

LA CONSTITUCIÓN ANTE LAS AUTORIDADES
ESPAÑOLAS DE LA ADOPCIÓN EN SUPUESTOS
INTERNACIONALES: CUESTIONES CONTROVERTIDAS*

*THE CONSTITUTION OF THE ADOPTION IN INTERNATIONAL
CASES BY THE SPANISH AUTHORITIES: CONTROVERSIAL ISSUES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 820-843

*El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.



M^a Jesús
SÁNCHEZ
CANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: El presente trabajo analiza el régimen de la Ley de Adopción Internacional para la constitución ante las autoridades españolas de una adopción en supuestos internacionales. En primer lugar, se disertará sobre los foros que otorgan competencia judicial internacional a los Tribunales españoles para la constitución de una adopción internacional, así como acerca de la adopción consular, previstos en los arts. 14 y 17 LAI. En segundo término, se examinará el sector de la ley aplicable, en relación con el cual se abordarán las respuestas que ofrecen los arts. 18-20, sin olvidar la referencia del art. 23 al orden público internacional español.

PALABRAS CLAVE: Adopción internacional; competencia judicial internacional; Ley de Adopción internacional.

ABSTRACT: *The present work analyses the regime of the International Adoption Law for the constitution before the Spanish authorities of an adoption in international cases. First of all, it will be discussed the forums that grant international judicial competence to the Spanish Courts for the constitution of an international adoption, as well as about the consular adoption, foreseen in the articles 14 and 17 IAL. In the second place, the sector of the applicable law will be examined, in relation to which the answers offered in articles 18-20 will be dealt with, without forgetting the reference in article 23 to the Spanish international public policy.*

KEY WORDS: *International adoption; international jurisdiction; International Adoption Law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. COMPETENCIA INTERNACIONAL DE AUTORIDADES: LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA LAI.- 1. El art. 14 LAI: Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para la constitución de una adopción internacional.- 2. La adopción consular.- III. EL SECTOR DE LA LEY APLICABLE. CUESTIONES DESTACADAS.- 1. La distinción entre adopción regida por la ley española y la adopción regida por la ley extranjera en la Ley 54/2007.- 2. La Ley 26/2015 y su incidencia en las normas de conflicto de la LAI.- 3. El vigente art. 19.4 LAI.- IV. BREVE REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN.

El Artículo Tercero. Uno de la Ley 26/2015, de 28 de julio modificó el art. 1.1 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (en adelante, LAI). A este respecto, debe observarse que el texto actual incluye una mención genérica a las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores en los supuestos en que exista algún elemento extranjero, sin distinguir ninguno de los tres sectores de esta disciplina y añadiendo la referencia a las medidas de protección de menores, que tampoco figuraba en el texto original.

No obstante, una de las finalidades de la LAI, presente en la versión original, consiste en establecer una regulación integral de todos los aspectos de Derecho Internacional Privado vinculados con la institución de la adopción, a fin de “dar respuesta al fenómeno de la adopción internacional en España”. Con este propósito, la LAI incorpora disposiciones relativas a los tres sectores básicos que componen el Derecho Internacional Privado, regulando la competencia judicial internacional de las autoridades españolas para la constitución, nulidad y conversión de las adopciones internacionales y la ley aplicable, a las cuales deberán atender las autoridades españolas en los supuestos anteriores, así como los efectos jurídicos en España de las adopciones internacionales constituidas en el extranjero.

El presente trabajo aborda el régimen vigente previsto en la LAI para la constitución ante las autoridades españolas de una adopción en supuestos internacionales, junto con las consecuencias que se derivan de su aplicación.

A tal fin, en primer lugar, se disertará sobre los foros que otorgan competencia judicial internacional a los Tribunales españoles para la constitución de una

• M^a Jesús Sánchez Cano

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado Universidad San Jorge. Correo electrónico: mjsanchez@usj.es

adopción internacional, así como acerca de la adopción consular, previstos en los arts. 14 y 17 LAI, tanto desde el punto de vista de la redacción inicial, otorgada por la Ley 54/2007, como, en su caso, desde la perspectiva de las modificaciones incorporadas por la Ley 26/2015.

En segundo término, se examinará el sector de la ley aplicable, en relación con el cual se comparará el régimen anterior con el sistema que se ha incorporado al vigente Capítulo II del Título II de la LAI. Se dividirá la explicación en dos apartados diferentes, que abordarán, por un lado, las soluciones recogidas en los arts. 18 a 21 de la LAI del texto original y por otro, la respuesta que ofrecen los arts. 18-20, después de que la Ley 26/2015 suprimiera el art. 21 LAI, en ambos casos, sin olvidar la previsión del art. 22 LAI y la referencia del art. 23 al orden público internacional español.

II. COMPETENCIA INTERNACIONAL DE AUTORIDADES: LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA LAI.

Seguidamente, se desarrollarán los aspectos más relevantes relacionados con la normativa propia del Derecho Internacional Privado, en relación el sector de la competencia de autoridades. Concretamente, se analizarán los foros de competencia para la constitución en supuestos internacionales, junto con la adopción consular. Ello, tanto desde el punto de vista de la redacción inicial, otorgada por la Ley 54/2007, como desde la perspectiva de las modificaciones incorporadas por la Ley 26/2015.

I. El art. 14 LAI: Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para la constitución de una adopción internacional.

Comenzando por el art. 14 LAI, hay que precisar que no contiene cambios relevantes respecto a la situación anterior a la LAI, puesto que reproduce los criterios fijados de modo alternativo en el art. 22.3 LOPJ, anterior a la reforma llevada a cabo por el art. único. 7 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (Ref. BOE-A-2015-8167)¹, atribuyendo competencia judicial internacional a los Tribunales españoles para constituir la adopción cuando el adoptando sea español o tenga su residencia habitual en España, o cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España.

¹ El antiguo art. 22.3 LOPJ atribuía competencia judicial internacional a los Tribunales españoles "para la constitución de la adopción, cuando el adoptante o el adoptado sea español o resida habitualmente en España". Mientras que el vigente art. 22 *quáter*. e), como se ha explicado más arriba, dispone que los Tribunales españoles serán competentes "en materia de adopción, en los supuestos regulados en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional"

Este precepto, que, pese a haber sido modificado por la Ley 26/2015, conserva su sentido original², incorpora una novedad respecto de los foros de la LOPJ en el segundo párrafo, en el cual se precisa que la nacionalidad y residencia se apreciarán, en todo caso, en el momento del inicio del expediente administrativo de adopción, es decir, cuando tenga lugar la presentación del ofrecimiento para la adopción a la Entidad Pública³.

