recaer en nula aquella adopción constituida con ausencia de algún otro elemento procesal exigido (cuando la ley lo requiera, la falta de abogado o secretario judicial, la no intervención del Ministerio Fiscal...)
2. Contradicción de normas imperativas. Me refiero aquí al incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos en el art. 175 CC, como la diferencia de edad, que la adopción se constituya con respecto a alguna de las personas previstas en el apartado 3, la falta de consentimientos....

Es el caso de la nulidad de adopción de una menor, por sus abuelos, habiendo la madre biológica (Mari Luz) prestado su consentimiento para dicha adopción, aun teniendo en ese momento 15 años. Tras la constitución de la adopción en 1981 y posterior a la unión matrimonial de la madre con el padre del menor adoptado (desconocido en el momento en que se produjo), se insta a la nulidad de la institución, en base a varios motivos. En lo que ahora nos interesa, alega la invalidez del consentimiento prestado en su momento por Mari Luz, de 15 años, sin haber sido atendida por ningún defensor judicial, como debería ser en los casos en los que, por haber un interés contrapuesto de los padres, estos no pueden ejercer

---

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2011 (STS 563/2012).

<sup>23</sup> VELA SANCHEZ, A. (2017) “Irrevocabilidad, nulidad y extinción de la adopción”, Anuario Derecho Civil, Vol. 70, nº 3, pp. 1197- 1259, esp. p. 1212.

su representación. No obstante, para ese momento, la figura del defensor únicamente estaba prevista para casos de confrontaciones económicas, por lo tanto no asociadas al caso, hubiera sido más conveniente hacer eco de la falta de un curador ad litem (lo cual no se alegó). El Tribunal Supremo, tras valorar diferentes circunstancias, concluye en declarar la nulidad de la institución en base, no tanto a ese consentimiento prestado por una menor, sino a que la adopción se produjo (o así lo entiende el tribunal) bajo la presión social de la época, es decir, considera que se está ante una “adopción ficticia”, cuyos consentimientos, tanto de una como de la otra parte, estaban influenciados por ese problema social. Además, la decisión del Tribunal se ve impulsada por la buena relación existente entre todos los miembros familiares y el asentimiento de todos los hechos por parte de los padres adoptivos (STS 563/2011)<sup>24</sup>.

Otro caso parecido al anterior, influenciado por la presión social de la época, es el recogido por la STS 5672/1999<sup>25</sup>. El problema sobre nulidad de este supuesto radica sobre el consentimiento previo al parto, cedido por la madre y por escrito, ante el Secretario judicial de la Delegación competente. El Tribunal Supremo declara este consentimiento inválido por contravenir una norma imperativa, tal y como es la prohibición de la madre para prestar asentimiento antes de los 30 días contados a partir del parto –incluyendo dentro de tal los casos de asentimientos previos al parto–, por ser este el tiempo calculado para la plena recuperación de la madre, física y mental (art. 177.2 CC; hoy en día ampliado a 6 semanas). En conclusión, lo que centra el TS es la nulidad de pleno derecho de aquellas actuaciones que quebranten una norma imperativa y la extensión aplicativa del art. 177.2 CC para los casos en los que el consentimiento para la adopción, por parte de la madre, se preste con antelación al alumbramiento.

Estas dos resoluciones anteriores, a pesar de tratarse de adopciones nacionales, explican muy bien casos reales en los cuales se procedió a instar la nulidad de las mismas y cabe resaltar un aspecto distintivo entre ambas sentencias. En la primera de ellas, se muestra una nulidad como figura extintiva (art. 180.2 CC), es decir, contempla la nulidad de una adopción en principio válida. Mientras que en la segunda, se expone la nulidad de pleno derecho, es decir, gozaría de efectos desde el momento en que se creó la propia situación, se retrotrae en el tiempo.

En definitiva, es causa de nulidad todo aquello que, exigido por la Ley y necesario para poder constituir una adopción internacional en nuestro Estado, no se cumpla. Y cuando se recaiga

---

<sup>24</sup> Sentencia del TS 563/2012, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2012:563)

<sup>25</sup> Sentencia del TS 5672/1999, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:1999:5672)

en nulidad, los efectos serán los previstos en la ley de aplicación, que como dice el art. 22 LAI, esta ley sería la que se aplicó para la constitución.

Ahora bien, la extinción del vínculo adoptivo contemplada en el art. 180.2 CC (vínculo extinguido a petición de alguno de los padres adoptivos por la falta de alguno de los consentimientos del art.177 CC) a pesar de recoger un caso distinto, no deja de ser en el fondo una “forma” de nulidad. La distinción entre ambas es que si bien esta figura extintiva del art.180 es protagonizada por adopciones en su principio válidas, la nulidad por su parte extingue los vínculos creados por adopciones internacionales nulas desde su creación, porque como ya vimos, se trata de defectos indispensables para la constitución, sin los cuales nunca se podría haber creado. Y en segundo lugar, también difieren en cuanto a los efectos; la figura extintiva contempla efectos “ex nunc”, es decir, la extinción se produce desde el momento en que se declara como tal, mientras que en la nulidad, los efectos surten desde el momento de constitución de la adopción (efectos “ex tunc”).

Focalizando en el tema competencial, para la declaración de la nulidad de una adopción internacional, hay que recurrir, una vez más, al artículo 15 de la LAI, cuyo apartado 1 (*“los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la declaración de nulidad de una adopción [...]”*), dispone un elenco de foros a través de los cuales, una autoridad española puede declararse competente.

Estos foros son los mismos que se prevén para la constitución de la adopción, con el añadido de uno, para cuando la adopción haya sido constituida ya por autoridad española, en cuyo caso podrá declararla nula. Por ende, causa la misma problemática que ya estudiamos, en cuanto a la razonabilidad y falta de conexión del caso concreto con el Estado español, que puede derivar en foros exorbitantes, y cuya solución es la cláusula de desvinculación poseída por las autoridades para declararse incompetentes en los casos que no se revistan de un vínculo suficiente.

Un segundo aspecto problemático es la “internacionalidad” de la adopción, tal y como dice Ortiz Vidal, el hecho de que la Ley 26/2015, no haya reformado en ningún punto este aspecto de nulidad puede dar lugar a que las autoridades españolas se puedan declarar competentes, a través de los foros de competencia judicial internacional, para anular una adopción “no internacional”<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Ortiz Vidal, M. D., op. Vid.

En otras palabras, los foros contenidos en el art. 15.1 LAI abren la puerta a la declaración de nulidad en base a estos, de adopciones de tráfico jurídico interno por la ausencia de elementos de extranjería y que en todo caso deberían regirse por las leyes internas de cada Estado.

Puede suceder, como ya decíamos, que los tribunales españoles se declaren competentes internacionalmente para anular una adopción que realmente no reviste de dicha internacionalidad. Es el caso de la adopción de un menor extranjero, la nacionalidad de ese menor queda “suprimida” e “intercambiada” por la española en el momento constitutivo. Es por eso, que para cuando queramos hablar de nulidad, entonces nos encontraremos con una situación de tráfico interno, entre dos nacionales y no adaptable a la LAI. Es importante recalcar que hablamos de la adopción de un menor de edad, ya que si fuera mayor de edad esta situación no se daría debido al derecho de opción a la nacionalidad con el que cuenta el adoptado.

Parece a simple vista tener esto relación con el momento temporal en el que se analizan las circunstancias de los foros, pero el problema no es esta duda que ya veremos a continuación, sino como hemos dicho, el simple hecho de que el caso no cabe dentro del objeto y análisis de la propia LAI, por lo tanto no habría ni que llegar a preguntarse por eso, ya que el caso concreto no entra dentro del supuesto.

En tercer lugar, cabe hacer mención de la necesidad de un reconocimiento previo en España cuando se trate de una adopción constituida en el extranjero. Es decir, para poder optar por la nulidad ante las autoridades españolas, de una adopción constituida fuera, parece lógico que esa misma debe haber sido reconocida antes por España, a pesar de que medie alguno de los dos primeros foros (residencia o nacionalidad). Sería totalmente absurdo pensar en esta posibilidad, no podría considerarse “ex lege fori”.

