



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El interés del menor en las adopciones internacionales

Autor

Javier Ruiz de Temiño Solá

Director

José Javier Pérez Milla

Facultad de Derecho
2020

ÍNDICE

I.	LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	2
II.	INTRODUCCIÓN.....	3
III.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	4
IV.	FINALIDAD DE LA FIGURA.....	5
V.	CONCEPTO.....	7
	1. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.....	7
	2. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	10
VI.	LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN SU “PRAXIS”.....	14
	1. ENTIDADES COLABORADORAS.....	14
	2. IDONEIDAD.....	15
	2.1. Adopción internacional de menor de origen chino de 6 a 7 años. Falta de idoneidad.....	15
	2.2. Valoración de la prueba de idoneidad en la adopción internacional.....	19
	2.3 Acceso al registro civil en el requisito de idoneidad.....	21
	3. FORMALIDAD.....	23
	3.1 Adopción constituida en Etiopía sobre una menor nacida en 2015.....	23
	3.2 Validez de la apostilla electrónica expedida por autoridades colombianas.....	25
	4. CORRESPONDENCIA DE EFECTOS.....	29
	4.1 Correspondencia de efectos en el marco registral.....	35
VII.	CONCLUSIONES.....	38
VIII.	BIBLIOGRAFÍA.....	40
	1. ANEXO LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.....	40

I. LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

CC: Código Civil

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

RDGRN: Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado

LAI:	Ley de Adopción Internacional
CH	Convenio de la Haya
RC:	Registro Civil
DGRN:	Dirección General de Registros y del Notariado

II. INTRODUCCIÓN

Este trabajo de fin de grado, pretende adentrarse en la legislación reguladora de la adopción internacional y va a girar en torno al valor principal de la adopción internacional, la protección del menor, puesto que esta institución se configura con este objetivo a partir del pasado siglo XX hasta nuestros días. El interés que me impulsa a la realización de este trabajo no es otro que el de, a través de la observancia de los textos legales sumados a la visión práctica que obtendremos de las resoluciones y sentencias, ver en qué medida la institución de adopción internacional favorece de facto a este interés del menor, puesto que constituye el punto neurálgico de la misma y me afecta personalmente como primo de dos niñas adoptadas en Vietnam y Nepal. Trabajaré concretamente desde la perspectiva de las adopciones regularmente constituidas en el extranjero que, debido a una serie de previsiones normativas, son entorpecidas o incluso invalidadas, de tal forma que no surten efectos en España como

veremos a lo largo de este trabajo. Conjunta y necesariamente debido al tema que nos ocupa, trataremos tanto el problema de las adopciones claudicantes, las adopciones excesivamente lentas (lo cual afecta de manera conjunta el interés de menores y de potenciales adoptantes) y veremos los problemas a los que se enfrentan los legisladores y jueces a la hora de legislar y juzgar en un ámbito globalista, donde se van a encontrar necesariamente con otras perspectivas normativas basadas en culturas diversas. Viendo en profundidad, los arduos problemas que se presentan a los Tribunales de Justicia en la aplicación de la norma y su espíritu.

En cuanto a la metodología seguida, vamos a delimitar el concepto de adopción internacional junto con sus antecedentes históricos, la legislación que regula el objeto del trabajo y finalmente extraer conclusiones de la práctica jurídica, aplicando el método deductivo a diversas sentencias y resoluciones.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La institución de la adopción ha cambiado a lo largo de los siglos sobre todo en su finalidad.

En las culturas antiguas adoptaba ésta un cariz político-religioso, debido a la importancia de la familia y la continuidad de ésta. Esto lo podemos ver en la legislación mesopotámica.

El Código de Hamurabi, compuesto hacia 1750 antes de Cristo por el rey de **Babilonia** con su mismo nombre, es uno de los conjuntos de leyes más antiguos encontrados hasta el momento y en él ya se contempla la adopción: “Si uno tomó un hijo en adopción como si fuera su hijo, dándole su nombre y lo crió, no podrá ser reclamado por sus parientes”. O “si uno adoptó un niño y cuando lo tomó hizo violencia sobre el padre y la madre, el niño volverá a casa de sus padres”.¹

Pero es en el derecho **Romano** donde se completa.

La familia, de carácter patriarcal, ya que consistía en la unión de una serie de personas al mandato de un paterfamilias (ostentaba los derechos familiares y era la representante del resto de la familia), tenía una gran importancia en Roma pues, en su origen, era el supremo órgano político y de hecho la formación de Roma se dio a través de la agrupación de esas

¹ Leyes 185 y 186 del Código de Hamurabi

familias o gentes. Hay que observar aquí la importancia que tiene la conservación de las familias, ya que por un lado implicaba una continuidad del culto a los dioses y por otro, constituía la organización social más importante, fuente de derechos y obligaciones. Para ilustrar esto véase cómo se vestían los hijos en función de su edad, donde, por un lado, los menores de edad van ataviados con una túnica corta y pretexta, mientras que los mayores de diecisiete años con la toga viril y la toga pretexta era ofrecida a los dioses como símbolo ritual de la iniciación en la madurez y por otro lado su perpetuación se consideraba políticamente necesaria. La paternidad implicaba entre otras cosas, la atribución al hijo del patronímico, es decir un nombre derivado del paterno y derechos recíprocos de sucesión. Y una de las causas por la que se perdía la patria potestas, el poder del paterfamilias sobre los hijos, era por la adopción de un tercero, lo que requería la previa emancipación del sujeto. Así, a esta pérdida de la patria potestad se sucedía la correlativa incorporación del adoptado al núcleo familiar del paterfamilias adoptante, puesto que la adopción era una forma imitativa de la filiación natural, otorgando los mismos derechos y obligaciones a los sujetos de dicha nueva relación. Además, lo que actualmente se considera una institución de derecho privado, en Roma tenía una clara dimensión pública, evidenciando la importancia política de la institución. Es importante remarcar que no se podía, salvo con causa justa, adoptar a más de un arrogado.²

Durante el **siglo XIX**, tras un cuestionamiento de la institución en la época codificadora, la adopción se empieza a concebir como un pacto de familia, en el que el adoptado podía quedar sujeto a la patria potestad del adoptante y adquirir así los derechos en su sucesión hereditaria. La adopción era muy restringida y prácticamente solo tenía fines sucesorios, como podemos ver en la regulación del código francés de 1804.³

IV. FINALIDAD DE LA FIGURA.

Cómo podemos observar en el libro *Globalización y Derecho*⁴, la finalidad de la adopción que hasta este momento tiene como fin principal la capacidad sucesoria, cambia a partir del siglo XX, de forma que la adopción adquiere nuevos caracteres.

² CRUZ OLIVER SOLÁ.M, “Precedentes romanos sobre adopción tutela y curatela” en *Dereito* Vol. 18, N°2, 2009

³ CORRAL TALCIANI.H, “El nuevo régimen jurídico de la adopción en Chile” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N°1, 2001, p. 10

⁴ CALVO CARAVACA. AL Y BLANCO-MORALES LIMONES. PB, *Globalización y derecho*, Editorial COLEX, 2003, pp. 23-25

Por un lado, **centra su atención en el menor**, al advertir que éste, al contrario del adoptado mayor de edad, se encuentra indefenso y fácil víctima de explotación. Ello, de otro lado, lleva a la convicción de la necesidad de crear el marco jurídico que sea capaz de proteger como consecuencia ese menor, sujeto de la adopción.

Y así, en estos momentos, la adopción pasa a ser considerada como adopción legitimante, con el objetivo de mantener una estabilidad familiar de adoptantes y adoptado, suprimiendo necesariamente el ligamen a la familia de origen del adoptado. Cuanto antecede se fragua a consecuencia de la aparición de un gran número de huérfanos que nos dejaron los conflictos del siglo XX y en la necesidad de darles una vida digna.

Efectivamente, las dos guerras mundiales, así como conflictos bélicos locales de gran dimensión como la guerra en la antigua Yugoslavia y las crisis en los países del Este, dan lugar a la aparición de un gran número de menores sin protección alguna.

Paralelamente, el mundo occidental, inmerso en una situación de bienestar, sufre un importante descenso demográfico occidental, existiendo multitud de parejas sin capacidad para tener hijos biológicos y que pretender suplir dicha incapacidad con la adopción. Y así tenemos que en Occidente crecía la demanda de matrimonios que querían adoptar menores, pero el mayor nivel de vida y el ya citado descenso en la natalidad hacía que afortunadamente el número de menores nacionales a adoptar era escaso. Por el contrario, la alta natalidad presente en los países del llamado tercer mundo, junto con los niveles de pobreza y los numerosos y continuos enfrentamientos armados, da lugar a la existencia de menores que, en sus países, se veían (y se ven) impedidos de un desarrollo mínimamente digno.

Estos factores son clave para que las adopciones se internacionalizaran. Y así es lo más usual actualmente en España que se busque la adopción de menores de otras nacionalidades. (Luego veremos cómo lo más frecuente es que la adopción se realice en el país de origen del niño para, posteriormente, instar la validez en España).

Así, pues, como podemos comprobar, la institución de la adopción muta en su finalidad, hasta dar lugar al interés del menor como principio vertebrador de la misma.

Aceptando este requisito fundamental surge el choque entre dos modelos que van a tratar de lograrlo:

Por un lado, tendríamos una adopción internacional (en que el adoptado es de un país distinto al de los adoptantes) y en que no interviene ninguna autoridad pública, siendo la

adopción un negocio jurídico entre la madre biológica (y, en su caso, del padre) y los futuros adoptantes. Este es el tipo de adopción que podemos encontrar en países como los Estados Unidos de América. Tiene la ventaja de ser rápida y carece de la problemática que supone la intervención estatal, como veremos más adelante. Pero, en contra, y por eso descartamos esta opción por los importantes efectos negativos, ponderados mucho más graves que en la adopción “publicada”, y que surgen de la desregularización de las adopciones. Entre ellos podemos enumerar: asignación de menores sin tener en cuenta sus intereses, tráfico y compraventa de menores, el secuestro de niños con fines de prostitución, pornografía y tráfico de órganos...

Es por eso que los altos organismos internacionales comprenden la necesidad de irrumpir en el campo del menor desamparado y desprotegido, para evitar los efectos negativos que se dan cuando se deja al libre albedrío de las partes contratantes.