Así las cosas, respecto a los foros de competencia judicial internacional de la LAI, cabría apuntar un problema que pudiera derivarse, justamente, del hecho de que la LAI haya fijado el momento en que se debe tomar en consideración la circunstancia de la nacionalidad o de la residencia en el inicio del expediente administrativo de adopción, habida cuenta que existen supuestos en los que no interviene la Entidad Pública competente, en tanto que no es precisa la propuesta administrativa previa, cuales son los previstos en el art. 176.2 CC.

En otro orden de consideraciones, debe advertirse que el Consejo General del Poder Judicial, en su informe al Anteproyecto de la Ley de Adopción Internacional, se planteó si no pudiera resultar exorbitante la competencia de los tribunales españoles, al menos, en aquellos casos en que los adoptantes y los adoptados residan habitualmente en el extranjero y carezcan de nacionalidad española común. No obstante, el Consejo observó que una posible reforma de los foros mencionados requeriría la previa modificación del art. 22.3 LOPJ⁴. Quizás por este motivo, el

- 2 El Artículo Tercero Quince de la Ley 26/2015 establece que “se modifica el apartado 2 del artículo 14, que queda redactado como sigue: “2. La nacionalidad española y la residencia habitual en España se apreciarán, en todo caso, en el momento de la presentación del ofrecimiento para la adopción a la Entidad Pública.” La novedad únicamente estriba en que se ha cambiado la expresión “solicitud de adopción”, que figuraba en el texto original, por la de “ofrecimiento para la adopción.” Este cambio terminológico obedece, en palabras del Considerando V de la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, a que “se define a los futuros adoptantes, no como solicitantes, sino como personas que se ofrecen para la adopción.”
- 3 Sobre esta novedad, se argumenta que el carácter mutable de las conexiones nacionalidad y residencia habitual podría provocar un problema de conflicto móvil y que este inconveniente lo ha resuelto el art. 14.2 fijando en el tiempo el momento en que han de tomarse en consideración dichas conexiones, siendo este momento el de la presentación de la solicitud, en la terminología actual, ofrecimiento. *Vid. GÓMEZ CAMPELO, E.: La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate*, Reus, Madrid, 2009, p. 80. En relación con el concepto de conflicto móvil en CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Décimoctava edición, 2018, Comares, Granada, 2018, pp. 228-230.
- 4 Exactamente, el Informe al Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional emitido por el Consejo del Poder Judicial, en el Considerando III, titulado “Observaciones Particulares”, en la Observación Tercera, al comentar las reglas de derecho internacional privado delimitadoras de la ley aplicable a las adopciones internacionales constituidas en España, expone: “Llama la atención, por otra parte, que apostando resueltamente por el criterio de la residencia habitual para determinar la ley aplicable a la adopción, el texto proyectado mantenga el vigente foro de competencia judicial internacional basado tanto en la nacionalidad como en la residencia habitual de cualquiera de los dos elementos personales principales intervinientes en la adopción: adoptante y adoptado. En la medida en que basta que concurra la nacionalidad española de cualquiera de ellos para atraer la competencia de los tribunales españoles, aun cuando ambos residan fuera de España –y no tengan intención de trasladarse a residir a España tras la constitución de la adopción- se va a fomentar, previsiblemente, una disociación entre la ley aplicable al procedimiento –la española, por tratarse de tribunal español- y la ley aplicable al fondo del asunto –la de residencia habitual del adoptando-, de muy dudosa efectividad. Quizá sería el momento apropiado para plantear si la competencia de los tribunales españoles no puede resultar, en algunos casos, exorbitante, al menos cuando adoptantes y adoptados residen en el extranjero y carecen de nacionalidad española común. No obstante, se debe recordar que una eventual reforma del foro de competencia judicial internacional de los tribunales españoles demandaría la previa modificación de la LOPJ – artículo 22.3.”

art. 14 LAI reitera exactamente el contenido del art. 12 del Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional y del art. 14 del Proyecto, no habiendo sido objeto tampoco de enmiendas durante la tramitación parlamentaria de la Ley.

Sin embargo, la doctrina sí se ha hecho eco de la advertencia realizada por el Consejo General del Poder Judicial en su informe y así, algunos autores se han referido a la posible exorbitancia de los foros previstos en el art. 14 LAI⁵, si bien, otro sector doctrinal⁶ afirma que unos foros de competencia judicial internacional más restrictivos podrían resultar perjudiciales para el interés del menor⁷, indicando, además, que, partiendo del principio de conexión mínima, para que puedan operar los foros de competencia judicial internacional previstos en la LAI, se requiere que la concreta adopción cuya constitución se pretende presente una “vinculación real” con España, tal como, a su juicio, se deduce de la Exposición de Motivos⁸.

Más en concreto, estos autores defienden que para que sea posible constituir una adopción internacional en nuestro país, primeramente, los Tribunales españoles han de disponer de un foro de competencia judicial que les otorgue competencia, en virtud de lo dispuesto en el art. 14 LAI y en segundo lugar, es necesario que ninguno de los foros previstos en el mencionado artículo resulte exorbitante

- 5 Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, *Diario La Ley*, núm. 6910, Sección Doctrina, 25 mar. 2008, Año XXIX, Ref. D-90, Editorial La Ley, versión *on line*, p.7. Igualmente, ADROHER BIOSCA, sin mencionar expresamente la posible exorbitancia de los foros de competencia judicial internacional de la LAI, admite que, teniendo en cuenta la naturaleza de la institución adoptiva, tal vez deberían de haberse limitado los criterios ya previstos en la LOPJ. Vid. ADROHER BIOSCA, S.: “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la ley 54/2007 de 28 de diciembre, de los “santos inocentes””, *Revista crítica de Derecho inmobiliario (RCDI)*, 711, 2009, p. 43. También es partidaria de recortar estos foros CALVO BABIO, que se inclina a favor de la utilización del criterio de residencia habitual de alguna de las partes, como más próximo, eliminando o reduciendo el de la nacionalidad. Vid. CALVO BABIO, F.: “Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional”, *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*, nº 125, marzo 2008, p. 60.
- 6 Estos autores argumentan que aquellos expertos legales que afirman que los foros de competencia judicial internacional de la LAI son exorbitantes están confundidos, aunque, entre esos expertos a los que menciona, se encuentra el Consejo General del Poder Judicial, que, como hemos visto, en el informe emitido al Anteproyecto de la LAI, se refirió a la posibilidad de que tales foros resultasen exorbitantes. Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: El ataque de los clones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), vol. 2, núm. 1, pp. 90-91, www.uc3m.es/cdt.
- 7 El estudio del principio del interés del menor se aborda ampliamente en CALVO MARTÍNEZ, J.J.: “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3 ter, diciembre 2015, pp. 198 - 206.
- 8 En el Considerando III de la Exposición de Motivos de la LAI se hace referencia a este principio de conexión mínima que inspira la regulación de la competencia de las autoridades españolas, justificando el sistema incorporado en los arts. 14 y 15 en que, precisamente, “De ese modo. se evitan la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor”. A este respecto, manifiesta su sorpresa ESPLUGUES MOTA, dado que el foro del art. 14 es idéntico al previsto en el art. 22.3 LOPJ, vigente desde 1985, y que desde entonces ha sido objeto de críticas por la doctrina, no, precisamente, por evitar “la penetración de foros exorbitantes”, sino, mas bien, por todo lo contrario. Vid. ESPLUGUES MOTA, C.: “La nueva Ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 2, 2008, p. 370.