La cuarta y última cuestión conflictiva en el tema de nulidad, es la relacionada con la viabilidad del último foro –cuando la adopción haya sido constituida en España-. Ya veremos en el siguiente apartado dedicado a la conversión que este foro queda vacío, sin embargo, en lo que ahora nos atañe, para la nulidad, este foro sí que tiene un mínimo de utilidad.

Aunque en principio puede una vez más, resultar un sinsentido, dado que las causas para declarar la nulidad, deben derivar de algún error en el momento de la constitución o por ausencia de alguno de los requisitos elementales para la misma, la ausencia de alguno de estos hubiera derivado inicialmente en la imposibilidad de su constitución, no se hubiera procedido a constituir una adopción internacional invalidada de los elementos esenciales a la misma.

Existe únicamente un caso en el cual sí que se puede constituir una adopción nula, y es precisamente cuando el tribunal o autoridad que la constituya sea incompetente al caso concreto y en esta ocasión, es donde entra en juego este tercer foro.

#### 5.5.2 *La conversión de una adopción simple en plena*

Atendiendo a la definición expuesta en el artículo 15.3 de la LAI, una adopción simple es aquella constituida por una autoridad extranjera cuyos efectos no se equivalen con los previstos para la adopción en nuestra legislación.

De esta definición se extraen una serie de características. En primer lugar y según lo dispuesto, este tipo de adopción únicamente podrá ser constituido por autoridades extranjeras y no por los Tribunales y Juzgados españoles, el porqué de esta causa lo veremos más adelante. Y en segundo lugar, en lo que se refiere a los efectos, la propia LAI, en atención a los artículos 26 y 30 de la misma, resuelve esta cuestión.

El primero de ellos identifica en su tercer apartado dos importantes consecuencias que comporta la adopción en nuestra legislación y que son; la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen con la consecuente creación de estos mismos con la nueva familia adoptiva y la irrevocabilidad de la adopción. Por ende, la adopción simple será aquella que no conlleve estos efectos en nuestro Estado, es decir, que mantenga los vínculos con la familia de origen y la posibilidad de revocabilidad.

Atendiendo al segundo artículo citado (art. 30) en su apartado tres deja entrever otros dos efectos a los que no accede la adopción simple. Estos son la imposibilidad de inscripción en el Registro Civil y la negativa a la adquisición de la nacionalidad española (artículo 30.3 LAI).

El artículo 15 de la LAI recoge los foros o las circunstancias que han de darse para que los Tribunales y Juzgados españoles puedan declararse competentes. Estas circunstancias son las mismas que veíamos antes para la constitución, la nacionalidad o residencia habitual en España del adoptado o adoptante; con el añadido de una tercera “*la constitución por autoridad española*”. Pero el apartado 2 de este mismo artículo recoge una condición a mayores que resulta bastante confusa, pues menciona que la ley aplicada a la adopción consienta ese tipo.

Respecto a los dos primeros foros, no cabe decir nada más de lo que ya vimos cuando hablamos de la constitución, por lo que directamente vamos a pasar al tercer foro, que es el que más problemas ha causado debido en cierto modo, a la mezcla de dos aspectos de Derecho Internacional Privado muy diferentes, como son la competencia y la ley aplicable.

Pues bien, de lo que se deriva de la lectura del propio artículo 15.3, en principio, parece entenderse que la autoridad española será competente para la conversión de una adopción simple en plena cuando la ley aplicable lo permita y haya sido esta autoridad la que haya constituido la misma. Pero esto no es así de ninguna manera y al final de este apartado veremos como este tercer foro está vacío de contenido. La cuestión se deriva del estudio de dos aspectos: la inexistencia en nuestro ordenamiento de esta modalidad de adopción y la imposibilidad de los jueces españoles de constituir este tipo con arreglo a leyes extranjeras que lo permitan. El orden de análisis está hecho conscientemente por orden cronológico, en función de cuando se eliminaron estas posibilidades, Ley 21/1987, de 11 de noviembre y Ley 26/2015, de 28 de julio, respectivamente.

- La inexistencia en el Derecho español de la figura de la adopción simple

Esta figura estuvo prevista en el Código Civil hasta la reforma de 1987 a través de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. En lo que nos interesa ahora, esta regulación legal acaba con dicha figura de adopción suprimiendo todos aquellos artículos dedicados a ella, en concreto los artículos comprendidos entre el 172 y 180 del Código Civil, ambos incluidos, y siendo estos dos mencionados los más importantes al efecto.

El artículo 172 del CC comenzaba su redacción fragmentando la adopción en dos modalidades “*la adopción puede ser plena y simple*”. Y el art. 180 del Código, por su parte, venía a describir la figura de la modalidad simple, siendo el único artículo encerrado dentro de la sección tercera del Capítulo V del Código de ese momento previo a la reforma de la que hablamos. En definitiva, esta Ley de 1987 elimina cualquier referencia a la modalidad simple, y recalca esta supresión al aclarar que en lo subsiguiente, cuando se hable de adopción “a secas” se estará refiriendo a la adopción plena.

La razón de esta eliminación para el legislador español no fue otra que el hecho de que una “adopción” pudiera mantener los vínculos con la familia biológica y fuera revocable, en nada se asemejaba a la adopción tradicionalmente admitida en España. No obstante, la laguna que vino a suplir esta normativa no quiere decir que anterior a esta no existiera, aunque en términos muy difusos, un “procedimiento” para llevar a cabo esta conversión. De hecho era el Convenio de la Haya de 1993 el que trataba de dar unas pautas a dicho propósito.

El artículo 27 del Convenio venía a posibilitar el reconocimiento, en el Estado de recepción, de adopciones que no conllevaran la ruptura de los vínculos de filiación constituidas en el Estado de origen del menor, a través de la transformación automática en una adopción con los efectos propios en ese Estado receptor, siempre que se cumplieran las condiciones previstas en el propio artículo, y además las Autoridades Centrales de cada Estado estuvieran de acuerdo en continuar con el proceso (art. 17).

Por lo tanto, en lo que nos interesa, tras la entrada en vigor de la LAI y antes de la reforma de 2015 que veremos a continuación, sería posible que la autoridad española constituyera una adopción internacional simple, cuando la ley aplicable al caso, según lo previsto en la LAI de entonces, se tratara de una ley extranjera que admitiera dicha posibilidad. Dicho de otro modo, sí que cabría por el momento un resquicio de aplicación de ese tercer foro, por permitirse la constitución de adopciones simples, a pesar de no contemplarlas el propio ordenamiento español, cuando existiera una ley extranjera conforme con tal tipo entre medias.

- La imposibilidad de constituir adopciones internacionales en base a criterios extranjeros

En seguimiento a lo que decíamos antes, la opción admitida al final del apartado anterior de constitución de una adopción simple con arreglo a una ley extranjera, queda totalmente suspendida con la reforma hecha a la LAI incorporada por la Ley 26/2015, de 28 de julio.

En este texto normativo se suprime totalmente dicha opción. Se elimina la división existente en el Capítulo II sobre la ley aplicable en función de si será la ley española (sección 1) o la extranjera (sección 2) la que guíe el proceso; y se suprime el artículo 21 dedicado a la constitución conforme a otra ley. Se cierra por tanto, cualquier puerta que permitiera la aplicación de ese tercer foro y por consiguiente, queda vacío de contenido, no se darán casos que justifiquen su aplicación.

Recopilando lo anterior, hablando de la competencia para la conversión de una adopción simple en plena, son tres los foros que conceden dicha competencia a nuestras autoridades según la Ley de Adopción Internacional:

- a. Que el adoptado sea español o mantenga su residencia habitual en España.
- b. Que el adoptante sea español o mantenga su residencia habitual en España.
- c. O que haya sido la autoridad española la que haya constituido esta adopción.