A pesar de esto, el legislador no termina de acertar con el interés del menor, al convertirse las medidas cautelares y protectoras en verdaderas trabas para conseguir su finalidad y que muchas veces dan lugar al perjuicio de los intereses a proteger, impidiendo o dificultando la constitución de las adopciones internacionales.

En ocasiones nos encontramos con una regulación técnicamente defectuosa que también dificulta esta constitución.

V. CONCEPTO.

A continuación, vamos a delimitar el concepto de adopción tomando como punto de partida lo que emana de la legislación nacional, internacional y la correspondiente doctrina.

1. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

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 (Convenio de La Haya sobre Adopción) protege a los niños y a sus familias contra los riesgos de adopciones internacionales ilegales, irregulares, prematuras o mal gestionadas. Este Convenio, que también opera a través de un sistema de Autoridades Centrales, refuerza la Convención de las Naciones Unidas sobre

los Derechos del Niño⁵ y pretende garantizar que las adopciones internacionales se realicen en el interés superior del niño y con respeto a sus derechos fundamentales, así como prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños.

Su artículo 1, señala claramente cuál es el objeto: “El presente Convenio tiene por objeto: a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional; b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños; c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.”

Por su parte, el artículo 2 indica en qué casos se aplica: “1. El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ("el Estado de origen") ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante ("el Estado de recepción"), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen. 2. El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.”

Este Convenio fue ratificado por España, mediante instrumento de 30 de junio de 1995.

La **Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989**, en su preámbulo, tras reconocer y recordar que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado su fe en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, derechos y libertades enunciados en su Carta Magna y que tiene toda persona sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, reconoce la necesidad de proporcionar al niño una protección especial.

⁵ Artículo 21 del convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993: 1. Si la adopción debe tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y la Autoridad Central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior, esta Autoridad Central tomará las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para: a) retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional; b) en consulta con la Autoridad Central del Estado de origen, asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero; la adopción del niño solo podrá tener lugar si la Autoridad Central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos; c) como último recurso, asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés. 2. Teniendo en cuenta especialmente la edad y grado de madurez del niño, se le consultará y, en su caso, se obtendrá su consentimiento en relación a las medidas a tomar conforme al presente artículo.

Reconoce que en todos los países hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles, necesitando una especial consideración. Y para su protección establece el texto regulador que comienza por definir como niño a todo ser humano menor de 18 años, salvo que legalmente haya obtenido la mayoría de edad.

Tras enumerar las obligaciones de los Estados miembros en orden a la protección del menor, en su artículo 21⁶, se refiere a la adopción, en el sentido de que la consideración primordial ha de ser el interés superior del niño, por lo que los Estados parte han de velar porque la adopción del niño sea autorizada por las autoridades competentes, determinando ellas si la adopción es admisible conforme a las normas y procedimientos que determinen. Y reconoce que la adopción en otro país puede ser considerado como un medio para cuidar del niño.

En definitiva, se consagra el principio de que todos los instrumentos legales creados al efecto deben tener como finalidad la protección del menor.

Son de citar, además, los principios inspiradores de **la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989**, del **Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996**, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, del **Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores**, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, y del **Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo**, de 27 de noviembre de 2003.

⁶ Artículo 21 Convención sobre los derechos del niño, 20 de noviembre de 1989: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.

2. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

En España, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, contempla y regula la adopción internacional. Su objeto, finalidad y principios que le informan, son definidos en sus artículos 2 y 3. (**Artículo 2. Objeto y finalidad de la Ley.** “1. La presente Ley establece el marco jurídico y los instrumentos básicos -para garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor. 2. La finalidad de esta ley es proteger los derechos de los menores que van a ser adoptados, considerando también los de las personas que se ofrecen para la adopción y demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional. Artículo 3. Principios informadores. La regulación contenida en esta ley, así como en el resto de normas del ordenamiento jurídico español relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores, respetarán los principios inspiradores de las normas internacionales que antes hemos señalado”).)

En nuestra legislación patria, se define la adopción como «un acto solemne que da al adoptante, o adoptantes, como hijo al adoptado, creándose así un vínculo de parentesco puramente jurídico, pero por disposición legal con igual fuerza y efectos que si fuera de sangre», pues así lo prevé el art. 108 del Código civil que, tras reconocer que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción, determina que ambas «surten los mismos efectos».

Los puntos que considera fundamentales nuestro ordenamiento jurídico son los siguientes:

- 1) Extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia anterior. art 178 CC
- 2) La adopción debe ser “una institución que procura el desarrollo integral del niño en el seno de una familia estableciendo el mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza”.
- 3) Carácter irrevocable de la adopción.

Estos efectos son los característicos de las adopciones plenas, las cuales difieren de las simples o menos plenas en que estas últimas no rompe los vínculos con la familia de origen, suele ser revocable y que en cuanto al contenido de la filiación no suele surtir los mismos efectos.

Hemos de decir también que, procesalmente, las adopciones son actos de jurisdicción voluntaria, que “son aquellos en los que la Ley exige la intervención judicial para declarar o

constituir un derecho o una relación jurídica, autenticar un hecho o autorizar un acto. Se caracterizan por la ausencia de contradicción, en cuanto que sólo interviene una parte, el solicitante del pronunciamiento judicial” (Wolters Kluwer)⁷. A pesar de esto, para que la adopción constituida ante autoridad extranjera sea válida en España no cabe acudir a los artículos 952-954 de la ley de Enjuiciamiento civil, en adelante LEC, del año 1881. Así lo afirma la doctrina en numerosas resoluciones entre las que incluimos la RDGRN 7 abril 1952 en la que se exponía que: “la adopción, aunque de carácter público y autorizado y homologado judicialmente, no es de los que, según los arts. 951 y siguientes de la LEC, requieren exequatur para que surtan los efectos en España, ya que tal procedimiento propio de la ejecución de sentencias no es apropiado para los actos de estado civil, que solamente plantean un problema de calificación para determinar su autenticidad y legalidad y concederle los correspondientes efectos”

De esta forma la adopción constituida ante autoridad extranjera podrá surtir efectos en España a través de tres cauces.

- 1) Los convenios bilaterales firmados por España con otros países
- 2) A través del régimen de producción interna, que nos es dado por el artículo 26⁸ de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, en adelante LAI.

7

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTU0sztbLUouLM_DxblwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOCsoApvCPOjUAAAA=WKE. Fuente consultada el 21 de abril de 2020

⁸ Artículo 21 LAI: **Artículo 26. Requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales.**

1. En defecto de Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España que resulten aplicables, la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen los siguientes requisitos:

1.º Que haya sido constituida por autoridad extranjera competente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos razonables con el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido. Se presumirá, en todo caso, que son competentes aplicando de forma recíproca las normas de competencia previstas en el artículo 14 de esta Ley.

2.º Que la adopción no vulnere el orden público.

A estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación.

2. Cuando el adoptante o el adoptado sea español, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español.

Será irrelevante el nombre legal de la institución en el Derecho extranjero.

En particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes.

- 3) Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, en adelante CH 1993.

Especial alusión merece el artículo 26 de la Ley de adopción internacional.

La exposición de motivos de la Ley comienza indicando la necesidad de adecuar el ordenamiento a una realidad social que necesita de instrumentos normativos menos caóticos y con una mayor calidad técnica, debido a los factores económicos y demográficos explicados con antelación. Buscará legislar en beneficio del menor, con la más escrupulosa seguridad jurídica y reducir la dispersión normativa imperante hasta el momento de la redacción de esta ley, en el marco de la adopción internacional.

Busca, en aplicación de la constitución y de los instrumentos legales internacionales, que las adopciones se realicen ante todo en interés superior del niño, evitando prevenir su sustracción, venta o tráfico, asegurando la no discriminación por cualquier carácter y remarcando, que la ley tendrá que ser interpretada siempre con arreglo al interés superior de los menores, prevaleciendo sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en los procesos de adopción internacional. La comisión del senado en su trabajo sobre adopción internacional, coloca en un valor superior las necesidades del menor, sobre los derechos de los mayores que buscan adoptar a niños en países en vías de desarrollo.

En el título II capítulo III se regulan los efectos jurídicos que surten en España adopciones constituidas en el extranjero, la importancia de este apartado es mayúscula puesto que este tipo de adopciones es mayor que el número de adopciones constituidas en España. En defecto de normativa internacional establece un régimen de producción interna en el artículo 26 LAI, que

Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.

3. Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero. No se exigirá dicha declaración de idoneidad en los casos en los que de haberse constituido la adopción en España no se hubiera requerido la misma.

4. Si el adoptando fuera español en el momento de constitución de la adopción ante la autoridad extranjera competente, será necesario el consentimiento de la Entidad Pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España.

5. El documento en el que conste la adopción constituida ante autoridad extranjera deberá reunir los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción a idioma oficial español. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes.

gira en torno a la idea de exigir adopciones regularmente constituidas y que respeten unos mínimos de justicia, con especial atención al interés del menor.

Además, la ley incorpora una regulación hasta ahora inexistente en nuestro derecho positivo, relativa a adopciones simples o menos plenas constituidas por autoridades extranjeras y la posibilidad de conversión de las mismas en adopciones plenas.

El artículo 26 LAI va a exigir una serie de requisitos para la validez en España de esas adopciones constituidas en el extranjero, requisitos que deberían estar enfocados en el interés superior del menor. Estos son:

1. La autoridad que ha constituido la adopción tiene que ser competente, no tiene que ser necesariamente judicial como ha indicado la jurisprudencia, pero si una autoridad pública. Así se evita que la adopción sea un mero contrato entre las partes sin una regulación administrativa, con los correspondientes prejuicios vistos en el caso de las adopciones ``privadas``
2. La adopción no puede vulnerar el orden público, esta es una forma de impedir que se produzcan los posibles daños de las adopciones ``privadas``, en los Estados donde las adopciones se asemejan a contratos entre partes por su poca reglamentación, no respetando el interés del menor. En particular cuando se prescindien de los consentimientos y audiencias necesarias, cuando no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación, como enumera el artículo citado.
3. Se busca la correspondencia de efectos cuando el adoptante o adoptado sea español. Esta correspondencia no tiene por qué ser absoluta, pero si fundamental. La ley precisa estos efectos fundamentales necesarios para que la adopción sea admitida en el RC: que produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes. De esta forma se busca no regularizar situaciones que no entran dentro del concepto de adopción español, como la Kafala, institución de derecho musulmán, que puedan suponer prejuicios para los menores. Pero habrá que tener cuidado, ya que esta medida puede llegar a ser contraproducente, puesto que, si no produce los efectos de la adopción en España la adopción constituida en el extranjero, el adoptado no adquiere la nacionalidad española.
4. En el caso de que el adoptante sea español, será la Entidad Pública española competente, la que declare la idoneidad del mismo. El control de la idoneidad de los

adoptantes responde únicamente al interés del menor, por lo que encontramos criticable que se exija únicamente a los adoptantes españoles.