en el caso concreto, lo que solo ocurre cuando esa determinada adopción cuya constitución se interesa manifiesta una mínima vinculación con España⁹.

Por otra parte, otro sector de la doctrina sugiere que, de aceptarse esta última opinión, se estaría admitiendo la posibilidad de recurrir a un *forum non conveniens* y por esta razón, los autores que sostienen dicha postura consideran que hubiera sido más beneficioso para el menor establecer criterios de atribución de competencia judicial internacional a favor de las autoridades españolas únicamente de apreciarse en la adopción una proximidad real con nuestro país, entendiendo, en consecuencia, que las autoridades mejor situadas para determinar si la adopción se constituye en interés del menor son las más próximas al adoptado¹⁰. En este sentido, hay quien apunta que la constitución de la adopción por los órganos jurisdiccionales de nuestro país solo debería acordarse en el caso de que el menor tenga su residencia en España, ya sea presente o futura, en el supuesto de que el adoptado haya sido trasladado a nuestro país con la finalidad de constituir aquí la adopción, residiendo habitualmente en España a partir de este momento¹¹.

En este orden de consideraciones, es posible sostener que los foros de competencia previstos en el art. 14 LAI no resultan, en todo caso, exorbitantes, pues, en tanto que incorporan el criterio residencia habitual, no siempre van a beneficiar a los nacionales españoles. No obstante, hay razones para opinar que el legislador de la LAI, consciente como era de los inconvenientes que venía planteando la aplicación de los criterios de competencia judicial internacional recogidos en el art. 22.3 LOPJ y de las críticas de que estaba siendo objeto por parte de la doctrina, no debió conformarse con reiterar, sin más, en el art. 14 los mismos foros de la LOPJ. Antes al contrario, lo más lógico hubiera sido que el legislador español incorporase expresamente una previsión que permitiera a los Tribunales españoles declararse incompetentes para constituir una adopción

9 Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, pp. 82-85. En realidad, estos autores mantuvieron que los foros de competencia judicial internacional en materia de adopción internacional previstos en la LOPJ, los mismos que ahora reproduce la LAI, eran “desmesuradamente amplios” y “casi exorbitantes”, lo que, a su juicio, dificultaba la validez de la adopción española en el extranjero. Precisamente, para remediar el problema de las adopciones claudicantes, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, ya en su momento, propusieron que pudieran reducirse teleológicamente los foros exorbitantes, de tal forma que, además de la nacionalidad española del adoptante o del adoptado, para que pudieran operar los foros de la LOPJ, habrían de concurrir “otros datos” de los cuales pudiera deducirse que la adopción presenta una vinculación más estrecha con nuestro país. En este sentido, Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2007, p. 185.

10 Vid. DURAN AYAGO, A.: “La incidencia de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional, en la normativa extremeña”, *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 2, pp. 463-477 y RODRÍGUEZ MATEOS, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Spanish Practice in Respect of Intercountry Adoption”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 15 (2009), p. 121. En este punto y en relación al *forum non conveniens*, manifiestan ARENAS GARCÍA y GONZÁLEZ BEILFUSS que, dado que la adopción constituye un acto de jurisdicción voluntaria, resulta cuestionable que sirvan los argumentos en apoyo de la introducción del *forum non conveniens* en España. Vid. ARENAS GARCÍA, R. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo” *Revista Española de Estudios Internacionales*, www.reei.org, p. 11.

11 Vid. ARENAS GARCÍA, R. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La Ley 54/2007”, cit., p. 10.

cuando el supuesto no se encontrase suficientemente conectado con España, pero no de modo discrecional, sino, con todas las garantías. O lo que es lo mismo, definiendo las condiciones y circunstancias que facilitarían al Juez la tarea de determinar cuando existe una conexión razonable entre la adopción y los órganos jurisdiccionales españoles.

2. La adopción consular.

En materia de competencia de autoridades, hay que hacer constar que la LAI dedica el art. 17 a la adopción consular, si bien, la redacción vigente, que trae causa de la Ley 26/2015, presenta algunas diferencias con el texto original.

No parece oportuno, dado el objeto del presente trabajo, entrar aquí en la discusión de si la adopción consular es una figura arcaica y por tanto, debió de ser suprimida, o si, por el contrario, puede llegar a favorecer el interés del menor. Como tampoco resulta pertinente referirse a las críticas que ha recibido esta figura por parte de la doctrina¹². En cambio, sí que parece interesante advertir las divergencias existentes entre el mencionado precepto y el anterior 9.5 CC¹³, en lo referente a la adopción consular, así como los cambios que introdujo en el art. 17 LAI la Ley 26/2015.

Así, en primer lugar, hay que señalar que el art. 17 LAI no se limita a enunciar, sin más, la competencia de los cónsules para constituir adopciones, sino que supedita dicha competencia a que el Estado de recepción no se oponga a ello, ni lo prohíba su legislación, conforme a los Tratados internacionales y otras normas internacionales que resulten de aplicación. Esta previsión, hay que decir que concuerda con lo previsto en el art. 5. f) del Convenio de Viena de 24 abril 1963 sobre Relaciones Consulares (BOE núm. 56, de 6 de marzo de 1970), que permite la constitución de adopciones internacionales por parte de los Cónsules acreditados en su territorio, siempre que no lo prohíba o limite la legislación del Estado receptor.