Con respecto a los dos primeros casos, cabe decir que a pesar de la adopción simple no recogerse en nuestro ordenamiento, esto no impide que la misma vaya a tener efectos en España, pues sí que es posible el reconocimiento de las adopciones simples constituidas en el extranjero. De hecho, son estos los casos en los que los Tribunales españoles estarán dotados de competencia para llevar a cabo esta conversión, ya que como bien dijimos antes, el tercero de los foros es inútil, no se da ningún caso que pueda conllevar la justificación de dicho foro. Es por eso, que diversos autores han sido críticos con la reforma del 2015, puesto que esta, al igual que eliminó la posibilidad de aplicar una ley extranjera a la constitución, debería haber eliminado ese foro para evitar toda la complejidad consecuente suscitada.

La competencia para la conversión que venimos estudiando no se queda únicamente en lo que dice la LAI, sino que hay que analizar lo recogido a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, concretamente en su artículo 42.

Ahora bien, estudiando paralelamente estos artículos (el art. 15.2 de la LAI con el art. 42 de la LJV), aflora una evidente contradicción entre ambos. La contradicción se materializa en los foros prescritos en cada una de estas normas, ya que mientras la LAI hace referencia a los tres que vimos anteriormente, el artículo 42 LJV expone otros diferentes.

Los foros del art. 42 LJV son los siguientes:

- a. La residencia habitual en España del adoptando.
- b. El traslado o futuro traslado del adoptando a España con intención de establecer la residencia habitual dentro del su territorio.
- c. Y la nacionalidad o residencia habitual dentro de España del adoptante.

Esta ley introduce un nuevo elenco, elimina el foro conflictivo del artículo 15, el de la constitución por autoridad española y el de nacionalidad del adoptando y a cambio de ello añade uno nuevo, el traslado presente o futuro del adoptando con la intención de fijar la residencia en territorio español.

La LJV, de espíritu renovador, fue redactada por el legislador con el propósito de solventar precisamente estas cuestiones contradictorias, debido a esto, si esta misma no contempla el foro del art. 15.1.c) LAI, cabe deducir la imposibilidad de las autoridades españolas para constituir adopciones simples.

Por ende, con el propósito de entender la redacción de la LAI en este aspecto y en vistas a lo que dice la LJV y a compaginar ambas disposiciones, hay que interpretar el propio art. 15.3 (anterior art.15.4) como limitativo de la posibilidad de constitución de este tipo por las

autoridades españolas cuando recalca que las adopciones simples son aquellas constituidas por una autoridad extranjera, por lo tanto, y acudiendo al sentido literal de las palabras, podríamos concluir que el mismo artículo está descartando ese tercer foro. Además, para acentuar esta explicación cabe mencionar que el apartado 1 al que se remite el art. 15.2 esta específicamente previsto para la nulidad.

A efectos prácticos, la adopción simple sirve de plataforma legal para proceder a la constitución de una adopción en España, es decir, tal y como dice el art.30.4 LAI para solicitar dicha conversión no es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública competente.

### *5.5.3 Momento temporal de análisis de las circunstancias de los foros*

Para terminar este apartado es necesario hacer mención del momento temporal determinante de las circunstancias que conceden la competencia judicial internacional en materia de conversión y nulidad.

No hay que perder de vista que aunque el régimen pueda resultar en muchos aspectos similar al de la constitución, no estamos hablando de este acto, sino de la conversión en plena y de la nulidad de la adopción. Por lo tanto, como tal acto y derivado de la naturalidad de los mismos, parece raro fijar el análisis de la concurrencia de los foros en el mismo momento que para la constitución, la presentación de la solicitud de adopción ante las Entidades Públicas, puesto que estos actos son “a posteriori”. Por esto mismo, parecería más lógico cambiar ese momento temporal, ya que desde la constitución hasta que se procede a estas otras actuaciones, se puede haber producido un cambio de las circunstancias que conlleve un cambio en la competencia. Esta opción es la que toma el art.15 de la LAI, pero como decimos, no quiere decir que sea la más adecuada.

Entra en juego una vez más el artículo 42 de la LJV. Esta disposición fija el momento de análisis de las circunstancias contenidas en los foros, en el de la constitución de la adopción, lo cual parece más coherente y reduce el margen de posibilidad para que en ese tramo de tiempo entre la constitución y la posterior conversión, las circunstancias hayan cambiado, de forma que varíe la conexión y por ende los criterios de atribución de la competencia.

## **5.6 Competencia objetiva y territorial en el territorio nacional**

Vamos a tratar ahora de exponer, según las reglas de la LAI, qué concreto tribunal español y el de que zona es el competente para el conocimiento de todo este asunto.

Sin ir más lejos, es el artículo 16 de la LAI el que habla de este tema. Viene a remitir, en su apartado uno, la determinación de este órgano a lo previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Pero no se queda aquí, sino que aprovecha el artículo para introducir una cláusula de cierre, a favor de la autonomía de la voluntad de los adoptantes, quienes podrán en último término, cuando no se haya podido determinar el órgano según la LJV, elegir el órgano judicial que quieran.

Esta LJV, en su artículo 33 señala como competente al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde la Entidad Pública tenga su sede y en su defecto, el del lugar del domicilio del adoptante. Sigue la línea de sus antepasados, puesto que prácticamente en nada varía de la regulación contenida en la antigua LEC de 1881.

Concede la competencia objetiva al Juzgado de Primera Instancia; y la territorial, es decir, el Juzgado de qué lugar es competente, la determina según dos reglas que por orden de prioridad son:

- a. El lugar de sede de la entidad pública.
- b. El lugar del domicilio del adoptante, en defecto del anterior.

El problema que se deriva de esto, y para lo cual está muy acertado el apartado 2 del artículo 16 de la LAI, es que se podrían llegar a dar casos, en el ámbito de la competencia judicial internacional, en los cuales no mediara propuesta previa de alguna entidad española y además, no se tuviera domicilio en España.

Las circunstancias en las cuales no se requiere esta propuesta previa son las recogidas en el art. 176.2 del Código civil, las cuales ya mencionamos anteriormente, en el apartado sobre la adopción consular. Y para cuando se de alguno de estos casos, habría que determinar el juzgado en función del domicilio del adoptante, pero si este no se encuentra dentro de España, daríamos con que, en principio, las autoridades españolas no serían competentes al mismo y por consiguiente, si previamente se había concedido a nuestro Estado la competencia judicial internacional, se produciría una incoherencia.

Con el objeto de poner solución a estos desarreglos, la LAI introduce una “cláusula de cierre” que concede a los adoptantes la posibilidad de elección del juzgado que quieren que conozca de tal proceso. Esto evitaría, para cuando España resultase judicial e internacionalmente competente, en el caso de no poder, conforme al apartado 1 del art. 16, determinar el Juzgado concreto, que no quedara el Estado español impedido de desplegar su competencia cuando así lo quisieran los propios adoptantes.

Este mismo supuesto es el analizado en el Auto del TS de 11 de septiembre de 2012<sup>27</sup>. Se solicita ante el Juzgado de Primera Instancia de Málaga la constitución de la adopción de una mayor de edad (D<sup>a</sup>. Paloma), de nacionalidad española, hija del cónyuge del solicitante (J. Ignacio), siendo la nacionalidad de este último francesa y residente en el Principiado de Andorra (igual que las otras dos intervinientes). En primera instancia, el Juzgado de Málaga rechaza su competencia, en base a la falta de domicilio dentro de su territorio, sin embargo, en la resolución que nos compete ahora, el TS sí que declara válida su competencia territorial. Los motivos de esta decisión se encuentran en el art. 16 LAI, el cual remite a las normas de jurisdicción voluntaria, que por tratarse del año 2012, serán las contenidas en la LEC. Esta última ley establece, en el art. 63.16, los mismos puntos para determinar el juzgado territorialmente competente, que la actual LJV, es decir, será competente el juez del domicilio de la entidad pública ante la que se presenta la propuesta previa y en su defecto, el lugar del domicilio del adoptante. Dado que para el caso, no existe propuesta previa (excepción del art 176.2.2º CC) y el adoptante reside fuera del territorio español, el juzgado será el que libremente decidan los adoptantes, tal y como indica el apartado 2 del art. 16 LAI. En definitiva, el Juzgado de Primera Instancia de Málaga es competente territorialmente.