5. Por último, es exigido que la adopción constituida ante autoridad extranjera reúna los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción a idioma oficial español, exceptuando documentos eximidos de estos requisitos en virtud de otras normas vigentes.

VI. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN SU “PRAXIS”

Como no podía ser de otra forma, la puesta en vigor de todas las normas relativas a la cuestión, hicieron patente numerosos fallos y situaciones mal resueltas en cuestiones tan delicadas como la protección de los menores indefensos.

1. ENTIDADES COLABORADORAS

A estos efectos, resulta muy interesante el conjunto de observaciones introducidas por la Comisión del Senado⁹, las cuales nos ilustran acerca del problema:

“Las primeras quejas que se plantearon ante el Defensor del Menor en materia de adopción internacional revelaron la necesidad de intensificar la supervisión y control sobre las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional por parte de la entidad habilitante, especialmente en lo que se refería a las tarifas a aplicar a los adoptantes, al funcionamiento de sus representantes en los países de origen, a la información contenida en los documentos de preasignación de los adoptados, a la necesidad de mejorar el asesoramiento ofrecido a los interesados, a la importancia de dotar de coherencia a la información facilitada en supuestos idénticos y a la conveniencia de revisar los programas de preparación que se impartían a los solicitantes de adopción.

Probablemente las situaciones más difíciles son aquellas en las que se produce una paralización del expediente de adopción por alguna incidencia ocurrida en el país de origen, especialmente si los adoptantes ya han recibido la preasignación del menor y han establecido

⁹ Comisión especial sobre la adopción internacional, celebrada el lunes 15 de septiembre de 2003, pp. 3 y 6

con él un vínculo afectivo. En esta Institución se plantearon los problemas de la paralización de las sanciones en China o Rumanía, primero, y después en algunos Estados de la India, circunstancia que frustraba las expectativas de decenas de familias madrileñas”.

Es de destacar que la mayoría de los problemas prácticos que se plantean en la adopción internacional provienen de la fiabilidad de las instituciones del Estado de origen del adoptado, siendo hechos relevantes la edad del menor, su vínculo familiar, su situación sanitaria, etc.

Para analizar los problemas que se plantean en España, acudimos, en primer lugar, a la Jurisprudencia, en cuanto analiza y resuelve diversas cuestiones fácticas y jurídicas, sentando las pautas para su resolución. También habremos de hacer referencia a la doctrina de las resoluciones dictadas por la Dirección General de Notarías y Registros, filtro necesario para la inscripción registral y consiguiente reconocimiento del vínculo parental creado en la adopción.

2. IDONEIDAD

2.1. Adopción internacional de menor de origen chino de 6 a 7 años. Falta de idoneidad

Uno de los principales problemas que la práctica pone de manifiesto es el de la declaración de idoneidad del presunto adoptante. Y en este sentido es paradigmática la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, de fecha 22 de mayo de 2017¹⁰, resolviendo un recurso de apelación contra sentencia de Juzgado que había declarado la idoneidad de una persona. La Audiencia revoca tal resolución y niega la idoneidad de la interesada.

Y es paradigmática porque, aparentemente al menos, se produce un cambio de criterio de la Administración por cuanto el 16 de mayo de 2005, en que la interesada, como familia uniparental, presenta una solicitud para adopción internacional de un menor de origen chino, ante la Dirección General de Políticas Sociales, Infancia y Familia de la Junta de Extremadura.

Iniciado el correspondiente expediente, tras el oportuno proceso de valoración, los técnicos del Equipo de Valoración de Adopción Internacional de Cruz Roja elevaron sus informes

¹⁰ Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) Sentencia num. 114/2017 de 22 mayo. Referencia de WESTLAW.

favorables a la Comisión Técnica de Valoración, que dio su visto bueno a la propuesta de idoneidad para la adopción de un menor de origen chino de seis a siete años de edad.

El hecho es que, por razones ajenas a la voluntad de la peticionaria, no llegó a producirse la prevista adopción en el plazo de vigencia de la declaración de idoneidad (3 años).

En el año 2.015, la misma persona presentó solicitud de valoración para la adopción internacional y en el correspondiente expediente, el Equipo de Valoración de Adopción Internacional de Cruz Roja emitió informe por el que propuso la no idoneidad de doña Diana para la adopción de un menor de 6 o 7 años de edad de origen chino. Este informe fue ratificado por la Comisión Técnica de Valoración.

Tras el trámite de alegaciones, la Dirección General competente acordó declarar la no idoneidad de la solicitante para la adopción de un menor de origen vietnamita de seis a siete años de edad. La razón que dio el Equipo de Valoración fue que la peticionaria presenta motivaciones inadecuadas para la adopción, pues su proyecto de adopción estaba centrado en sus propias necesidades, siendo únicamente una vía para tener un aliciente en la vida, entre otras razones.

Y aquí surge la cuestión: Si ya se me había declarado idónea para una adopción internacional de un niño oriental, de edad aproximadamente igual, ¿por qué causa se me considera ahora inidónea? Siguiendo esa lógica, el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la idoneidad de la señora.

¿Cómo razona la Audiencia para considerar que la peticionaria no tiene la idoneidad para tal adopción internacional? Y aquí surge la cuestión de la posible arbitrariedad por parte de la Administración, especialmente si no razona adecuadamente los nuevos hechos o situaciones que justifiquen tal cambio de criterio.

La Audiencia Provincial, en la sentencia que comentamos, recuerda que La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, define la idoneidad de los adoptantes como 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 internacional”¹¹. Por su parte, el

¹¹ Artículo 10.1 LAI

artículo 176.1 del CC, exige tener en cuenta, además del interés del adoptando, la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

En consecuencia, sigue la sentencia, la idoneidad exige la aptitud necesaria para cumplir las funciones propias de todo progenitor: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental (artículo 154 del CC). Pero los presupuestos de la idoneidad no se agotan ahí. No basta con poseer un conjunto de aptitudes para ejercer determinadas funciones. El menor objeto de adopción no es un menor cualquiera, pues se ha visto privado previamente de su familia, con lo que ello comporta. Y no solo eso, en la adopción internacional, se suma también que el adoptado procede de un ambiente y cultura distintos, lo que exige un plus para su adaptación.

Con ello, la sentencia que comentamos advierte de la complejidad que supone hacerse cargo, como progenitor, de niños traumatizados por la separación de su familia natural, de su ambiente y cultura,

Por ello, al considerar la idoneidad como un concepto dinámico y relacional, en el que han de jugar las características del menor objeto de adopción para valorar las aptitudes y capacidades precisas para proporcionarle un desarrollo e integración adecuados.

La conclusión lógica a que llega la Audiencia en este punto es que la idoneidad no es única, ni para siempre: se puede perder y, al contrario, sin tenerla inicialmente puede llegar luego a adquirirse. Y, de esta forma, concluye que es perfectamente lícito que la Administración cambie de criterio 10 años después.

Seguidamente, la sentencia señala que el expediente actual es completamente distinto al que se incoó 10 años antes y, por tanto, el estudio de idoneidad debe ser ejecutado también “ex novo”. Tan largo periodo de tiempo, tiene relevancia propia y explica por sí mismo la pérdida de las expectativas del adoptante. Es una circunstancia relevante que no puede ser ignorada. Así, la edad de la adoptante ha pasado de 48 a 59 años; circunstancia que, entre otras cosas, puede condicionar la edad de los menores objeto de adopción.

Aunque la sentencia no lo dice, se deduce de su contexto que no es preciso ser un experto en educación para comprender que afrontar la adolescencia de un menor a la edad de jubilación y sin experiencia previa es tarea muy complicada y que apunta a un fracaso probable.

Menos importancia tiene, a mi juicio, el cambio de normativa ocurrido en ese lapso de diez años, pues siempre la finalidad será la misma: la protección del menor. Ahora bien, hemos de reconocer que, como dice la sentencia objeto de este comentario, 10 años son más que suficientes para que se hayan producido instrumentos técnicos nuevos, como el Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional, publicado por la Comunidad de Madrid en 2006 y el Manual para intervenciones profesionales en adopción internacional publicado por el Ministerio de Educación en 2008.

Aborda la sentencia otra cuestión sumamente compleja, máxime cuando su objeto es la idoneidad de alguien para algo: la de las pruebas periciales. Contra el informe emitido por el equipo de valoración de la Cruz Roja, siendo consciente de que no es una prueba iuris et de iure, la recurrida adjunta el dictamen pericial emitido por la psicóloga doña María. El juez con el sano criterio que se le supone, deberá entrar a valorar las pruebas periciales, puesto que el contenido del dictamen pericial no es dogma de fe. Es puesto de relieve que, en un juicio de idoneidad además de criterios objetivos, confluyen parámetros subjetivos, lo que hace que no puede hacerse de la idoneidad un concepto tan estricto, sino que debe pasar por un proceso lógico con vistas a la consecución del interés del menor.

La sentencia estima más conveniente el informe del equipo de valoración de la adopción internacional de la Cruz Roja. Esto se debe a que, en la ponderación, el informe emitido por la psicóloga doña María es considerado genérico, de tal forma que no estudia las especialidades del caso, no valorando las capacidades de la potencial adoptante con lo que se considera, circunstancias cruciales, como son la edad y la nacionalidad del adoptado. Como punto culminante, la sentencia pone en evidencia la necesidad de diferenciar la aptitud para ser madre biológica y la aptitud para ser madre adoptiva y que la filiación adoptiva requiere un plus con respecto a la biológica, sobre todo por las consecuencias emocionales que derivan de la separación de la familia adoptiva, lo cual suele ser una experiencia traumática.