12 Por ejemplo, Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: "Filiación y alimentos" en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y otros: *Derecho Internacional Privado, parte especial*. 6ª edición. Eurolex, Madrid, 1995, p. 371; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Comentario al art. 9.5 Cc." en PASCUAU LIANO, M. (Director): *Jurisprudencia Civil Comentada*, Tomo I, Granada, Comares, 2.000, p. 156; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional", *REDI*, vol. XLVIII (1996-I), pp. 501-502; PAZ AGÜERAS, J.M.: "La adopción consular. El problema de propuesta previa", *BIJM*, núm. 1552, de 25 de enero de 1990, pp. 519-539.

13 Recordemos que, antes de la reforma introducida por la LAI, el art. 9.5.III Cc disponía que "Para la constitución de la adopción, los Cónsules españoles tendrán las mismas atribuciones que el Juez, siempre que el adoptante sea español y el adoptando esté domiciliado en la demarcación consular. La propuesta previa será formulada por la entidad correspondiente al último lugar de residencia del adoptante en España. Si el adoptante no tuvo residencia en España en los dos últimos años, no será necesaria propuesta previa, pero el Cónsul recabará de las autoridades del lugar de residencia de aquél informes suficientes para valorar su idoneidad."

En segundo lugar, hay que indicar que el citado precepto no incorpora en su texto la referencia a la propuesta previa de adopción, prevista en el antiguo art. 9.5.III Cc para la adopción consular. Sin embargo, la exigencia de propuesta previa venía expresamente recogida, en sede de ley aplicable a la adopción, en el art. 24 LAI anterior a la reforma efectuada por la Ley 26/2015, que le otorga idéntica redacción que el derogado art. 9.5 III CC. En este punto, debe señalarse que el epígrafe que encabezaba el primitivo art. 24 LAI, en su redacción original, llevaba por título únicamente, “Propuesta de adopción”¹⁴, mientras que tanto el art. 23 del Anteproyecto como el art. 24 del Proyecto, hablaban de “La adopción consular y propuesta previa de adopción.”

Esta omisión del Proyecto de Ley de Adopción Internacional fue puesta de manifiesto durante la tramitación parlamentaria de la LAI por el Grupo Parlamentario Popular, mediante la formulación de la enmienda núm 126 en el Congreso¹⁵ y la núm. 38 en el Senado¹⁶, por considerar que, en garantía de derechos, se debería exigir que la decisión consular viniera precedida por el informe psicosocial y la declaración de idoneidad de la autoridad competente, de manera que, en ningún caso podría constituirse adopción internacional por los cónsules españoles si se prescindiera de este procedimiento.

Parece cierto que, técnicamente, hubiera sido más correcto que el art. 17 LAI incorporara una previsión expresa, similar a la del antiguo 9.5. III CC, que recogiera la obligatoriedad de la propuesta previa formulada por la Entidad Pública competente que declarase la idoneidad de los adoptantes, o bien, que, se mantuviera el título original del art. 24 del Proyecto de Ley de Adopción Internacional, art. 22 en el Anteproyecto, en el cual se aludía explícitamente a la adopción consular; pues, de este modo, la redacción del precepto resultaría menos imprecisa y ambigua.

En la actualidad, el art. 17 LAI presenta algunas variaciones respecto a su redacción con arreglo a la Ley 54/2007. En este sentido, cabe mencionar que se ha sustituido la expresión “Estado receptor” por la de “Estado local”, destacando que a los requisitos de que el adoptante sea español y que el adoptando resida habitualmente en la demarcación consular; se ha añadido la exigencia de que no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública de acuerdo con lo

14 La rúbrica del art. 24 figuraba en una enmienda de modificación firmada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, la núm.131, justificada en una mejora técnica, que fue rechazada por la Comisión y reproducida en el Senado con el núm. 42.

15 La enmienda núm.126 no aparece como aceptada en el informe de la ponencia designada para informar sobre el Proyecto de Ley de Adopción Internacional y fue rechazada por la Comisión de Justicia del Congreso por 15 votos a favor, 20 en contra y una abstención. Vid. DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 949, de 22/11/2007 y DS. Senado, Comisiones, núm. 553, de 11/12/2007.

16 Esta enmienda quedó rechazada con el siguiente resultado: 12 votos a favor y 14 en contra. Vid. DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 949, de 22/11/2007 y DS. Senado, Comisiones, núm. 553, de 11/12/2007.

establecido en las circunstancias 1.ª, 2.ª y 4.ª del artículo 176.2 del Código Civil. De no cumplirse estos tres presupuestos, los cónsules no podrán proceder a constituir una adopción. Además, se ha añadido un párrafo segundo, que dispone que “en la tramitación y resolución de este expediente de adopción será de aplicación la legislación sobre jurisdicción voluntaria.” De este modo, según explica el Preámbulo de la Ley 26/2015, el legislador español ha pretendido “mejorar la regulación de la adopción consular circunscribiéndola a los supuestos en los que no se precisa propuesta de la Entidad Pública.”

Por otra parte, tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, el art. 24 LAI ha pasado a regular la cooperación de autoridades en los supuestos en que la adopción vaya a decretarse por una autoridad extranjera, siendo el adoptante español y residente en el país de origen del adoptado. En estos casos, si las autoridades extranjeras solicitasen información sobre los adoptantes a las autoridades españolas, se establece que el Cónsul pueda obtener dicha información de las autoridades del último lugar de residencia de los adoptantes en España, o bien, facilite la información que obre en poder del Consulado o pueda conseguir por otros medios.

III. EL SECTOR DE LA LEY APLICABLE. CUESTIONES DESTACADAS.

Continuando con la explicación de las normas de Derecho Internacional previstas en la LAI, debe indicarse que, a la hora de determinar la ley aplicable a las adopciones internacionales constituidas en España, el texto original de la LAI distinguía entre la adopción regida por la ley española (arts. 18-20) y la adopción regida por una ley extranjera (art. 21), extendiendo las soluciones previstas para la constitución de la adopción a los supuestos de nulidad, conversión y revisión. Ahora bien, al igual que ha ocurrido con otras normas de la LAI, el sistema de normas de conflicto previsto en la Ley 54/2007 se vio alterado por la Ley 26/2015, que modificó notablemente la LAI en materia de Derecho aplicable.

A continuación, se comparará el régimen anterior con el sistema que se ha incorporado al vigente Capítulo II del Título II de la LAI, dividiéndose la explicación en dos apartados diferentes, que abordarán, por un lado, las soluciones recogidas en los arts. 18 a 21 de la LAI del texto original y por otro, la respuesta que ofrecen los arts. 18-20, después de que la Ley 26/2015 suprimiera el art. 21 LAI, en ambos casos, sin olvidar la previsión del art. 22 LAI y la referencia del art. 23 al orden público internacional español.