## **7. LA LEY APLICABLE A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

Previsto dentro del Capítulo II, Título II “Normas de Derecho Internacional Privado relativas a la adopción internacional”, la determinación de la ley aplicable es, junto con la competencia judicial internacional, uno de los aspectos más significativos del Derecho Internacional Privado. A diferencia del ámbito interno de cada Estado, en el ámbito internacional, debido a la confluencia de múltiples intereses que afectan a diferentes países, surge la duda de cuál es la ley efectivamente aplicable, lo que se conoce en la materia como conflictos de leyes, y será resuelto a través de normas de conflictos que indiquen un punto de conexión para dar con la ley a aplicar.

La adopción no deja de ser un acto de jurisdicción voluntaria, por ello tenemos que acudir a su normativa con el propósito de tomarla de guía para la determinación de la ley. Es su artículo 10 el que se refiere a su determinación, y remite a las normas contenidas en tratados internacionales de los que España sea parte y en su defecto, a las normas de producción interna.

---

<sup>27</sup> Auto del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8902).

Dado que al igual que pasaba con la competencia judicial internacional, España no forma parte de ningún tratado internacional que regule este tema, entonces será la normativa estatal la encargada de desarrollar las normas para determinar la ley aplicable a cada caso. Como no podría ser de otra forma, es concretamente la Ley de Adopción Internacional de 2007, modificada por la Ley 26/2015, la que se ocupa de regular este aspecto.

Recalco la importancia de la versión tras la reforma de 2015, porque en este aspecto sufrió una profunda renovación. En la versión original, la LAI dentro de su cap. II (Título II) distinguía dos apartados en función de si la ley aplicable era la española (art. 18) o una ley extranjera (art. 21), que sería la del país al que iba a ser trasladado el menor para constituir su residencia habitual o la del lugar donde mantenía esta; es decir, la versión inicial establecía unas normas de conflicto cuyo punto de conexión era la residencia habitual, presente o futura, del adoptando, apartándose así de la teoría de la “lex fori”.

Con la Ley 26/2015, esta distinción se suprime, se elimina la posibilidad de aplicación, por un tribunal español, de una ley extranjera, tanto en lo referido a la constitución como en aquello relativo a la nulidad y conversión, y se recupera la teoría de la “lex fori” (antiguo art. 22). La argumentación se puede encontrar en el Informe del Consejo General del Poder Judicial hecho al Anteproyecto de la LAI<sup>28</sup>, que venía a recoger dos posturas doctrinales bien diferentes. Por un lado, los defensores de la aplicación de la “lex fori” decían que el hecho de aplicar siempre la ley del foro (considerada como la más adecuada) actuaba en beneficio de la protección del menor y además, homogeneizaba todo el entramado, lo cual contribuía a facilitar la aplicación. Por el contrario, el texto también sugiere un problema derivado de la aplicación de esta teoría, y es que el exceso de aplicación de la ley del foro puede conllevar, cuando no se analicen otros puntos de conexión importantes, la constitución de adopciones claudicantes perjudiciales para el menor, que se ve privado del reconocimiento de la adopción en otro país.

Hoy en día, tras la reforma de la que hablamos, este capítulo II, se encuentra compuesto por 6 artículos (arts. 18 a 24), manteniendo el artículo 21, pero vacío de contenido. Y a lo largo de este apartado vamos a analizar el contenido del capítulo, desde la ley aplicable a la constitución, nulidad y conversión, hasta la ley exigida para el análisis de aspectos más personales, como la capacidad y los consentimientos.

---

<sup>28</sup>Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Adopcion-Internacional>)

## 6.1. Ley aplicable a la constitución de la adopción internacional

El artículo 18 de la LAI establece las pautas para señalar la ley a aplicar a la hora de constituir la adopción. La norma de conflicto contenida, fundamenta su punto de conexión en torno al lugar de residencia habitual del adoptando. Viene a decir cuándo será de aplicación la ley material española y son dos los casos contenidos:

- Cuando el adoptando posea su residencia habitual dentro del territorio español en el momento en que se constituya la adopción.
- Y cuando el menor haya sido (o vaya a serlo), desplazado a España con vistas a constituir aquí su residencia habitual.

En cuanto a la primera de las opciones, no se deriva ningún problema puesto que se basa en una circunstancia objetiva del menor. Sin embargo, respecto a la segunda circunstancia sí que se generan dudas y riesgos al respecto, puesto que está determinando la aplicabilidad de la ley española en base a un acto subjetivo, como es la residencia futura, que en todo caso dependerá de la intención de los adoptantes, cuya prueba es difícil de acreditar y sobre lo cual la LAI no manifiesta nada que lo clarifique. Será el juez competente para la constitución de la adopción quien deba estudiar esos dos aspectos, tanto la intención de trasladarse a España, como de fijar dentro de su territorio la residencia habitual, y en base a esto, decidir si las intenciones son certeras o no.

Esta segunda opción abre la puerta a la existencia de declaraciones de intenciones falsas e interesadas, cuyo único propósito por parte de los adoptantes sea beneficiarse intencionadamente de una determinada ley más favorable. En términos más prácticos, sería el caso de una pareja de adoptantes que manifiestan su propósito de que el menor sea trasladado a España para establecer su residencia habitual dentro de su territorio y posteriormente trasladarse a otro Estado. El problema en sí mismo, es la facilidad que este artículo otorga para la manifestación de voluntades engañosas o falsas con el objetivo de aplicar la ley española, lo cual genera gran inseguridad jurídica e incrementa la constitución de adopciones claudicantes, que en todo caso actuaría en perjuicio del menor.

Aun con todos los riesgos que acarrea, este punto de conexión incluido en el art. 18 subsiste y es de aplicación actualmente en la LAI, puesto que la finalidad que persigue este apartado es evitar la aplicación de una ley extranjera, con cuyo Estado, la única conexión existente es precisamente la residencia habitual del menor que posteriormente va a ser modificada y trasladada a nuestro país.

De forma paralela, como bien se manifestó antes, la Ley 26/2015, suprime el art. 21 de la LAI, sobre la aplicación de leyes extranjeras, pero mantiene igual el art. 18 LAI, salvo una precisión léxica que supone la sustitución de la expresión “adopción constituida” por “la constitución de la adopción se regirá...”. Este cambio únicamente responde a un aspecto gramatical, sin ningún trasfondo a mayores, ya que según la redacción original podría entenderse que se estaba hablando de la ley aplicable a la constitución de una adopción que ya ha sido constituida con anterioridad, lo que carecería en sí mismo de sentido.

Por lo tanto, nos encontramos con un nuevo problema, ahora de incongruencia entre el art. 14 LAI dedicado a los foros de competencia para la constitución de la adopción, y el art. 18 previsto para la ley aplicable. Puesto que los Tribunales y Juzgados españoles, tras esta supresión, solo pueden aplicar la ley española ¿cuál es la razón de mantener unos foros de competencia tan amplios (art. 14 LAI), si a la hora de la verdad, no pueden aplicar la ley?

En primer lugar, basta recordar lo que ya mencionamos en el apartado 5 sobre la razonabilidad de los foros. Veíamos por qué estos foros necesitaban de un desarrollo judicial, por parte de los tribunales, para evitar la aparición de foros exorbitantes en casos de poca conexibilidad y expusimos también, como el foro sobre la residencia habitual del menor dentro de España, era el más adecuado de acuerdo a la protección del menor. Por lo tanto y siguiendo el hilo, la supresión de la aplicación de ley extranjera se puede justificar en esto mismo, en la elusión de estos foros que no presentan suficiente conexión con España. En definitiva, no se puede aplicar la ley extranjera para constituir una adopción.