En suma, la demanda es desestimada, confirmando la resolución de la junta de Extremadura por la que no se reconoce la idoneidad de Doña Diana.

Las conclusiones a que se llega con esta sentencia son:

- La declaración de idoneidad se refiere a un momento y a unas circunstancias concretas, por lo que puede cambiar si éstas cambian.

- La dilación excesiva en los procesos de adopción, por causas ajenas al adoptante, puede llevar a que el adoptante que en un principio era idóneo pierda esta condición, no haciéndose efectiva así una adopción con los beneficios que reportaría al menor en cuestión.

- En el caso de la adopción internacional, las cualidades precisas para actuar como un buen progenitor, habida cuenta los traumas que trae el adoptando, son o deben ser excelentes y adecuadas a la compleja tarea.

- Por ello, la Administración debe ser rigurosa en sus declaraciones, debiendo explicar porque el cambio de nacionalidad y edad, para este caso concreto, son circunstancias que hacen inidóneo al potencial adoptante. Esta conclusión es fortalecida por el estudio doctrinal de Javier Pérez Milla en relación a los `casos Berta`, donde expone que “si un juez debe valorar cualquier limitación de la idoneidad, debería dirigir el fiel de su balanza a testar el calibre de esa determinada circunstancia y el calibre de esa determinada circunstancia y sus implicaciones en el caso concreto. Como la decisión judicial se toma cuando ya existe una preasignación del menor, el juez español solo podrá desvirtuar esta preasignación realizada por una autoridad extranjera -donde se ha tomado en consideración el interés del menor individualizado- si existen circunstancias de carácter muy grave con implicaciones negativas directas sobre el menor. Tomando como referencia el carácter técnico de la idoneidad, será imprescindible una fundamentación y aval pericial de su decisión para el caso concreto, evitando consideraciones sobre el interés del menor en abstracto”¹².

2.2. Valoración de la prueba de idoneidad en la adopción internacional

Pero no sería justo este trabajo si nos quedásemos sólo con la sentencia indicada. Precisamente, la dificultad de valoración de la idoneidad en tal delicado tema, se prueba al leer la **sentencia de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 8 de mayo de**

¹² PÉREZ MILLA, JAVIER, “Matching y función pública autonómica en la adopción internacional: los `casos Berta`”, en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, nº. 36, 2007, p. 77.

2.012¹³, por la que se confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que declaró la idoneidad de un matrimonio con dos hijos para adoptar a un tercero, de nacionalidad distinta, de 0 a 3 años, revocando la resolución de la Administración que les había declarado inidóneos para dicha adopción.

La sentencia plantea “la dificultad que entraña dilucidar entre los informes psicológicos realizados a los recurrentes, dos de ellos tras pasar los test que comúnmente se suelen destinar al estudio de recursos y habilidades de los solicitantes, y sobre su personalidad, y el informe de la entidad Intress, sin el apoyo de tales medios”. Y ello cuando, como en el presente caso, pues “los datos objetivos referidos en cada uno de estos informes son contradictorios, y para terminar, el emitido por el SATAF, tras mostrar unas personas con adecuada capacidad cuidadora, concluye en la no idoneidad” del matrimonio.

No es éste el momento de analizar los elementos que componen cada uno de los informes periciales, si bien parece que la Sentencia se apoya más en el de la perito propuesta por los adoptantes, en base a que utiliza más las pruebas objetivas:” El ICAA con base en el informe de la entidad INTRESS, que como decimos no realizó prueba objetiva alguna, sino que basa su informe en entrevistas a los actores y una visita domiciliaria”.

Pero, en definitiva, lo que se observa es la tremenda complejidad que tiene esta valoración de idoneidad y la dificultad de decidir sobre la idoneidad de quien pretende una adopción y más si ésta es internacional.

En este caso, además, se ha de considerar que la Juez de Primera Instancia había declarado la idoneidad de la adopción, es decir, que, en principio, la revocación de la sentencia debía de estar especialmente motivada, máxime cuando, como la propia Audiencia termina, “se estima que la sentencia es ajustada a derecho y que es acertada la decisión de la juzgadora de instancia y en consecuencia, procede mantener la resolución impugnada por sus acertados razonamientos y el detenido análisis de la prueba practicada”.

Podríamos pues concluir que, en este caso, ha sido el principio de conservación el que ha inspirado la decisión de la Audiencia Provincial, que viene a valorar el trabajo de análisis y razonamiento de la Juez de instancia.

¹³Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia num. 305/2012 de 8 mayo. Referencia de WESTLAW.

2.3 Acceso al registro civil en el requisito de idoneidad

Cuestión distinta pero muy importante, es el **acceso al Registro Civil** a las adopciones, considerando que este acceso es el que permite acreditar frente a terceros la realidad de la adopción y, consiguientemente, dar validez a sus efectos jurídicos (derechos y obligaciones).

Por ello, vamos a analizar algunas resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado, que nos permitirán ver problemas que en la vida real se producen con esta cuestión.

Vemos en esta **primera resolución de la DGRN**¹⁴, cómo se pretende la inscripción de una adopción constituida el 29 de octubre de 2009 en Rusia, de dos menores rusos nacidos en 2003 y 2005, siendo denegada por el RC al considerar a los adoptantes inidóneos, tras haber obtenido la preceptiva declaración de idoneidad por la autoridad pública española competente, por no corresponder los criterios de dicha declaración con los menores finalmente asignados.

Al tratarse de una adopción constituida en el extranjero, el encargado del Registro tiene que acatar lo que estipula la LAI, ley remitida por el artículo 9.5 CC y que nos aporta los requisitos necesarios para que la adopción tenga validez en España y pueda acceder al registro. El artículo 26.3 LAI de esta recoge que «Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero. No se exigirá dicha declaración de idoneidad en los casos en los que de haberse constituido la adopción en España no se hubiera requerido la misma». El problema que se plantea, es que los adoptantes habían obtenido el correspondiente certificado por autoridad española competente, pero el certificado los hacía idóneos expresamente para la adopción de dos hermanos de entre 0 y 4 años y los menores adoptados no tenían lazo de parentesco y uno de ellos sobrepasaba la edad.

El artículo 10 de la LAI establece que «se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional». La resolución recalca que el certificado de idoneidad hace referencia a los futuros adoptantes y no a los menores sujetos a la adopción.

¹⁴ Dirección General de los Registros y del Notariado Resolución num. 1/2011 de 27 diciembre 2011. Referencia de WESTLAW.

Hay que matizar esta afirmación, puesto que si bien es verdad que lo que se está valorando es la idoneidad de los padres, ésta es respecto de menores con características concretas, siendo posible que los adoptantes sean idóneos para un perfil de menor y no para otro, como vimos en la anterior sentencia.

Continúa la resolución remarcando que, si bien es verdad que no se deben registrar adopciones en ausencia del certificado de idoneidad, hay que proceder de igual manera en el caso de que una vez obtenido el certificado, éste no se corresponda exactamente con los parámetros dados por aquel. Termina afirmando que, si el Registro entra a examinar una correspondencia entre certificado y asignación, estaría ejerciendo un control no previsto en el artículo 26 LAI.

Se produce pues en este caso una situación que perjudica el interés de los menores, causada por un exceso de la competencia que le otorga la ley al registrador civil, que consideró que el exceso de dos años y la no filiación, por alejarse, aunque sea mínimamente del certificado de idoneidad, era motivo de la no inscripción de estos menores.

En concordancia con la resolución precedente, **en esta segunda resolución de la DGRN¹⁵** se produce la falta de correspondencia entre los criterios de la declaración de idoneidad otorgada por la entidad pública española competente y la menor finalmente asignada. Por lo tanto la adopción producida por sentencia del 20 de Julio de 2010 dictada por el tribunal regional especial de Dakar (Senegal), no surtiría efectos en España por la negativa del RC de Sanlúcar de Barrameda, al considerar que por un lado los documentos aportados no estaban suficientemente legalizados conforme a los preceptos del artículo 88 del RC y la no aportación del certificado de idoneidad conforme a las exigencias del artículo 9.5 IV del CC, puesto que el certificado de idoneidad, escrito por la delegación provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, limitaba la adopción de menores con una edad comprendida entre 5 y 7 años, mientras que la menor finalmente adoptada contaba solo con 3 años en el momento de la adopción. Por lo expuesto, el RC denegaría la inscripción solicitada por Auto dictado el 24 de noviembre de 2011.

Recordemos lo que estipula el artículo 26 en su apartado 3 de la LAI “Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente

¹⁵ Dirección General de los Registros y del Notariado Resolución num. 3/2012 de 11 julio 2012. Referencia de WESTLAW.

extranjero. No se exigirá dicha declaración de idoneidad en los casos en los que de haberse constituido la adopción en España no se hubiera requerido la misma”. En este caso se había obtenido el certificado de idoneidad el 6 de octubre de 2006, con el problema de que limita la adopción a una horquilla de edad de entre 5 y 7 años, no llegando la menor adoptada a los 5 exigidos.

La resolución sigue la línea argumental de la resolución num. 1/2011 de 27 diciembre 2011 y podemos ver en ambos la extralimitación del registro en sus competencias, produciendo de esta forma consecuencias peyorativas en el ámbito de interés del menor durante la adopción.

3. FORMALIDAD

3.1 Adopción constituida en Etiopía sobre una menor nacida en 2015¹⁶.

Se solicita en el Registro Civil de Sant Feliu de Guíxols (Girona), la inscripción del nacimiento de una menor adoptada en Etiopía. “Aportaban la siguiente documentación: sentencia de adopción etíope en amárico, traducción al inglés jurada y legalizada de dicha sentencia, traducción jurada al español, certificado etíope bilingüe (amárico e inglés) de adopción legalizado y acompañado de traducción jurada al español, declaración de datos para la inscripción, certificado de idoneidad para la adopción, certificado de empadronamiento familiar, inscripción de matrimonio e inscripciones de nacimiento de los promotores y de su hijo S., nacido en 2011” Es requerida la legalización de la sentencia en Amárico, pero existe una circunstancia problemática en el contexto etíope del año de la resolución y es que algunos funcionarios se niegan a legalizar documentos en Amárico, al considerar que el único país en el que se habla esta lengua semítica es en Etiopía. Da fe de este hecho la cónsul de España en Etiopía y se resalta que los documentos aportados en inglés y español si están debidamente legalizados. Además, el embajador de España en Addis Abeba afirma que esta situación se ha producido en otras ocasiones y varios registros civiles han procedido a la inscripción de la adopción con el mismo tipo de documentación aportada en el expediente.