I. La distinción entre adopción regida por la ley española y la adopción regida por la ley extranjera en la Ley 54/2007.

A este respecto, primeramente, hay que señalar que en el texto originalmente aprobado por la Ley 54/2007, como regla general, las normas de conflicto utilizaban

como punto de conexión para determinar la ley aplicable por los tribunales españoles el de la residencia habitual del adoptado, presente o futura, de manera que se aplicaba la ley del país en el cual el adoptado desarrollaba o iba a desarrollar su vida cotidiana. Esto supuso una profunda transformación del régimen hasta entonces vigente, que se encontraba en el art. 9.5 CC, en tanto que éste giraba sobre el principio *lex fori in foro proprio*. Además, la LAI contemplaba la posibilidad de dar entrada en ciertos casos a la ley nacional del adoptando en lo relativo a la capacidad y consentimientos necesarios.

En relación con los preceptos que regulaban la ley aplicable a la adopción constituida por autoridad competente española, cabe mencionar una circunstancia que ya fue objeto de críticas por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional, cual es el diferente tratamiento que recibía la adopción regida por la ley española respecto de la adopción regulada por la ley extranjera. En este sentido, consideró el Consejo que no era de recibo la notable desigualdad manifestada por el Anteproyecto en cuanto al régimen relativo a las condiciones de aplicación de una y otra ley. Muy especialmente, el máximo órgano de los jueces hacía hincapié en aquellos preceptos que preveían la aplicación de la ley personal del adoptando a su capacidad y consentimientos, en tanto que la aplicación de la ley nacional del adoptando aparecía como ineludible en el Anteproyecto, cuando la ley rectora de la adopción era la española, mientras que si era la ley extranjera la que regulaba la adopción, la ley nacional del menor resultaba de aplicación discrecional. Y ello, a pesar de que, en el supuesto de la adopción regulada por la ley española, el Anteproyecto facultaba a las autoridades españolas a “hacer excepción de la excepción”, aplicando la ley española en el caso concreto, cuando no se cumpliera con la finalidad pretendida por la norma, que era facilitar la validez de la adopción en el país del cual era nacional el adoptando.

Asimismo, el Consejo hacía extensivas sus objeciones a la aplicación potestativa de otras leyes estatales en lo referente a consentimientos, audiencias y autorizaciones, atribuyendo los defectos reseñados a una incorrecta sistemática, de tal manera que, en su opinión, las normas de conflicto que determinaban la ley aplicable a la adopción internacional constituida por autoridad española deberían ordenar un régimen coherente y uniforme, que recogiera las mismas condiciones de aplicación de la ley de la residencia habitual del adoptando, a la vez que idéntico sistema de excepciones¹⁷.

17 Sobre todas estas cuestiones relacionadas con las normas de Derecho Internacional Privado correspondientes al sector de la ley aplicable, puede consultarse el <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Adopcion-Internacional-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-al-Anteproyecto-de-Adopcion-Internacional>, pp. 14-24.

De las indicaciones realizadas por el Consejo General del Poder Judicial tomaron buena nota los Grupos Parlamentarios durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, de tal manera que algunas de las enmiendas que se presentaron reiteraban las recomendaciones del Consejo. Precisamente, el Grupo Parlamentario Popular firmó una enmienda de modificación al art. 18 del Proyecto¹⁸, en la cual proponía la aplicación de la ley española a toda adopción constituida ante la autoridad competente española. Como justificación, en síntesis, alegaba que, de otro modo, se estaría dejando a la autonomía de la voluntad de las partes la elección de la ley aplicable, en tanto que, la mera afirmación de que se va a establecer la residencia del adoptado en un determinado país, resultaría suficiente para constituir la adopción conforme a la ley de dicho país, pudiendo darse el caso de que, finalmente, el menor no fuese trasladado a este Estado. Entiende, también, el Grupo Popular que el problema de las adopciones claudicantes quedaba perfectamente solventado con las previsiones que establecen los arts. 20 y 21 del Proyecto, que permitían al Juez acudir a la ley nacional o de la residencia habitual del adoptante o adoptando para precisar los requisitos de capacidad, así como los consentimientos, audiencias o autorizaciones necesarios, pero, cumpliendo, a la vez, con las exigencias de la ley española¹⁹.

De otro lado, el art. 21 del Proyecto fue, asimismo, objeto de una enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), en la cual se propuso la supresión de dicho precepto sobre la base de que imponía la aplicación de una ley extranjera por el mero hecho de que los padres declarasen su intención de trasladar la residencia habitual del adoptando a un determinado país, y además, se ponía de manifiesto la dificultad de verificar "ex ante" si en verdad iba a tener lugar este traslado y que todo ello pudiera dar lugar a fraude de ley²⁰.

A la par, parte de la doctrina también destacó la complejidad de las soluciones de Derecho aplicable previstas en la LAI, al mismo tiempo que consideraba poco adecuada, desde el punto de vista técnico, la diferencia que establecía la LAI entre la adopción regida por la ley española y la adopción regida por una ley extranjera²¹.

18 Concretamente, se hace referencia a la enmienda de modificación núm. 127 del Grupo Parlamentario Popular en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados y a la enmienda nº39 del Grupo Parlamentario Popular en la Comisión de Justicia del Senado, que fueron rechazadas por 15 votos a favor, 20 en contra y una abstención, y por 12 votos a favor y 14 en contra, respectivamente.

19 Vid. BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-143-11 de 12/11/2007 y BOCG. Senado núm. II-140-d de 10/12/2007.

20 Se trata de la enmienda núm. 85 de las presentadas en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, la núm. 57 del Senado, que, entre otros motivos, argumenta que "No parece correcto que una cuestión de orden público como es la determinación de la Ley aplicable a la constitución de una adopción, dependa de una simple declaración de intenciones sobre la que no parece fiable un control eficaz.". Dicha enmienda no fue finalmente aceptada. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-143-11 de 12/11/2007 y BOCG. Senado núm. II-140-d de 10/12/2007.