Pero el problema no se queda aquí, la norma de conflicto de carácter bilateral que existía en la versión original de 2007 queda convertida en una norma unilateral, de autoatribución, y esta característica conlleva que casos concretos vayan a quedar privados de regulación, agudizado el problema por la amplitud de casos en los que la autoridad española es competente judicial internacionalmente pero no puede ejercer como tal, por ser bastante más reducidos los casos en los que se aplica la ley española. La situación típica es que la autoridad española se declare competente en virtud del foro de nacionalidad española de los adoptantes o residencia habitual de estos, pero el menor tenga su residencia habitual en otro Estado y no se tenga intención de trasladarlo. En base a la norma de conflicto, no se podría aplicar la ley española y por ende, el Tribunal o Juzgado encargado no podría declararse competente

para su constitución debido a la eliminación del art. 21 LAI. ¿Qué sucedería en estos casos? Pues bien, son dos las soluciones que se han ofrecido a tal conflicto<sup>29</sup>:

- La primera de ellas consistente en bilateralizar la norma de conflicto para suplir la laguna legal, permitiendo la aplicación de la ley del país de residencia, presente o futura, del menor. Pero esta opción no parece adaptarse a la modificación de 2015, ya que en cierto modo supone recuperar el art. 21 suprimido.
- La segunda solución propuesta y más adecuada sería limitar la amplitud de foros del art. 14 LAI, lo cual reduciría aquellas situaciones desprovistas de ley y evitaría el problema. Pero la Ley de 2015, no aclaró tampoco este punto, y no limitó los foros, en consecuencia, seguimos con la misma problemática.

En conclusión, para constituir una adopción internacional por los Tribunales y Juzgados españoles sólo se puede aplicar la ley española. No obstante, debido a la falta de concordancia entre la competencia y la ley aplicable, esto puede llevar a la existencia de situaciones sobre las cuales la autoridad española es competente, pero no hay ley aplicable al caso, por encontrarse la residencia habitual del menor fuera del territorio español. En estos casos, se han observado dos soluciones distintas, pero ambas contienen defectos. En definitiva, la única solución es analizar los casos concretos según vayan aconteciendo, estudiar el vínculo entre el caso concreto y el Estado español y tomar una decisión individualizada.

### **6.2.1. La adopción consular**

Cabe ver dentro de este apartado, por su similitud, la ley aplicable a la adopción consular. Es el propio artículo 17 de la LAI el que remite a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, cuyo artículo 41 sobre la adopción internacional (la adopción consular es también internacional) remite a su vez al artículo 9.5 del Código Civil, que cierra el círculo acudiendo a lo dispuesto en la LAI.

Dado que sobre este tipo concreto la LAI no dice nada al respecto, se entiende que hay que remitirse a lo dispuesto para la constitución en el art. 18 LAI. Por lo tanto, surgirán los mismos problemas ya mencionados, acentuados porque en la mayoría de los casos en los que se opta por esta, los adoptantes tienen su residencia en el extranjero, por lo tanto, para que el consulado español que corresponda al caso concreto pueda constituir una adopción, será

---

<sup>29</sup> Ortiz Vidal, M.D., Op.cit.



necesario comprobar que el menor va a ser trasladado a España, en caso contrario no podría constituirla el consulado español correspondiente.

## **6.2. Ley aplicable a la nulidad y conversión de una adopción internacional**

El artículo dedicado a este nuevo apartado, el artículo 22 de la LAI, también ha sido objeto de reforma por la Ley 26/2015, y son dos las novedades observadas en la redacción actual: en primer lugar, se elimina la referencia a la revisión, figura suprimida por falta de practicabilidad en el ordenamiento (visto en el apartado 5) y en segundo lugar, la redacción inicial, remitía a los criterios de los artículos precedentes para determinar la ley aplicable, es decir, hacía alusión a los criterios recogidos por los artículos 18 (y ss) y por el artículo 21, este último eliminado también en la reforma de 2015, por lo que se impediría la aplicación de una ley extranjera por autoridades españolas. La redacción actual remite, sin embargo, a la ley que fue de aplicación para la constitución, por lo que habrá que estar al caso concreto.

### *6.2.1. Conversión en adopción plena*

Por lo que respecta a la conversión de una adopción simple en plena, como sabemos, esta nunca es constituida por nuestra autoridad, puesto que el ordenamiento jurídico español no recoge esta figura dentro de él, por lo tanto, siempre va a ser la autoridad de un país extranjero la que constituya la adopción simple y será posteriormente, una vez constituida, cuando se pueda instar ante las autoridades españolas su conversión.

El procedimiento para dicha conversión sería el previsto en el art. 30 de la LAI. Este artículo vuelve a repetir lo dicho en el art. 22 sobre la ley aplicable, que no es otra que la ley de la constitución. Pero esta remisión no quiere decir que vaya a ser la ley extranjera la aplicada en todo este proceso, simplemente será de aplicación a los efectos de considerar si la adopción simple extranjera, constituida bajo su ley, permite la modificación de la misma en plena, según la regulación española. Este método es bastante lógico, puesto que la nueva adopción plena que surja de la conversión deberá surtir efectos jurídicos, tanto en España, como en el país donde fue constituida.

En caso de no conceder dicha posibilidad de conversión, la única opción que restaría sería la constitución de una nueva adopción internacional bajo la ley española<sup>30</sup>. No obstante, el hecho de que no lo permitiese estaría adelantando en cierto modo otro impedimento, puesto

---

<sup>30</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 7ª) núm. 152/2001, de 30 de marzo (AC/2001/2236)

que probablemente tampoco reconocería la adopción plena que se vaya a constituir en nuestro Estado<sup>31</sup>.

En otra línea, cuando sí que se permita la conversión en el ordenamiento extranjero, entonces habrá que acudir a la legislación española, concretamente al art. 30.4 LAI, que dispone el procedimiento a seguir, así como los requisitos que han de cumplirse.

Primeramente, el tribunal español ha de ser competente internacionalmente según lo previsto en el art. 15 LAI (ver apartado 5.5) ya que si no se justifica un vínculo de conexión suficiente no podrá convertir la adopción. En segundo lugar, respecto a la fase administrativa, cabe decir que no es necesaria la propuesta previa ante la entidad pública competente, lo cual abrevia bastante el proceso. Y en tercer lugar, se deberán cumplir los siguientes requisitos sobre los consentimientos.

- Deberá comprobarse que los consentimientos exigidos de las personas o instituciones que intervienen han sido otorgados libremente, en la forma legal prevista, por escrito, bajo ningún tipo de compensación económica y tras un asesoramiento profesional sobre las consecuencias de dicha decisión.
- Que el menor, en función de su grado de madurez, ha sido también asesorado, oído y cuando se requiera, haya manifestado consentimiento válido.
- Y en último lugar, respecto a la madre, habrá de comprobarse que su consentimiento ha sido tras el nacimiento del menor (Vid. STS 5672/1999)<sup>32</sup>.

#### 6.2.2. *Nulidad de la adopción internacional*

Hay que partir del artículo 22 de la LAI, el mismo que para la conversión, por lo que la ley aplicable a los supuestos de nulidad será la de constitución de la propia adopción. A diferencia de lo que pasaba con la conversión, una adopción nula sí que puede ser constituida por un tribunal español, como ya vimos anteriormente. Esto diferencia dos casos muy distintos, la solicitud de declarar nula una adopción internacional constituida por autoridad española o por autoridad extranjera. Pero antes de pasar a su distinción, hay que mencionar que el momento de análisis de las circunstancias sobre las cuales se basa la nulidad, son las existentes en el momento de constitución del mismo.

---

<sup>31</sup> CALVO CARAVACA, A-L. /CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción internacional y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre”, Boletín del Ministerio de Justicia, Año 62, núm. 2073, 2008, pp. 3857-3878, esp. p. 3875.

<sup>32</sup> Op. cit STS 5672/1999.