A pesar de lo dicho, la encargada del Registro denegó la inscripción al considerar imprescindible la legalización de la sentencia en amárico y no únicamente su traducción en inglés. Por lo cual se interpuso un recurso remitido a la DGRN para su resolución. A continuación, examinaremos los fundamentos de derecho.

¹⁶ Dirección General de los Registros y del Notariado Resolución num. 1/2018 de 15 junio 2018. Referencia de WESTLAW.

Esta decisión es debida a la interpretación del artículo 26 de la LAI en su apartado 5, el cual dice así "El documento en el que conste la adopción constituida ante autoridad extranjera deberá reunir los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción a idioma oficial español. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes".

Es importante destacar que en ningún momento se ha cuestionado el contenido de la resolución, siendo netamente un problema formal, en el que la resolución tiene varias consideraciones en cuenta:

- En primer lugar, es fundamental decir que, sí que han sido legalizados tanto los datos esenciales para practicar la inscripción en el certificado de adopción bilingüe (inglés y amárico), como la sentencia al inglés efectuada por traductor jurado. Aquí se redunda en la obviedad, de que la única traba que encuentra el encargado del registro para inscribir la adopción es de naturaleza formal.

- La embajada de España ha confirmado en diversos informes, que no ha encontrado ningún tipo de irregularidad ni de ilegalidad en el procedimiento de adopción.

- Por último, aumenta la singularidad del caso el hecho de que la resolución recalca, que están paralizadas las adopciones en Etiopía por parte de extranjeros, debido a una moratoria declarada en 2017, quedaron prohibidas en enero de 2018, por lo que no se prevé que se vaya a plantear un problema similar próximamente.

La resolución recuerda que los requisitos exigidos para que una adopción internacional acceda al RC, deben interpretarse y aplicarse con arreglo al interés superior del menor como prescribe el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 al señalar que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Por todo lo expuesto se acaba estimando el recurso y practicando la inscripción de nacimiento en el RC español de la menor adoptada en Etiopía.

En esta resolución se pueden observar los perjuicios que pueden causar a los menores una excesiva burocratización, en el caso de que no se proceda a aplicar la ley con una visión global y contextual del caso concreto. Vemos que, por parte del encargado del Registro, no se

han tenido en cuenta las circunstancias burocráticas de un país, ni los informes positivos de la embajada española con respecto al proceso en cuestión. Concluimos en la importancia de no aplicar con rigidez un artículo y, como expresa la resolución de la DGRN, ponerlo en consideración del interés superior del menor, pues se puede inferir de la lectura de la exposición de motivos de la LAI, que el objetivo de este artículo es el de, en aras del supremo interés del menor, que exista una seguridad jurídica en el proceso de adopción extranjera, impidiendo así posibles casos de sustracción o trata de menores en países que carezcan de garantías procesales suficientes y viendo el visto bueno de la embajada española, se puede deducir que no existe un peligro razonable de que se de alguna de estas graves consecuencias que busca evitar la LAI.

3.2 Validez de la apostilla electrónica expedida por autoridades colombianas¹⁷.

Se pretende realizar la inscripción principal de nacimiento y marginal de adopción, en el registro civil de Sevilla, de dos menores adoptados en Colombia. El encargado del Registro Civil decide no practicar la inscripción por la falta de legalización de los documentos originarios de Colombia, puesto que no se ajustan a lo dispuesto en el convenio de la Haya de 1961. Los interesados interpondrán recurso ante la DGRN, alegando que se ha introducido un nuevo modelo único de apostilla electrónica, por lo que les es imposible conseguir los documentos en la forma que se solicita.

Veamos a continuación cómo operan los fundamentos de derecho de la resolución y posteriormente sacaremos las conclusiones del caso.

Inicia exponiendo la resolución que los requisitos de forma presentan particular importancia en orden de evitar el fraude documental. Vemos que, en concreto con las adopciones constituidas en el extranjero, hay que estar a lo que dispone el apartado 5 del artículo 26 de la LAI: *“el documento en el que conste la adopción constituida ante autoridad extranjera deberá reunir los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción a idioma oficial español. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes”*. La legalización deberá realizarse por el cónsul español del lugar donde se expiden los documentos o por el cónsul del país extranjero en España. Se explica también que, los documentos que hayan sido expedidos

¹⁷ Dirección General de los Registros y del Notariado Resolución num. 5/2010 de 16 diciembre 2010. Referencia de WESTLAW.

por estados miembros de La Haya de 5 de octubre de 1961, la exigencia de legalización se sustituye por apostilla. (simplificación del trámite para los países miembros de La Haya)

La Haya establece que su normativa será aplicable a documentos autorizados en un Estado contratante y que deben ser presentados en otro Estado contratante. El artículo segundo del convenio señala que “cada Estado contratante eximirá de legalización a los documentos a los que se aplique el presente Convenio y que deban ser presentados en su territorio”, aclarando que “la legalización sólo cubrirá la formalidad por la que los agentes diplomáticos o consulares del país en cuyo territorio el documento deba surtir efectos, certifiquen la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente” La única formalidad que puede exigirse será la fijación de la apostilla que describe el artículo 4 del convenio¹⁸.

Vemos que no se elimina cualquier formalidad, sino que se sustituye por un trámite más sencillo, el de apostilla. ¿Qué implica la apostilla en el ámbito del convenio de La Haya? Su función principal consiste en certificar la autenticidad de la firma y la identidad del sello por parte de la autoridad competente del Estado del que dimana el documento. La apostilla figurará en el propio documento y será autorizado por la autoridad competente. Además, por mandato del artículo 5 del convenio, debe formarse un registro de apostillas indicando “el número de orden y fecha de la apostilla y el nombre del signatario del documento público y la calidad en que haya actuado o, para los documentos no firmados, la indicación de la autoridad que haya puesto el sello o timbre”. Y ello, con el objeto de evitar cualquier tipo de fraude.

El magistrado Encargado del Registro Civil competente, considera que no cumple con los requisitos citados la apostilla electrónica del citado documento, al no estar esta modalidad reconocida en España.

Podemos observar que existe el objetivo de que los Estados miembros admitan y emitan apostillas de forma electrónica por parte de la Haya, con la aplicación de medidas orientadas a este objetivo, como vemos en el Proyecto e-apostille iniciado en abril de 2006 en la Comisión especial de la Conferencia de La Haya sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia.

¹⁸ Convenio por el que se suprime la exigencia de legalización para los documentos públicos extranjeros, hecho en la Haya el 5 de octubre de 1961. Artículo 4: La apostilla prevista en el artículo 3, párrafo primero, se colocará sobre el propio documento o sobre una prolongación del mismo; y deberá acomodarse al modelo anejo al presente Convenio.

Sin embargo, la apostilla podrá redactarse en la lengua oficial de la autoridad que la expida. Las menciones que figuren en ella podrán también ser escritas en una segunda lengua El título «Apostille (Convention de La Haye de 5 octobre 1961)» deberá mencionarse en lengua francesa.

A fecha de la resolución, se indica que el mismo centro directivo señaló en su consulta de 23 de julio de 2009, que hasta el momento en que se implante la plena apostilla electrónica, se están admitiendo los documentos apostillados procedentes de Colombia.

Colombia introdujo, con efecto el 8 de octubre de 2007, un nuevo certificado de apostilla con las siguientes características fundamentales:

- Impresión en blanco y negro en papel normal.
- Los elementos de seguridad son reemplazados mediante el uso de certificaciones digitales y firmas cifradas.
- Posibilidad de comprobar la autenticidad de las apostillas mediante el Registro electrónico, al que se puede acceder a través de la página www.cancilleria.gov.co/apostilla.

La resolución indica finalmente que “ la Declaración del Gobierno de Colombia fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 22 de febrero de 2008, por lo que debe producir en el ámbito del Ordenamiento Jurídico español los efectos que le son propios en aplicación del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 y, en consecuencia, debe entenderse que los documentos expedidos por autoridades públicas colombianas que vengan acompañadas de la apostilla electrónica en el formato y con los requisitos que resultan de la citada Declaración y Convenio pueden ser considerados como documentos auténticos a los efectos de cumplir el requisito previsto en los artículos 26 núm. 5 de la Ley de Adopción Internacional y 88 del Reglamento del Registro Civil¹⁹ siempre que la autoridad española haya podido realizar, con resultado positivo, las comprobaciones a que se refiere el artículo 7 del Convenio²⁰ en el Registro electrónico de apostillas, a través del número asignado en el certificado de la apostilla, mediante acceso a la página Web www.cancilleria.gov.co/apostilla” De esta forma la resolución terminará estimando el recurso y revocando la calificación recurrida.

¹⁹ Reglamento de la Ley del Registro Civil, 14 de noviembre de 1958, artículo 88: A salvo lo dispuesto en los Tratados internacionales, requieren legalización los documentos expedidos por funcionario extranjero y los expedidos en campaña o en el curso de un viaje marítimo o aéreo

²⁰ Convenio de la Haya, 5 de octubre de 1961, artículo 7: Cada una de las autoridades designadas conforme al artículo 6 deberá llevar un registro o fichero en el que queden anotadas las apostillas expedidas indicando:

a) El número de orden y fecha de la apostilla.

b) El nombre del signatario del documento público y la calidad en que haya actuado o, para los documentos no firmados, la indicación de la autoridad que haya puesto el sello o timbre.

A instancias de cualquier interesado, la autoridad que haya expedido la apostilla deberá comprobar si las anotaciones incluidas en la apostilla se ajustan a las del registro o fichero.