21 Tampoco le ve sentido ADROHER BIOSCA a esta distinción entre adopción regida por la ley española y adopción regida por la ley extranjera, entendiendo que la nueva regulación, sobre todo por lo que se refiere al segundo de los supuestos citados, recoge situaciones muy excepcionales, que, además, han sido formuladas con notable imprevisibilidad. De la misma opinión es ESPULGUES MOTA, que califica de artificiosa

Así, algunos autores, al igual que la enmienda del Grupo Parlamentario Popular, incidieron en el dato de la residencia futura del adoptando, en cuanto que el mismo se fundamentaba en la simple manifestación de las partes y pudiera dar lugar a comportamientos fraudulentos; a todo lo cual debe sumarse el notable margen de discrecionalidad que otorgaba la LAI a las autoridades españolas a la hora de precisar la residencia habitual futura del adoptando, lo que aún pudiera dificultar más la labor de determinar la ley aplicable a la constitución de la adopción²².

Por otra parte, otros autores señalaron que, teniendo en cuenta la dualidad de regímenes previstos en la versión original de la LAI, así como la forma en que se establecía en cada caso la posibilidad de dar entrada a otras leyes estatales en relación con los consentimientos, audiencias y autorizaciones necesarios, pudiera parecer que cuando se aplicaba la ley española, por ser la de la residencia habitual presente o futura del adoptando, su aplicación quedaba restringida en beneficio de la ley nacional del menor; mientras que si la adopción se regía por una ley extranjera, su aplicación se generalizaba en perjuicio de la ley nacional del adoptando²³.

No obstante, no todo son críticas y existe otro sector doctrinal que juzgó que la regulación de la ley aplicable que contemplaba la versión original de la LAI era mucho más perfecta que la del antiguo art. 9.5 CC. Ello, en tanto que incorporaba normas para determinar no solo la ley aplicable a la constitución de la adopción, sino también para precisar la ley aplicable a la nulidad, conversión y revisión, y se inclinaba por la aplicación de la ley del país en el que el adoptado tuviera o fuese a tener en un futuro próximo, su centro social de vida, lo que, a juicio de estos autores, era plenamente congruente con el principio de proximidad y redundaba en interés del menor.

Asimismo, en cuanto a la duplicidad de regímenes, este sector de la doctrina alaba el rechazo al *legeforismo* presente en dicha regulación²⁴, pues, de esta forma, se evitaban las adopciones claudicantes, al mismo tiempo que se salvaguardaba en

e irreal en la práctica esta dualidad de régimen previstos en la LAI, toda vez que tanto para la adopción regulada por la ley española como para la regida por la ley extranjera, se establece la posibilidad de dar entrada a otras leyes. En este sentido, VID. ADROHER BIOSCA, S.: "La nueva regulación", cit., p. 44 y ESPULGUES MOTA, C.: "La nueva Ley", cit., p. 372.

22 Vid., p.ej., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Reflexiones sobre la Ley 54/2007", cit., p. 8, ARENAS GARCÍA, R. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "La Ley 54/2007", cit., p. 14, DURAN AYAGO, A.: "La incidencia de la Ley 54/2007", cit., p. 472.

23 Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: "Spanich Practice", cit., p. 126.

24 Recuérdese que un sector de la doctrina calificó el régimen del antiguo art. 9.5.I Cc como "claramente *legeforista*", asegurando que resultaba contrario al "principio de proximidad o principio de previsibilidad" de la ley aplicable, lo que pudiera ocasionar perjuicios a las partes interesadas. En este sentido, CALVO CARAVACA sostuvo una posición similar a la incorporada en la LAI, defendiendo que la regla *Lex Fori in Foro Propio* sólo resultaría adecuada si la ley española se correspondiese con la ley de la residencia habitual del adoptando, toda vez que se trata de la "ley del medio social del adoptando" y habida cuenta que es una "ley estatal de aplicación previsible para las partes". Vid. CALVO CARAVACA, L.A.: "Globalización y Adopción Internacional", en CALVO CARAVACA, L.A. / BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Eds.): *Globalización y Derecho*, Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 30.

mayor medida la finalidad protectora de la institución de la adopción. Censuraban, igualmente, estos autores la aplicación cumulativa de leyes del anterior art. 9.5 CC²⁵, defendiendo, por el contrario, la aplicación distributiva de leyes o la toma en consideración de otros ordenamientos jurídicos, que se desprendía del articulado de la LAI respecto a la capacidad y consentimientos necesarios, a la vez que aplaudían el margen de discrecionalidad judicial que incorporaba la norma en la determinación de la ley aplicable a la constitución de la adopción, según los datos del caso concreto²⁶.

Frente a unos y otros, podemos encontrar algún autor que sostenía una postura intermedia, de manera que calificaba de “excelente” el propósito del legislador, al querer adaptar el contenido de la adopción a la sociedad donde se encontrase integrado o fuera a integrarse el adoptando, estableciendo un vínculo entre dicha sociedad y el ordenamiento jurídico que debiera regir la adopción. Sin embargo, según este sector doctrinal, el legislador debiera haber introducido una norma de conflicto relativa a los efectos de la adopción y no a su constitución, para que la adopción constituida en España hubiese generado los efectos mismos efectos previstos en ley nacional del adoptado²⁷.

Junto a ello, deben destacarse las diferencias existentes entre la redacción del art. 17 del Anteproyecto original y la del art. 19 Proyecto de Ley de Adopción Internacional y las más relevantes, entre dichos textos legales y la versión definitiva del art. 19 de la vigente LAI, si bien, esta cuestión se analizará con más detalle en epígrafe dedicado al actual art. 19.4 LAI.

25 El antiguo art. 9.5 Cc, establecía dos excepciones a la aplicación de la ley española: la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios, que se gobernaban por la ley nacional del adoptando, siempre y cuando éste tuviera su residencia habitual fuera de España y aún residiendo en nuestro país, si no adquiriese, en virtud de la adopción, la nacionalidad española. Sobre estas excepciones cabe destacar que se defendió que tenían por objeto evitar las adopciones claudicantes. Y ello, toda vez que la aplicación de la ley de la nacionalidad del adoptando, en el caso de la primera excepción, o la toma en consideración de la ley extranjera correspondiente a la ley nacional o de la residencia habitual del adoptando o de los adoptantes, en el supuesto de la segunda excepción, favorecería que la adopción superase un hipotético control de la ley aplicada por las autoridades de un país extranjero vinculado con la adopción. También se afirmó que la primera excepción conllevaba un mandato al Juez español, que debería aplicar de forma imperativa el Derecho extranjero de oficio, lo que contrastaba con la segunda de las excepciones, que conducía a la aplicación de la ley extranjera únicamente en aquellos casos en que el Juez lo estimara conveniente, teniendo en cuenta el interés del adoptando y previa solicitud del Ministerio Fiscal o de los adoptantes. Respecto a la segunda excepción, se planteó en aquel momento el problema que suscitaba la aplicación de la ley nacional del adoptando en aquellos supuestos en que ésta desconoce o prohíbe la institución de la adopción, defendiendo que en estos casos, no sería posible la constitución en España de la adopción. Respecto a las excepciones a la regla general, resulta muy ilustrativa la exposición de las distintas posturas doctrinales que se lleva a cabo en CALVO CARAVACA, L.A.: “Globalización y Adopción Internacional”, cit. pp. 30-32.