En el primer supuesto, cuando se inste la nulidad de una adopción constituida dentro de nuestro Estado habría que tener en cuenta varios aspectos. La ley aplicable será la ley española cuando el adoptando ostente su residencia habitual dentro del territorio o vaya a instaurarla en un futuro próximo, tras la adopción. Pero esta cuestión no es así de sencilla, puesto que habrá casos en los cuales, cuando se reúnan las circunstancias del art. 19 LAI, la ley aplicada sea doble, se refiere este artículo a los aspectos sobre la capacidad del adoptando y consentimientos necesarios de todos los demás sujetos que intervengan que veremos a continuación, y viene a decir que estos se registrarán por la ley nacional del adoptando y no por la española cuando se cumplan dos condiciones, no tener la residencia habitual dentro de España y no adquirir, a través de la adopción, la nacionalidad española. En este último supuesto, la ley aplicable a la nulidad (salvo excepciones) a los aspectos sobre capacidad y consentimientos es la ley nacional del menor debido a que es esta misma ley sobre la que se constituyó la adopción, siendo para el resto de aspectos, la ley española.

Respecto al segundo supuesto, el de la adopción constituida en el extranjero que quiere ser declarada nula ante los tribunales españoles, esta autoridad únicamente podrá proceder al estudio de la nulidad cuando previamente la adopción haya sido reconocida en España como tal, carecería de sentido estudiar sobre la validez o no de algo que carece de existencia en nuestro Estado. Una vez reconocida la adopción, se podrá instar a la nulidad de la misma, en cuyo caso la ley a aplicar sería la de constitución, es decir, la ley extranjera y todo su sistema de normas de conflicto.

### **6.3. Ley aplicable a los aspectos relativos a la capacidad del menor y a todos los consentimientos requeridos**

Por último, nos queda ver cuál es la ley aplicable para la determinación de la capacidad del adoptando y los demás consentimientos que sean necesarios, lo cual se encuentra previsto en los arts. 19 y 20 de la LAI.

La regla general admitida se deriva de lo recogido en el apartado 1 del art. 19, el cual a pesar de estar hablando de una excepción que veremos a continuación, deja entrever cuál es el método común, que no es otro que la aplicación de la ley sustantiva española. Por lo tanto, en principio, para los aspectos sobre capacidad y consentimientos habrá que estar a lo previsto en nuestra ley.

No obstante, como ya hemos adelantado, este método no es absoluto, pues se advierten en el mismo artículo distintas excepciones.

La primera de ellas es la aplicación de la ley nacional del adoptando, cuando se den dos supuestos: que el adoptando tenga su residencia habitual fuera del Estado español en el momento en el que se constituye la misma o bien que el adoptando no adquiriera la nacionalidad española en virtud de la adopción.

Con respecto al primero de los apartados (Art.19.1.a) hay que dar cuenta del único caso al cual se circunscribe esta circunstancia para amoldar este artículo con lo descrito en el artículo anterior (art.18) sobre la ley aplicable a la constitución. Poniendo en contacto ambos artículos, llegamos a la conclusión de que si bien para constituir una adopción, el tribunal español solo puede emplear la ley española y esta resultara aplicable únicamente cuando el adoptante tenga su residencia o la vaya a establecer en un futuro dentro del territorio de nuestro Estado, entonces el supuesto del art. 19.1.a) solo entraría en juego cuando teniendo residencia habitual en el extranjero, se prueba la intención de trasladar al menor a España tras la constitución de la adopción. Puesto que de no ser así, la autoridad española no hubiera podido constituir la adopción por falta de ley aplicable, y por ende, no cabría preguntarse cuál sería la aplicable para los consentimientos y capacidades exigidos.

Esta argumentación daría lugar al problema del que ya hablamos antes en el apartado de la ley aplicable a la constitución, puesto que si el tribunal español se puede declarar competente pero tras ello, no puede aplicar ninguna ley, entonces quedarían casos vacíos de regulación y surgiría la duda de cuál es la ley estatal a aplicar. Este problema surge a raíz de la reforma de 2015, puesto que antes, al permitir a los tribunales españoles la aplicación de la ley extranjera, no se daba ese conflicto y la solución al mismo, no es otra que el rechazo de la competencia por parte de las autoridades españolas en base a la falta de razonabilidad y conexión con el Estado español, puesto que si se prueba que ambas partes residen en el extranjero y no tienen intención de trasladarse, parece manifiesta la falta de vinculación; como ya dijimos, la sola nacionalidad española, aunque justificaba un foro de competencia, no era suficiente.

Respecto al segundo supuesto, sería de aplicación la ley nacional del adoptando para estos aspectos, cuando no hubiera adquirido la nacionalidad tras la constitución de la adopción. Al igual que pasaba antes, este caso también se circunscribe a una sola situación que será cuando los padres adoptivos no posean la nacionalidad española, ya que por el contrario, esta nacionalidad sería adquirida por el adoptando menor de dieciocho años de forma automática, según lo previsto en el artículo 19 del Código Civil. Y me refiero a la menoría de edad porque si fuera mayor, el adoptando ostentaría la opción de solicitar la nacionalidad española en el plazo de dos años desde la constitución o mantener la de origen.

La consecuencia de esta primera excepción no es otra que la aplicación de dos leyes distintas por la autoridad española, cuyo inconveniente es la ralentización del proceso, puesto que hay que hacer más trámites procesales, como probar el derecho extranjero por parte del Ministerio Fiscal español. Pero de forma opuesta, traería consigo la ventaja de evitar constituir adopciones claudicantes, dado que toma en consideración una ley extranjera.

Es precisamente este propósito, el de evitar adopciones claudicantes, el que se persigue al posibilitar al tribunal español la aplicación de una ley extranjera. De hecho, el apartado 2 del artículo 19, contempla este objetivo al afirmar que únicamente procederá la excepción cuando se analice y declare que esta favorece la fácil validez de la adopción en el país del que es nacional el adoptando.

Además, este objetivo es también advertido en la Exposición de Motivos de la propia LAI, cuando manifiesta el otorgamiento de discrecionalidad a los tribunales españoles para analizar, cuando las circunstancias del caso concreto lo permitan, la conveniencia de entrada de leyes extranjeras, cuando esto vaya a colaborar con una “mayor validez internacional de la adopción constituida en España”.

La segunda excepción a la regla general es la contenida en el apartado 3 y se refiere expresamente a la adopción de apátridas o sin nacionalidad determinada. Este punto únicamente deniega la aplicación de la ley nacional del adoptando, pero sin hacer ninguna aclaración de cuál sería la ley a aplicar, no obstante, parece evidente que si no se aplica la ley nacional del adoptando, será de aplicación la regla general, por lo tanto la ley española.

Pero esta afirmación no es absoluta, existentes algunos autores críticos a esta posición que defienden que la ley aplicable en estos casos es la ley del país donde el menor mantiene su residencia habitual, por ser esta la ley personal que recoge el artículo 9.10 del CC; y que además, lo contenido en ese apartado es innecesario<sup>33</sup>.

Para terminar esta primera parte, relativa al art. 19 de la LAI, hay que hacer mención del apartado 4, introducido en la reforma de 2015 y que viene a expresar la obligación de los tribunales españoles para denegar la constitución de adopciones, cuando la ley nacional del menor a adoptar prohíba dicha institución, salvo en una circunstancia específica, que el menor este en situación de desamparo y bajo la tutela de la Entidad Pública.

---

<sup>33</sup> PARADELA AREÁN, P., “Breve comentario a la Ley 54/2007 de Adopción Internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 16, 2008, p.6.