Como podemos observar, nos encontramos nuevamente ante la dicotómica situación de una burocratización que te garantiza seguridad jurídica en los procesos de adopción y una flexibilización, en el marco de La Haya, que, si se dirige de la manera correcta, no tiene por qué restar seguridad jurídica e ir en detrimento de los intereses de los menores.

En primer lugar, remarcar **la importancia de las formalidades en los procesos de adopción**. Ya vimos en el apartado de finalidades, los peligros de una adopción carente de publicación y las posibles consecuencias de que los estados no entren a regular estos procesos. En concreto, la resolución nos habla de la importancia de las obligaciones formales para evitar situaciones de fraude documental. Por ejemplo, hubo 200 casos de familias que pagaron hasta 56000 euros, cuatro veces más que siguiendo el proceso legal, para adoptar ilegalmente en Rusia, evitando así los rígidos procesos de adopción y quedando implicados en un delito de falsedad documental²¹. De esta forma, se colabora con las mafias, que son las principales causantes del tráfico y compraventa de menores, prostitución, pornografía infantil o tráfico de órganos humanos. Sin contar que los menores se asignan desatendiendo el interés de los mismos o los datos culturales de cada situación particular.

Por otra parte, observamos un desarrollo importante en la Haya que, sin dejar a los menores en una situación de desamparo jurídico, afloja la maquinaria burocrática, a través de la apostilla, para legitimar documentos del proceso adoptivo. De esta forma, se reduce costo y tiempo, además de que la lógica indica que se desincentiva la opción de ir a las mafias para recortar los largos periodos temporales del proceso.

En continuidad con lo anterior, se observa **el aprovechamiento de las nuevas tecnologías para mejorar el proceso**, con la implantación de la apostilla electrónica. De esta forma, además de aumentar la velocidad del envío de documentos al extranjero, ya que se van a mandar en formato electrónico, aumenta la seguridad, al poder comprobar la validez de las apostillas a través del Registro electrónico.

Es de destacar finalmente, sin miedo de caer en la redundancia, que es necesario aplicar los artículos de la LAI de forma flexible y en atención a los intereses del menor. En este caso hay que destacar el doble hecho de, la imposibilidad por parte de los adoptantes de conseguir los documentos de la forma exigida, sumado al visto bueno de la consulta del 23 de Julio de

²¹ https://elpais.com/diario/2008/10/24/sociedad/1224799204_850215.html Consultado el 28 de abril de 2020

2009, que indica que se están admitiendo documentos apostillados por parte de Colombia, hasta que se implantase la plena apostilla electrónica.

4. CORRESPONDENCIA DE EFECTOS

Por último, considero pertinente referirme a un problema que se ha planteado con relativa frecuencia en nuestro país, respecto a adopciones internacionales **en que el país de origen del menor a adoptar no tiene regulada la adopción plena**, en el sentido entendido por nuestra legislación, planteándose así un obstáculo serio al reconocimiento en España. Si bien, el primer supuesto que analizamos se refiere a los Estados Unidos de México, los otros dos coinciden en que la nacionalidad del menor a adoptar es la de Marruecos.

Y lo hacemos, analizando tres autos judiciales dictados, dos de ellos por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (auto nº 398/1999, de 22 de octubre y auto nº 305/2012, de 8 de mayo), y el tercero por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cantabria (auto nº 71/2015, de 30 de abril).

En los tres casos se plantea la misma cuestión: En el Convenio de La Haya solamente conlleva el efecto del reconocimiento pleno de una adopción extranjera constituida en el Estado de origen en el Estado de recepción si ambos Estados son parte del mismo y **la adopción constituida tiene los efectos propios de una adopción plena** (arts. 23 y ss., especialmente del 26, del CH 1993), a saber: ruptura de los vínculos de familia con relación a la familia biológica de origen, creación de una verdadera filiación entre los adoptantes y el adoptado y asunción por éstos de las responsabilidades propias de una filiación por naturaleza.

En Marruecos está regulada la “Kafala” o tutela dativa, que en sus efectos equivale al acogimiento familiar, en nuestra legislación civil. Y en el estado mexicano del otro auto comentado tampoco se daba normativamente el supuesto de la adopción plena.

En los tres casos se deniega la inscripción registral y en los tres el Juzgado de Primera Instancia correspondiente dictó auto desestimatorio del recurso interpuesto por los adoptantes.

Veamos el razonamiento de las citadas Audiencias Provinciales:

a). El problema se plantea en los términos señalados en la resolución de la A.P. de Cantabria²²: Establece el art. 26 2º 2 de la LAI que, “cuando el adoptante o el adoptado sea

²² Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª) Auto num. 71/2015 de 30 abril. Referencia de WESTLAW.

español, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español. Será irrelevante el nombre legal de la institución en Derecho Extranjero. En particular, las autoridades españolas controlarán que **la adopción constituida por la autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surtir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y sea irrevocable por los adoptantes**".

"Es claro que la "Kafala" o adopción dativa constituida por la autoridad competente marroquí no produce los efectos jurídicos de la adopción española. Establece la DGRN en resolución de 29 marzo 2011, refiriéndose concretamente a la adopción dativa marroquí: " la "adopción" constituida ante funcionarios o autoridades marroquíes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el Derecho español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el "adoptante" o "adoptantes" se hacen cargo del "adoptado" y han de atender a sus necesidades y manutención."

"El hecho de que la repetida "adopción" marroquí surta determinados efectos conforme a esta legislación y conforme a las normas españolas de Derecho internacional privado, no implica en modo alguno que su eficacia haya de ser precisamente la de la adopción española. Así se desprendía ya del artículo 12-1 del CC , y hoy más rotundamente del artículo 34 de la LAI²³ , a cuyo tenor las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad

²³ Artículo 34 LAI: Efectos legales en España de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras.

1. Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que, según la ley de su constitución, no determinen ningún vínculo de filiación se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el derecho español, si concurren los requisitos siguientes:

1.º Que los efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de una tutela, previstos por la ley española.

2.º Que las instituciones de protección hayan sido acordadas por autoridad extranjera competente, sea judicial o administrativa. Se considerará que la autoridad extranjera que constituyó la medida de protección era internacionalmente competente si el supuesto presenta vínculos razonables con el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido.

No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso de que la institución de protección no presentare conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad ha constituido esa institución se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional.

3.º Que los efectos de la institución de protección extranjera no vulneren el orden público español atendiendo al interés superior del menor.

4.º Que el documento en el que consta la institución constituida ante autoridad extranjera reúna los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes.

2. La autoridad pública española ante la que se suscite la cuestión de la validez de una medida de protección constituida por autoridad extranjera y, en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la

extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español, si concurren los requisitos que se exponen en dicho artículo".

Consecuencia de ello es que "de acuerdo con el art. 34 LAI, las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español, siempre que el documento en el que consta la institución constituida ante autoridad extranjera reúna los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial; estos requisitos se cumplen en el presente procedimiento. El art. 30 LAI²⁴ se señala que las adopciones simples o menos plenas constituidas por autoridad extranjera competente podrán ser transformadas en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los

anotación de la medida de protección constituida en el extranjero para su reconocimiento en España, controlará, incidentalmente, la validez de dicha medida en España con arreglo a este artículo.

²⁴ **Artículo 30 LAI. Adopción simple o no plena legalmente constituida por autoridad extranjera.**

1. La adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera surtirá efectos en España, como adopción simple o no plena, si se ajusta a la ley designada por el artículo 9.4 del Código Civil.
2. La ley designada por el artículo 9.4 del Código Civil determinará la existencia, validez y efectos de tales adopciones, así como la atribución de la patria potestad.
3. La adopción simple o no plena no será objeto de inscripción en el Registro Civil español como adopción ni comportará la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al artículo 19 del Código Civil.
4. La adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera competente podrá ser convertida en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. La conversión se regirá por la ley determinada con arreglo a la ley de su constitución.

Para instar el correspondiente expediente judicial no será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública competente.

En todo caso, para la conversión de una adopción simple o no plena en una adopción plena el Juez competente deberá examinar la concurrencia de los siguientes extremos:

- a) Que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción hayan sido convenientemente asesoradas e informadas sobre las consecuencias de su consentimiento, sobre los efectos de la adopción y, en concreto, sobre la extinción de los vínculos jurídicos entre el menor y su familia de origen.
- b) Que tales personas hayan manifestado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento haya sido prestado por escrito.
- c) Que los consentimientos no se hayan obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no hayan sido revocados.
- d) Que el consentimiento de la madre, cuando se exija, se haya prestado tras el nacimiento del menor.
- e) Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del menor, éste haya sido convenientemente asesorado e informado sobre los efectos de la adopción y, cuando se exija, de su consentimiento a la misma.
- f) Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del menor, éste haya sido oído.
- g) Que, cuando haya de recabarse el consentimiento del menor en la adopción, se examine que éste lo manifestó libremente, en la forma y con las formalidades legalmente previstas, y sin que haya mediado precio o compensación de ninguna clase.

requisitos previstos para ello. La adopción simple o menos plena será considerada como un acogimiento familiar”.

Pues bien, en el caso del auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, éste analiza los requisitos exigidos, valorándolos en el caso concreto examinado y a la luz de lo establecido en nuestro Código Civil. Y constata que en dicho supuesto: a) **Los adoptantes reúnen la capacidad necesaria, han prestado su consentimiento y tienen catorce años más que el adoptado.** b) **El adoptado no ha de prestar su consentimiento**, al tratarse de menor nacido en el año dos mil once, por lo que tampoco ha de ser oído, al no contar con suficiente juicio. c). En cuanto **al asentimiento de los padres**, el art. 177 del Código Civil establece que **no será necesario cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello**, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción. En el presente caso, cabe apreciar **la imposibilidad de identificación y citación de los mismos, por cuanto del expediente se desprende que se trata de menor cuya guarda y tutela fue cedida por las autoridades judiciales marroquí a los ahora adoptantes por expresa y voluntaria renuncia de la madre al ejercicio de la patria potestad, siendo el menor declarado en situación de abandono o desamparo en resolución dictada por el Juzgado de familia marroquí.**

En definitiva, analizado el caso concreto, se ve que **estamos ante un supuesto en que se dan los requisitos materiales exigidos para una adopción plena**, aunque formalmente no lo fuera inicialmente, al constituirse la misma conforme a una legislación insuficiente, si bien, los requisitos necesarios se han cumplido por otras vías (declaración de abandono, tras renuncia de la patria potestad de la madre, imposibilidad de identificar al padre...). Todo ello avala la aplicación del art. 177 del CC citado.