26 Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La Ley 54/2007”, cit., pp. 104-113, y “Críticas y contracríticas”, cit., pp. 99-108.

27 ESPINAR VICENTE, J.M.: “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, núm. 18, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 oct. 2008, tomo 2, Editorial La Ley 39929/2008.

Debe añadirse que los criterios de determinación de la ley aplicable recogidos en los arts. 18 a 21 para la constitución de la adopción eran igualmente aplicables a la conversión, nulidad y revisión de la adopción, conforme disponía el art. 22 LAI anterior a la Ley 26/2015.

Por lo demás, hay que reseñar que en el art. 23 LAI el legislador español ha incorporado una excepción específica de orden público internacional, que, además, introduce la teoría del orden público internacional de proximidad, de tal manera que, aunque ordena que no se aplique el Derecho extranjero cuando resulte manifiestamente contrario al orden público internacional español, igualmente, para apreciar dicha contrariedad el citado precepto dispone que ha de tenerse en cuenta el interés superior del menor, así como los vínculos sustanciales del supuesto con España. A esto se añade que el art. 23 LAI establece la aplicación del Derecho español para todos aquellos aspectos que se vean afectados por la cláusula de orden público internacional y en consecuencia, no puedan regirse por el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto español.

En cualquier caso, ya se ha advertido que el Capítulo II del Título II de la LAI ha experimentado notables modificaciones como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, cuyo estudio se llevará a cabo a continuación, explicando las novedades más significativas que introduce esta reforma.

2. La Ley 26/2015 y su incidencia en las normas de conflicto de la LAI.

Respecto a la Ley 26/2015, la principal consecuencia que se deriva de dicha disposición en el ámbito de la ley aplicable a la adopción internacional es la vuelta a la tradicional regla *lex fori in foro proprio*, presente en el art. 9.5 CC anterior a la LAI. Y ello, habida cuenta que la citada Ley 26/2015 elimina la división por secciones del Capítulo II del Título II de la LAI, establecida por la Ley 54/2007, que, como se ha explicado en el epígrafe precedente, distinguía entre adopción regida por la ley española (Sección 1ª) y adopción regida por una ley extranjera (Sección 2ª). De este modo, suprime el art. 21 LAI, que, hasta ese momento, era la norma de conflicto aplicable a la constitución de una adopción en los supuestos en que debiera regirse por una ley extranjera.

La justificación a esta modificación no se colige del Preámbulo de la Ley 26/2015, ahora bien, acudiendo al Considerando IV de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, resulta que el legislador español ha entendido que la aplicación de una ley extranjera a la constitución de una adopción por las autoridades españolas en los términos del anterior art. 22 LAI era un “supuesto completamente extravagante y de regulación cuestionable y cuestionada.”

De este modo, a partir de la Ley 26/2015, LAI dispone de una sola regulación en materia de ley aplicable a la constitución de la adopción por los Juzgados y Tribunales españolas, que se sitúa en los arts. 18-20 LAI. Así, el art. 18 LAI, cuyo tenor literal no ha resultado modificado, no ofrece ninguna solución al problema de la determinación del Derecho aplicable a las adopciones en las cuales el adoptando no tenga su residencia habitual en España al tiempo de la adopción, ni tampoco haya sido ni vaya a ser trasladado a España con la finalidad de fijar en nuestro país su residencia habitual, que, con anterioridad a la reforma, se regían por el art. 21 LAI y que, en la actualidad, no tienen cabida en el art. 18 LAI.

A la vista de los argumentos anteriores, podría afirmarse que la respuesta que facilita este precepto resulta mucho más limitada que la solución que ofrecía el antiguo art. 9.5 CC y parece responder a la definición de adopción internacional prevista en el art. 1.2 LAI, a los efectos del Título I de la LAI, habida cuenta que no da solución a todo tipo de adopciones que presentan un elemento extranjero, cualquiera que éste sea, sino más bien a las adopciones en las que un menor declarado adoptable por la autoridad extranjera y residente en el extranjero ha sido o va a ser desplazado a nuestro país por adoptantes residentes en España, ya sea después de constituirse la adopción, o bien, con la finalidad de formalizar la misma en nuestro país, hipótesis esta última que, no cabe duda, encuentra su encaje en el art. 18.b).

No obstante, es cierto que el art. 18.a) está dando entrada a otros supuestos internacionales de adopción distintos de los incluidos en el art. 1.2 LAI, pero también es verdad que no cubre todas las adopciones internacionales incluidas por la definición del art. 1.1 LAI. Nótese aquí que, por lo que respecta a los supuestos recogidos en el derogado art. 21 LAI, bien puede darse la paradoja de que los Tribunales españoles dispongan de un foro que les otorgue competencia para constituir la adopción internacional y, sin embargo, no pueda determinarse la ley aplicable con arreglo al art. 18 LAI.

Tal vez, lo que ha ocurrido sea que el legislador ha emprendido la reforma de la LAI de forma poco sistemática y coordinada, sin considerar globalmente el texto anterior y sin percatarse de las diferencias existentes entre los apartados 1 y 2 del art. 1 LAI.

Por este motivo, hubiese resultado más acertado que, habiéndose suprimido el art. 21 LAI, el legislador español introdujera en el art.18 LAI una previsión en el sentido del art.9.5 Cc anterior a la LAI, en el cual regía la regla *lex fori in foro proprio* para todas aquellas adopciones internacionales constituidas por las autoridades españolas, permitiendo la aplicación de una ley extranjera en similares términos que los arts. 19 y 20 LAI. De este modo, se hubieran evitado los problemas

que suscitan las adopciones cubiertas por el derogado art. 21 LAI y que, en la actualidad, no quedan comprendidas en el art. 18 LAI.