La justificación de esta novedad se encuentra en torno a la figura de la *kafala islámica*, y la elusión de kafalas fraudulentas, que no respeten los principios exigidos por esta. La problemática práctica, radica en aquellas situaciones en las cuales los adoptantes, a través de esta figura, “acogen” a un menor marroquí para posteriormente trasladarlo a España, e instar aquí la constitución de una nueva adopción. Ante esta situación, que de forma indirecta, otorgaba la posibilidad de constituir adopciones internacionales entre nacionales españoles y menores marroquíes, el Gobierno de Marruecos, en su momento (2012) emitió un comunicado advirtiendo de la paralización de todos los procesos ya iniciados en los que interviniera algún menor nacional suyo. En defensa, el Gobierno español ofreció la inclusión, dentro de su regulación jurídica, de una cláusula que obligare el respeto de los principios de la kafala y por lo tanto, impeditiva de constituir o convertir esta institución en una adopción plena en nuestro Estado.

A raíz de esto es como llega a nuestra ley este apartado 4, pero como ya dijimos con una excepción, la de menores desamparados y bajo tutela pública. En este caso, sí que se permite saltarse los principios de la kafala, ya que se trataría de una medida de protección al menor. Pero esto abre un nuevo debate en torno a lo que se identifica con “desamparo” dentro de nuestro sistema, puesto que es un concepto indeterminado y por ende, con margen de valoración por parte de las autoridades quienes en base a lo que dispone el artículo 172 del CC, pueden decidir si la situación entra o no en el concepto.

Cabe hacer mención al caso judicial recogido en el Auto de la AP de León 57/2019<sup>34</sup>. Esta resolución, parte de la previa constitución de una institución marroquí de protección de menores, por autoridades marroquíes, por parte de adoptantes también nacionales de este Estado, cuya intención es constituir una adopción plena en España. Partiendo de la base de que en Marruecos la adopción no está permitida y ajustándonos a lo previsto en el art. 19.4 LAI, en principio, nuestras autoridades deberían denegar la constitución, cuando rija la ley nacional del adoptando. Pues bien, en el caso que nos acontece, tanto adoptantes como adoptando, son de nacionalidad marroquí, pero con residencia en España, por lo tanto, en virtud de una posible adopción, el adoptando no adquiriría la nacionalidad española y por ello, estaría incluido dentro de las excepciones a la aplicación de la ley española en lo referido a la capacidad y consentimientos. Es decir, sería de aplicación la ley nacional del menor (art. 19.1 LAI) y dado que como bien dijimos antes, la ley marroquí no admite la institución adoptiva, y el supuesto del niño no entra dentro de ninguna situación de desamparo o bajo

---

<sup>34</sup> Auto de la Audiencia Provincial de León núm. 57/2019, de 27 de junio (ECLI:ES:APLE:2019:922A)

tutela de la Entidad pública, la adopción no podría constituirse en España, siendo así como resuelve el Tribunal.

Con el mismo objetivo que vimos antes, de evitar adopciones claudicante, se redacta también el artículo 20 y viene a recoger la facultad de la autoridad española para exigir otro tipo de consentimientos o autorizaciones, no obligatorios según el artículo anterior, pero existentes en la ley nacional o de la residencia habitual del adoptante o adoptando indiferentemente, siempre que sea en pro del interés del menor o cuando lo solicite el adoptante o el Ministerio Fiscal.

Parece interesante aclarar un punto que me ha resultado repetitivo. Cuando hablábamos de la fase administrativa, hacíamos referencia a que las Autoridades Centrales u Organismos Acreditados, debían probar la concurrencia y validez de todos los consentimientos necesarios. Por lo tanto, el hecho de que ahora, en la fase judicial, estemos hablando otra vez de estos consentimientos da lugar a la existencia de un doble control, uno ejercido durante la fase previa administrativa y otro en la fase judicial, donde además se concede a los tribunales la capacidad para poder exigir más requisitos de los estrictamente necesarios (art.20 LAI).

Este artículo 20 LAI contiene, como hemos adelantado, la facultad de los jueces y tribunales españoles para poder exigir los *“consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando”*, pero no podrá ser en cualquier caso, deberán mediar dos circunstancias: que esta exigencia actúe en beneficio del menor y que sea instada bien por el adoptante, o bien por el Ministerio Fiscal. En cualquier caso, esta exigencia a mayores es potestativa y no imperativa, como sucede con el contenido del artículo anterior.

En resumen, la regla general para analizar la concurrencia de capacidad del adoptando y los consentimientos que se requieran es la ley española con excepción de las dos situaciones recogidas en el apartado 1 del art. 19, en las que se aplicará la ley nacional del adoptando, siempre y cuando se afirme que esto facilita la validez de la adopción; y la situación en la que se encuentran los apátridas, respecto a lo cual y aunque la ley parece indicar que será la regla general, existe un debate en si es la ley española o la ley personal del apátrida la que rige.

#### **6.4. Cláusula de orden público internacional**

En términos generales, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, esta cláusula no es sino un mecanismo de protección frente a fuertes alteraciones que pudieran acaecerse contra

los principios y valores fundamentales protegidos en nuestro ordenamiento, a consecuencia de la aplicación de una ley extranjera. Es decir, se trata de una excepción a la aplicación de una ley extranjera.

Concretamente en nuestra materia, esta cláusula se encuentra recogida en el art. 23 LAI como una cláusula específica de orden público, puesto que se articula sobre la estructura básica de nuestro Estado y no sobre el orden público internacional en general, de hecho es el propio artículo el que se encarga de acotar su ámbito de aplicación al “*orden público internacional español*”, o lo que es lo mismo, recoge un orden público internacional “de proximidad”, únicamente destinado a la protección el sistema español<sup>35</sup>. Este mismo precepto establece las dos condiciones que han de sucederse para poder accionar dicha cláusula y son, en primer lugar, la vulneración del principio de interés superior del menor, por ser este el regente de toda la institución adoptiva; y en segundo lugar, será necesario que el caso concreto tenga una conexión suficiente y razonable con España, ya que de no ser así, no se vería lo suficientemente intimidado como para activar la cláusula.

En cualquier caso, si el hecho de aplicar una ley extranjera conlleva un perjuicio a dicho principio, entonces se dejaría de aplicar dicha ley y en su lugar, se pasaría a aplicar la ley sustantiva española. Pues bien, el hecho de dejar de lado una ley extranjera en favor de la ley del foro, deja entrever otras consecuencias, no tanto de aplicación de la ley, sino de validez extraterritorial, lo cual podría derivar en adopciones claudicantes.

En términos prácticos, lo que conlleva esta cláusula es la inaplicación de una ley extranjera, cuando esta entre en juego, que vaya a atentar en perjuicio del menor protegido en la institución. Por ejemplo, en el ámbito de la nulidad, el hecho de que una adopción, válida en nuestro estado, deviniera nula según una ley extranjera y se demostrara que esta nulidad actúa en perjuicio del menor, no se aplicaría esa ley. La adopción continuaría con su validez en España, a pesar de que luego esto pudiera derivar en otros problemas de reconocimiento extraterritorial.

## 8. CONCLUSIONES

La institución de la adopción internacional, a pesar de haber sido objeto de regulaciones varias, sigue presentando hoy en día múltiples problemas derivados, en cierto modo, de la poca claridad otorgada en el texto de la LAI por el legislador. Es decir, la finalidad de crear

---

<sup>35</sup> Sánchez Cano, M. J. (octubre 2018). Hacia la recuperación de la adopción simple en el Derecho español. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 642-675.



un régimen uniforme, completo y ordenado que perseguía la LAI, para poder dar solución a las diferentes cuestiones, no se ha conseguido de forma absoluta; sigue habiendo aspectos a los que no se otorga una respuesta concreta. Los dos aspectos fundamentales de la institución, aparte del reconocimiento extraterritorial, son la determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable. Todo el sistema se articula en base a unos foros competenciales, previstos para cada supuesto según se trate de constitución, nulidad o conversión de la adopción, y en resumen son competentes nuestros tribunales cuando medie nacionalidad española o residencia habitual dentro del territorio español de alguna de las partes, ya sea adoptante o adoptando. La amplitud de circunstancias a través de las cuales se concede competencia a nuestros tribunales para conocer de los asuntos adoptivos provoca que un mayor número de expedientes sean tramitados y por ende, que un mayor número de menores vayan a ser protegidos por medio de esta institución. No obstante, puede desencadenar otros efectos contrarios al fin; en muchos casos, a pesar de entrar dentro de alguno de los foros, no se manifiesta una conexión suficiente con nuestro Estado, lo cual da lugar a foros exorbitantes, que deviene en el efecto contrario al de protección del menor, puesto que comportaría la constitución de adopciones claudicantes. Pero esta problemática no se queda aquí, esta amplitud también entra en discordancia con lo previsto en el capítulo siguiente, para la determinación de la ley aplicable, los foros recogidos en este caso son mucho más limitados que en el caso anterior, se limitan a dos supuestos, bien que la residencia habitual del adoptando se encuentre dentro de España, o bien que esta vaya a ser trasladada a nuestro Estado para centrar la residencia habitual dentro del mismo. Esta diferencia en el elenco de foros, con el añadido de la prohibición de aplicación de una ley extranjera nos lleva a la contemplación de situaciones en las cuales, los tribunales españoles, a pesar de ser competentes, no pueden aplicar ninguna ley.