Además, se tiene en cuenta por la Sala, aunque formalmente no lo señale, el bien del menor, habida cuenta los informes obrantes en la causa y que acreditan la positiva integración del menor en el seno de la familia adoptante.

Con pequeñas variantes, en el mismo sentido **razona el auto nº 153/2011.**²⁵ Son hechos probados que el menor cuya adopción se solicita nació en Marruecos el día 12 de octubre de 2007 y el Juzgado de Primera Instancia de Larache, Marruecos, en fecha 8-8-2008, declaró que Pedro Jesús es un niño abandonado, y constituye su "Kafala" a favor de los hoy instantes. Desde

²⁵ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Auto num. 153/2011 de 27 junio. Referencia de WESTLAW.

19 de enero de 2009, fecha de la resolución que autorizó el Juzgado de Larache a salir del territorio de Marruecos a los recurrentes el menor vive en España con ellos. Nos encontramos por tanto, ante un supuesto en el que un menor está residiendo en España, bajo la guarda y cuidado de los instantes, a quienes se ha otorgado la tutela dativa "Kafala" por la autoridad judicial competente del país de origen del menor, que solicita ante las autoridades judiciales españolas la constitución de la adopción, bajo esas circunstancias, examina la Audiencia la petición de los recurrentes, entendiendo que se está ante una verdadera solicitud de adopción "ex novo", y donde "en el caso que nos ocupa, las personas que instan la adopción del menor que tienen en acogimiento, reúne las condiciones de capacidad exigidas en nuestro ordenamiento y se han cumplido los requisitos exigidos en cuanto a consentimientos. En definitiva, se han cumplido todos los requisitos legales para la constitución de la adopción, siendo el único obstáculo para que la misma se acuerde la exigencia del transcurso del plazo de un año al que se refiere el artículo 120 del Codi de Família²⁶". (Normativa aplicable, por regir en Cataluña dicho Código de Familia)

Entre otras cosas, la Sala en este caso estima, "que en el presente caso de constitución "ex novo" de una adopción de un menor extranjero que se encuentra en régimen de acogimiento familiar, no se requiere la propuesta previa de la entidad pública. Ello es exigible después de declarar a un menor en situación de desamparo y de asumir su tutela por disposición legal dicha entidad pública, como tutora del menor, valorando en tal caso los supuestos en los que procede la constitución de un acogimiento; tiene atribuida la competencia para la constitución del

²⁶ Artículo 120 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia. Artículo 120. Propuesta de adopción

1. Si ha habido acogida preadoptiva, o bien simple, en los casos de la letra e del artículo 117.1, para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa del organismo competente, en la que se deben hacer constar, debidamente acreditados, los siguientes datos:

a) La idoneidad razonada de la persona o las personas que quieren adoptar dadas sus condiciones personales, sociales, familiares, económicas y su aptitud educadora. Quienes quieren adoptar pueden recurrir, mediante el correspondiente procedimiento por los trámites de la jurisdicción voluntaria, contra la denegación de la idoneidad para el organismo competente.

b) L'últim domicili, si es conocido, del padre y de la madre, de los tutores o los guardadores del adoptado o adoptada.

2. En el caso de adopción de la persona acogida en forma simple, la propuesta previa debe acreditar, además, el cambio de circunstancias que justifica el paso de una medida a otra y que concurren los requisitos de la acogida preadoptiva.

3. No es necesaria la propuesta previa en los casos de las letras a, byc del apartado 1, ni en los casos del apartado 2 del artículo 117, ni si el menor hace más de un año que es en situación de acogimiento preadoptivo y no ha sido revisada la medida adoptada en el momento de iniciarse el expediente de adopción.

acogimiento simple y para la constitución del acogimiento preadoptivo cuando no hay oposición de los padres biológicos y le corresponde finalmente presentar la demanda de constitución de acogimiento preadoptivo cuando hay oposición de los padres biológicos. Es por ello que la ley exige una propuesta previa de adopción, cuando el menor se encuentra en acogimiento preadoptivo constituido por la autoridad judicial a petición de la entidad pública o por la propia entidad pública o cuando el menor se encuentra en situación de acogimiento simple en determinadas circunstancias, en tanto la entidad pública actúa como tutora del menor”. Pero “el artículo 120 del Código de Familia catalán excluye la necesidad de la referida propuesta previa, cuando ha transcurrido un año, es decir, cuando la situación de acogimiento se ha prolongado lo suficiente para entender que ya no es necesaria la intervención de la Administración.

Estos supuestos son totalmente diferentes a los que se plantean en la constitución de una adopción de un menor extranjero, cuya situación de acogimiento viene determinada por resolución de la autoridad competente del país de origen del menor. La intervención de la entidad pública en estos supuestos se limita a garantizar la concurrencia de las condiciones de idoneidad del adoptante o adoptantes y el positivo seguimiento del acogimiento una vez el menor se traslada a España, pero no es la institución o autoridad que ha constituido el acogimiento o ha solicitado su constitución y su intervención no viene determinada por su condición de tutora legal del menor extranjero. Si la medida de protección de menores adoptada por la autoridad competente extranjera es asimilable a una tutela, el propio artículo 120 del Codi de Família no exige la propuesta previa, permitiendo a los adoptantes la petición directa ante los Juzgados, sin perjuicio de que en estos casos, como en los demás, debe valorarse por el Juez las condiciones de idoneidad de los adoptantes o adoptante y la concurrencia de las demás condiciones y requisitos exigidos en la ley.

Además, debemos tener en cuenta que la LAI no exige la propuesta previa de la entidad pública en las adopciones de menores extranjeros en situación análoga al acogimiento o a la tutela constituida en el extranjero, tal como ha ocurrido en el presente caso”.

En el mismo sentido razona la misma Sección 18 en el auto de 1999²⁷, antes citado, referido a un Estado Mexicano que no tiene contemplada la adopción plena en su normativa civil.

²⁷ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Auto num. 398/1999 de 22 octubre. Referencia de WESTLAW.

4.1 Correspondencia de efectos en el marco registral

De gran interés consideramos el análisis de la **Resolución num. 7/2010 de 26 febrero 2010 de la DGRN²⁸**, en la que vamos a observar los criterios utilizados, en el ámbito registral, para denegar el acceso al registro de adopciones que no cumplen con la correspondencia de efectos, analizando concretamente el Derecho de Kazajstán en materia de adopciones. Veremos cuestiones que son consideradas como alteración del orden público, en que medida se admite cierta flexibilidad a la hora de aplicar la ley y cuando se tiene que aplicar taxativamente.

La DGRN acuerda estimar los recursos interpuestos y revocar la Providencia apelada de 16-12-2008 por la que se califica favorablemente las adopciones y se acuerda su inscripción y, en su consecuencia, ordenar que tales inscripciones no se practiquen.

“Las adopciones constituidas con arreglo al vigente Derecho de Kazajstán por parte de adoptante española no pueden ser reconocidas en España como verdaderas adopciones en el sentido pleno del término propio del Derecho español ya que previendo la legislación kazaja la facultad de revocación de la adopción a instancia de los adoptantes, en el presente caso no se acredita la renuncia a dicha facultad anterior al traslado de las menores a España que exige el artículo 26.2 de la LAI. Antes, al contrario, en el presente caso consta en las actuaciones el ejercicio de dicha facultad de revocación mediante acción judicial que ha concluido con una sentencia firme dictada por un Tribunal de Kazajstán declarando revocada las adopciones”.

Como vemos en este caso, inicialmente había sido valorada positivamente, mediante providencia, la adopción y es la propia adoptante la que pide la suspensión de la inscripción de sus tres hijas por no estar conforme con la sentencia. Esta decisión impugnativa, no admite desistimiento al estar sustraída la voluntad de los interesados y ser obligatorio el deber de promover la inscripción en el Registro Civil. Lo cual es acorde al principio de interés del menor.

Surge la pregunta de si las adopciones de Kazajstan, se corresponden con las adopciones españolas según lo dispuesto en el artículo 26.2 de la LAI. Son tres los requisitos fundamentales para que así sea:

1. “Establecimiento del mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza. Este es un requisito, como antes se indicó, absolutamente fundamental, esencial y

²⁸ Dirección General de los Registros y del Notariado Resolución num. 7/2010 de 26 febrero 2010. Referencia de WESTLAW.

que no admite excepción o modulación alguna” Como vemos este es un requisito ineludible, entendemos que para garantizar el interés superior del menor en aras de que desarrolle sus capacidades personales en un entorno estable, a diferencia de otros requisitos que se deben interpretar con más flexibilidad como hemos comprobado a lo largo del trabajo. En este caso concreto parece concurrente con la legislación Kazaja, así el artículo 89.1 de la Ley de la República de Kazajstán sobre el Matrimonio y la Familia de 17 de diciembre de 1998, dispone que “Los hijos adoptados y sus descendientes en relación con sus padres adoptivos y sus familiares, al igual que los padres adoptivos y sus familias en relación con sus hijos adoptados y sus descendientes obtienen los mismos derechos y responsabilidades personales tanto patrimoniales como no patrimoniales, como cualquier otro familiar de origen”.

Continúa la resolución: “Es cierto, como señala la recurrente que, en el presente caso, según se desprende de la sentencia de adopción, el padre biológico de las menores adoptadas renunció a sus derechos paternales por escrito ante notario con carácter previo al proceso de adopción, y que estas renunciaciones no son válidas para el Derecho español. Como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 21 de abril de 2005 (RJ 2005, 6867) «conforme al artículo 12 núm. 3 del Código Civil (LEG 1889, 27) en ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público español, siendo así que en nuestro Derecho es de orden Público el carácter irrenunciable no sólo de la patria potestad, sino del conjunto de facultades y deberes que integran su estatuto, según se desprende claramente no sólo de un principio general de nuestro Derecho, sino también de la regulación positiva de las causas de extinción de la patria potestad, causas que no son otras que la muerte o fallecimiento de los padres o del hijo, la emancipación y la adopción del hijo (cfr. art. 169 del Código civil)”. Se discute aquí una posible vulneración del orden público, lo que es motivo como hemos visto, para que la adopción constituida en el extranjero no sea reconocida en España como adopción. Lo que a priori se vulnera es un aspecto subjetivo, como lo es el interés del menor, que tendrá que valorar el juez caso por caso. Aquí sí que entra en juego una flexibilidad necesaria para no encorsetar cuestiones poco o nada objetivables. De esta forma, se va a considerar la renuncia del padre biológico, como el asentimiento para la adopción exigido por el artículo 177.2. 2ª del CC, dándose así una equivalencia sustancial con la ley kazaja que no pone en jaque el interés supremo del menor.

2. Extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. Se trata de un efecto que resulta en el Derecho español inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 178 núm. 1 del CC: “«La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado

y su familia anterior». Se trata de un efecto complementario y paralelo al anterior por partirse de la premisa de que la filiación es indivisible y que, como regla general, no puede ser compartida por dos familias”. Establece la ya señalada ley Kazaja en su artículo 89 que “Los hijos adoptados pierden sus derechos personales patrimoniales y no patrimoniales y se liberan de las responsabilidades en relación con sus padres (familiares) biológicos” Señalando la recurrente una excepción en el apartado tercero del mismo “los derechos y responsabilidades personales tanto patrimoniales como no patrimoniales pueden ser conservados, si así lo desea la madre biológica si el adoptante es un hombre o, según expreso deseo del padre biológico si el adoptante es una mujer”. Argumentando la sentencia que tampoco es contrario al principio de equivalencia, puesto que en nuestro derecho se admite la sustitución parcial, “prevista legalmente en los casos en que «el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido» y cuando «sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir”. La resolución remarca el factor de flexibilidad en la interpretación, siempre que se salvaguarde la finalidad del artículo.

3. “Se exige que la adopción constituida ante autoridad extranjera tenga carácter irrevocable. Así resulta del artículo 180 núm. 1 del Código civil que categóricamente dispone que «La adopción es irrevocable». En la legislación kazaja se admite, sin embargo, la revocación de la adopción en términos de cierta amplitud en los artículos 95 y siguientes de la Ley sobre el Matrimonio y la Familia de 1998. En cuanto a las causas, se prevén como tales no sólo los supuestos en que los adoptantes eluden sus responsabilidades como padres adoptivos, abusar de sus derechos, maltratar a los menores adoptivos, atentar contra su integridad sexual o son reconocidos como enfermos alcohólicos, drogadictos o toxicómanos, sino también «por otros motivos» (que no se concretan en la Ley), en base a los intereses del menor (cfr. art. 95 de la citada Ley). En cuanto a la forma de llevar a cabo la revocación, la reiterada Ley kazaja prevé que «la revocación de la adopción de un menor se realiza mediante la vía judicial» (cfr. art. 96.1)”. La doctrina de la DGRN indica que, **lo que impide la igualdad de efectos, es la revocabilidad voluntaria** y no la revocabilidad por autoridad judicial. En este caso, “se incluye a los adoptantes entre los legitimados procesalmente para promover la acción de revocación, correspondiéndole la postulación activa que le atribuye el artículo 97 de la Ley sobre el Matrimonio y la Familia, que reconoce «el derecho de solicitar la revocación de la adopción» a los «padres biológicos, sus padres adoptivos, el propio menor mayor de 14 años,

órganos de tutela y tutoría, al igual que al Ministerio Fiscal en interés del menor»”. En estos términos, no se puede realizar un juicio favorable de correspondencia de efectos, salvo que se renuncie a la facultad de revocación antes del traslado de la menor a España. En el presente caso no sólo es que no conste de forma fehaciente que la madre adoptiva haya renunciado al ejercicio de la facultad de revocación, que además debería haberse producido antes del traslado de las menores a España, sino que por el contrario consta su voluntad contraria a la renuncia de manera reiterada: “desde su comparecencia ante el Registro Civil de T. del 14 de enero de 2009 en que manifiesta su falta de conformidad con la sentencia de adopción; y desde la presentación de su escrito de 5 de febrero de 2009 en que expresa su intención de ejercitar acciones de nulidad contra dicha sentencia”. De esta forma se acaba concluyendo que, las adopciones del caso examinado, no cumplen con la norma de la correspondencia de efectos y, por lo tanto, estas adopciones no pueden ser inscritas en el registro civil.

VII. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos podido observar la complejidad de alcanzar el máximo interés de los menores en los procesos de adopción internacional, con una yuxtaposición de deficiencias técnicas legislativas, mala coordinación del poder judicial y considero que una falta de conocimiento por parte de los adoptantes de lo que es el fundamento primero de la adopción y el hilo de este trabajo, el interés del menor. Esta creencia errónea del derecho a ser padre, es alentada por discursos políticos capciosos. Por poner un ejemplo, la intervención en el congreso de Patricia Reyes (Ciudadanos) el 17 de mayo de 2017²⁹, sobre la idea de que “esta moción es una ayuda para las personas que quieren formar una familia y ustedes lo paralizan” dejando el interés del menor en un segundo plano, claro está, si se me permite la apreciación, que los menores marroquíes no generan votos.

En el análisis de la práctica jurisprudencial hemos ido observando las complicaciones que surgen de la aplicación de la ley de adopción internacional en los casos concretos. Principalmente en la idoneidad de los adoptantes, los conflictos formales y la falta de correspondencia de efectos con algunas instituciones internacionales similares a la adopción en España.

²⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=WZE6fgwsIHk> Consultado el 15 de mayo de 2020

- 1. Idoneidad.** Hemos podido ver las dificultades que entraña este concepto, principalmente porque no es fijo y responde a criterios subjetivos, en ocasiones de carácter psicológico, a los que se tienen que enfrentar los jueces. En este punto se vislumbra uno de los problemas que acarrea la demora en los procesos de adopción, pues debido a un concepto cambiante como la idoneidad, hemos visto como puede permutar la valoración sobre un adoptante que en un principio era apto.

Resaltar también la necesidad de llevar una correcta ponderación entre, un control más que necesario por parte de la administración y jueces (debiendo ser la administración rigurosa en sus declaraciones) y la flexibilidad necesaria para que no se entorpezcan en exceso algunos casos. De esta forma, el juez del registro no debe exceder sus competencias debido a un exceso de celo en su labor registral.

- 2. Forma.** Como explicaba la comisión del Senado, una de las situaciones más complicadas era aquella en las que se producen paralizaciones por incidencias en los países de origen. En el trabajo hemos visto, como este hecho sumado a una excesiva aplicación literal de la ley, puede llevar a un juez de la DGRN a no reconocer adopciones constituidas legalmente por nimiedades. Soy consciente de que un juez no está obligado a conocer todas las particularidades que existen en el mundo, tiene que conocer la ley y aplicarla, remarcar la locución latina “iura novit curia” (el juez conoce el derecho), no obstante, de lo que se deduce de las resoluciones, es que debería existir una coordinación mayor y atender a lo que se ha dicho sobre contextos idénticos por otros jueces del registro.

Los requisitos de forma me han hecho apreciar los sistemas donde el estado interviene en las adopciones internacionales, no limitándolas a una institución privada con evidentes perjuicios para el menor. Pero también me han hecho ver las desventajas de una excesiva burocratización y los avances a nivel internacional y nacional, con ayuda de las nuevas tecnologías, para paliar estas deficiencias. Destacar el sistema de apostilla electrónica que inició el 4 de abril en España.

- 3. Correspondencia de efectos.** La conclusión a la que llega el autor de este trabajo, es que en los casos que hemos analizado el Tribunal ha entendido perfectamente cuál sea la “mens legislatoris” (la intención del legislador), observando escrupulosamente los filtros y cautelas previstas en defensa del menor y comprobando que concurren todos los requisitos exigidos y exigibles, si quiera ocurra en estadios distintos. No obstante, viendo la necesidad y pulcritud de los tribunales en todos estos casos y siguiendo la línea de P. Rodríguez Mateos, no se entiende que la exigencia de igualdad de efectos se

circunscriba a adoptantes españoles, pues pueden existir casos donde se admitan adopciones constituidas en el extranjero por adoptantes extranjeros, perjudicando palmariamente el interés del menor, que es el que debe primar siempre y en todo caso.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CALVO CARAVACA AL Y CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho internacional privado*, volumen 1, decimocuarta edición, Comares, 2018

CRUZ OLIVER SOLÁ.M, “Precedentes romanos sobre adopción tutela y curatela” en *Dereito* Vol. 18, N°2, 2009

CORRAL TALCIANI.H,” El nuevo régimen jurídico de la adopción en Chile” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N°1, 2001, p. 10

CALVO CARAVACA. AL Y BLANCO-MORALES LIMONES. PB, *Globalización y derecho*, Editorial COLEX, 2003, pp. 23-25

Comisión especial sobre la adopción internacional, celebrada el lunes 15 de septiembre de 2003

PÉREZ MILLA, JAVIER, “Matching y función pública autonómica en la adopción internacional: los `casos Berta’”, en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, nº. 36, 2007, p. 77.

1.ANEXO LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993

Convención sobre los derechos del niño, 20 de noviembre de 1989

Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) Sentencia num. 114/2017 de 22 mayo.

Referencia de WESTLAW.

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia num. 305/2012 de 8 mayo.

Referencia de WESTLAW.

Dirección General de los Registros y del Notariado Resolución num. 1/2011 de 27 diciembre 2011. Referencia de WESTLAW.

Dirección General de los Registros y del Notariado Resolución num. 3/2012 de 11 julio 2012. Referencia de WESTLAW.

Dirección General de los Registros y del Notariado Resolución num. 1/2018 de 15 junio 2018. Referencia de WESTLAW.

Dirección General de los Registros y del Notariado Resolución num. 5/2010 de 16 diciembre 2010. Referencia de WESTLAW.

Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª) Auto num. 71/2015 de 30 abril. Referencia de WESTLAW.

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Auto num. 153/2011 de 27 junio. Referencia de WESTLAW.

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Auto num. 398/1999 de 22 octubre. Referencia de WESTLAW.

Dirección General de los Registros y del Notariado Resolución num. 7/2010 de 26 febrero 2010. Referencia de WESTLAW.