En cualquier caso, para las adopciones internacionales donde a parte del interés superior del menor, en torno al cual gira toda la institución, existen varios ordenamientos en juego, la solución es analizar cada caso de forma individualizada, y dar con una solución concreta al mismo. Por lo tanto, podrán darse casos en los cuales, a pesar de concurrir alguno de los foros de competencia, nuestros tribunales se aparten de su conocimiento por entender una falta de conexión, que derive en un foro exorbitante. En esta misma línea, también podrán apartarse de su conocimiento en base a este mismo motivo, cuando a pesar de ser competentes, no tengan a su alcance la ley de aplicación; en algunos otros casos, podrán permitir la aplicación de una ley extranjera siempre que esto vaya a beneficiar al sujeto protegido, el menor, y esta aplicación no resulte contraria al orden público internacional.

En definitiva, la LAI contiene una regulación general pero no prevé todas las circunstancias excepcionales que pueden mediar en una institución de este tipo, por ello concede ciertas facultades a los Jueces y Tribunales para el estudio de los casos individuales, pero como cualquier competencia discrecional, puede llevar consigo otras dificultades prácticas de injusticia social. La LAI crea un sistema de solución de conflictos basado en la armonización de reglas normativas y técnicas judiciales, estas últimas a través de cláusulas de desvinculación. Es decir, esta Ley, a la par que abre el sistema español a multitud de supuestos (amplitud de foros), permite restringirlo cuando así fuera necesario y siempre en beneficio del menor, a través de un desarrollo judicial, para evitar adopciones claudicantes.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

- Arenas García, R., & González Beilfuss, C. (2009). La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*(17).
- Baelo Álvarez, M. (2013). La adopción: historia del amparo socio- jurídico del menor. *Universidad de La Coruña*.
- Calvo Caravaca, A. L., & Carrascosa González, J. (julio- diciembre de 2008). Adopción Internacional y competencia judicial internacional en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre 2007 de adopción internacional. *Estudios Deusto*, 56(2), 73-104.
- Calvo Caravaca, A. L., & Carrascosa González, J. (2008). Modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción internacional y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre. *Boletín del Ministerio de Justicia, Año 62*(2073), 3857-3878.
- Calvo Caravaca, A. L., & Carrascosa González, J. (Marzo de 2010). Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, II(1).
- Calvo Caravaca, A. L., & Carrascosa González, J. (2018). *Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares.
- Di Bernnardis, C. I. (2009). Expansión territorial de la dinastía Sargónida (ca. 2340-2150 a.c.): "El País" y la periferia, fuente e interpretaciones. *Historiae*(6), 1-38.
- Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños. Asamblea General de Naciones Unidas. (2010).
- Documento Informativo nº4 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico 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. (2015).
- Garcimartín Alférez, F. J. (1995). ¿Caben reducciones teleológicas o "abuso de derecho" en las normas sobre competencia judicial internacional? *Revista Española de Derecho Internacional*, XLVII.
- Gómez Campelo, E. (2009). Los perfiles de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de adopción internacional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*(18).
- Guzmán Peces, M. (2006). La adopción internacional de menores: especial referencia al requisito de idoneidad en el procedimiento de constitución. *AFDUA*, 83-105.
- Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines. (2010). *BOCG- Senado, IX Legislatura*(545).
- Ortiz Vidal, M. D. (2020). *La Adopción Internacional tras la Ley 26/2015*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Paradela Areán, P. (2008). Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*(16).
- Sánchez Cano, M. J. (Octubre de 2018). Hacia la recuperación de la adopción simple en el Derecho español. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 642-675.

Sánchez Cano, M. J. (Marzo de 2019). Cuestiones vinculadas a la constitución de la adopción de mayores de edad: análisis desde el Derecho internacional privado español. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, XI(1), 904-916.

Vela Sánchez, A. J. (2017). Irrevocabilidad, nulidad y extinción de la adopción. *Anuario de derecho civil*, 70(3), 1197- 1259.

## **10. FUENTES JURISPRUDENCIALES**

Sentencia del Tribunal Supremo 5672/1999, de 21 de septiembre. (ECLI:ES:TS:1999:5672)

Sentencia del Tribunal Supremo 563/2012, de 18 de enero. (ECLI:ES:TS:2012:563)

Auto del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8902A)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 9226/2012, de 26 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2012:9226)

Auto de la Audiencia Provincial de León núm. 57/2019, de 27 de junio (ECLI:ES:APLE:2019:922A)

## **11. FUENTES NORMATIVAS**

### **Fuentes internacionales.**

Acuerdo bilateral entre el Reino de España y la República de Bolivia en materia de adopciones, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2001. BOE, núm. 304, de 20 de diciembre de 2001, pp. 48437- 48439 (BOE-A-2001-24174)

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897- 38904 (BOE-A-1990-31312)

Convenio de Colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia, hecho en Madrid el 9 de julio de 2014. BOE, núm. 74, de 27 de marzo de 2015, pp. 26414- 26422 (BOE-A-2015-3274)

Convenio de Cooperación en materia de adopción entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, hecho en Hanoi el 5 de diciembre de 2007. BOE, núm. 16, de 18 de enero de 2008, pp. 3675- 3678 (BOE-A-2008-898)

Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963. BOE, núm. 56, de 6 de marzo de 1970, pp. 3629-3638 (BOE-A-1970-257)

Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. BOE, núm. 167, de 13 de julio de 2011, pp. 77734-77743 (BOE-A-2011-12066)

Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. BOE, núm. 182, de 1 de agosto de 1995, pp. 23447- 23454 (BOE-A-1995-18485)

Protocolo sobre adopción internacional entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 12 de noviembre de 2002. BOE, núm. 21, de 24 de enero de 2003, pp. 3127- 3131 (BOE-A2003-1483)

#### **Fuentes estatales.**

Constitución Española. BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 (BOE-A-1978-31229)

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE, núm. 119, de 19 de mayo de 1981, pp. 10725-10735 (BOE-A-1981-11198)

Ley Orgánica 6/1987, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE, núm. 157, de 2 de julio de 1985 (BOE-A-1985-12666)

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. BOE, núm. 275, de 17 de noviembre de 1987, pp. 34158- 34162 (BOE-A-1987-25627)

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE, núm. 15, de 17 de enero de 1996 (BOE-A-1996-1069)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2000 (BOE-A-2000-323)

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015, pp. 54068- 54201 (BOE-A-2015-7391)

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE, núm. 180, de 29 de julio de 2015 (BOE-A-2015-8470)

Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional. BOE, núm. 81, de 4 de abril de 2019, pp. 34616- 34641 (BOE-A-2019-4951)

**Fuentes autonómicas.**

Decreto 37/2005, de 12 de mayo, por el que se regulan los procedimientos administrativos y otras actuaciones complementarias en relación con la adopción de menores. BOCYL nº 95, pp. 8614- 8628.

Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón. BOA nº 86, pp. 5595- 5616.