Por otra parte, de la misma manera que el art. 18, la Ley 26/2015 no ha alterado el sentido de los párrafos 1, 2 y 3 del art. 19 LAI, aunque sí que ha añadido un cuarto párrafo, con la finalidad de “evitar la existencia de adopciones claudicantes que atentan gravemente a la seguridad jurídica del menor”, según justifica el Preámbulo de la Ley 26/2015. Así, similarmente a lo previsto en el Anteproyecto y el Proyecto de Ley de Adopción Internacional, el nuevo art. 19.4 LAI impide la constitución de adopciones por las autoridades españolas respecto de menores cuya ley personal prohíba o no contemple la institución adoptiva, salvo que el adoptado se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública.

El último precepto del Capítulo II del Título II de la LAI que ha sido reformado por la Ley 21/2015 es el art. 22, que establece el régimen de la ley aplicable a la conversión y nulidad de la adopción, sin que aparezca ya referencia alguna a la modificación y revisión, en consonancia con el art. 15 LAI, en su redacción vigente.

3. El vigente art. 19.4 LAI²⁸.

Por lo que respecta al apartado cuarto del art. 19 LAI, ordena denegar la constitución de la adopción, en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple esta institución, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública. El contenido de esta disposición ya se incorporó en el Anteproyecto y en el Proyecto de Ley de Adopción Internacional y fue suprimido durante la tramitación parlamentaria de la LAI²⁹.

Resulta relevante traer a colación las críticas y valoraciones doctrinales que se hicieron en relación con la previsión contenida en el Proyecto, a fin de extraer elementos de juicio para interpretar el vigente art. 19.4 LAI. En este sentido, un

28 El tema ha sido abordado más extensamente por la autora en SÁNCHEZ CANO, M.J.: “Adopción en España de menores en situación de *Kafala* y Ley Nacional del Adoptando”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), vol. 10, núm. 2, pp. 931-946.

29 El art. 17.4 del Anteproyecto y el art. 19.4 del Proyecto de Ley de Adopción Internacional, prohibían la constitución de una adopción respecto de un menor cuya ley nacional no permitiese o no conociese esta institución, salvo que, tal como se añadió en el Proyecto, el menor estuviese en situación de desamparo o bajo la tutela de la Entidad Pública española de protección de menores, y no se pudiera proceder a su repatriación, tras comunicar dicha situación a las autoridades competentes de su país. Ello, sin perjuicio de poder acordar otra medida de protección de menores. Esta previsión fue suprimida durante la tramitación parlamentaria de la ley, como consecuencia de la aprobación de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados. En ambos casos, se pusieron de relieve los inconvenientes que podrían derivarse de la aplicación de dicho precepto en relación con la *Kafala*, al mismo tiempo que se proponía una solución más acorde con el interés del menor, particularmente, en aquellos casos especialmente vinculados con nuestro país, en los cuales resultase improbable que se produjesen adopciones claudicantes. Vid. DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 949, de 22/11/2007, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-12, de 27/11/2007.

sector puso de relieve su perplejidad ante la decisión del legislador español de contemplar una única regulación, en la cual, como sucede con la norma actualmente en vigor, no se diferenciaban los supuestos en que la ley nacional del adoptado desconoce la adopción de aquellos en que ésta se encuentra prohibida. Al mismo tiempo, se objetó que el art. 19.4 del Proyecto subordinaba la protección del menor al requisito de la armonía internacional de soluciones³⁰.

Por el contrario, otra corriente doctrinal apreció como adecuada la no incorporación de esta disposición al texto definitivo del apartado 4 del art. 19 LAI. Ello, en tanto en cuanto el precepto no era acorde con lo que algunos autores han denominado la "conexión social"³¹, que, aún hoy, constituye el espíritu del art. 18 LAI, y que conduciría a aplicar la ley española a la constitución de la adopción en aquellos casos en que el adoptado está integrado o va a integrarse en nuestro país. Este sector de la doctrina defendía que, ante estas hipótesis, lo habitual es que la vinculación del adoptado con el país de su nacionalidad, cuya legislación prohíbe la adopción, resulte poco significativa, máxime si, como es normal, los adoptantes también residen en España e incluso tienen la nacionalidad española. Por este motivo, a juicio de estos autores, la adopción en nada perjudicará a la sociedad del Estado del que es nacional el adoptado, en el cual, generalmente, no tendrá que desplegar ningún efecto³².

La Fiscalía General del Estado pareció defender la misma opinión, tras la entrada en vigor del texto original de la LAI, en la Circular 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores. Más en concreto, en el Considerando XIII de esta Circular se examina el tratamiento de la *Kafala*³³, determinando que cuando se inste un expediente de adopción en el cual el menor resida en España, sometido a la *Kafala* de un ciudadano español o con residencia habitual en nuestro país, los tribunales españoles dispondrán de competencia para acordar la adopción (art. 14 LAI) y aplicarán la ley española (art. 18.1 LAI), sin que la prohibición o desconocimiento de esta institución por la ley nacional del adoptado pueda resultar un obstáculo para la constitución de la adopción³⁴.

30 Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "El Proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente", *Actualidad Civil*, núm. 22, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 dic. 2007, tomo 2, Editorial La Ley, p. 2597. En esta obra, el autor critica igualmente que detrás de las prohibiciones de adopción existen ideas religiosas, que son extrañas a la concepción laica que inspira el sistema español, a las cuales se supedita la solución ante una situación que necesita protección.

31 Esta expresión es la empleada por CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *La Ley 54/2007*, cit., p. 118.

32 Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *La Ley 54/2007*, cit., pp. 118 y 119.

33 Sobre la naturaleza de la *Kafala*, consúltese, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La *Kafala* ni es adopción, ni puede llegar a serlo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 241-249.

34 https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_voll_circu_08.pdf?idFile=622a8616-21e8-4e66-9851-f9653fe94d03.

Con carácter previo al análisis de la redacción en vigor del art. 19.4 LAI, parece oportuno recordar que, tras la supresión del art. 21 LAI por la Ley 26/2015, sólo cabe la constitución de una adopción en nuestro país conforme a la ley española, de acuerdo con el art. 18 LAI. Igualmente, debe advertirse que únicamente queda permitida la aplicación de una ley extranjera, con arreglo a los arts. 19 y 20 LAI, para la capacidad y declaraciones de voluntad necesarias. A este respecto, el art. 19.1 LAI ordena que la capacidad del adoptando quede sujeta a su ley nacional tanto cuando el adoptando resida fuera del territorio español en el momento de constitución de la adopción, como si, pese a residir en España, no adquiere la nacionalidad española como consecuencia de la adopción. En principio, la aplicación de la ley nacional del adoptando es imperativa, de concurrir los presupuestos exigidos por el art. 19 LAI, es decir, la autoridad española que constituya la adopción estará obligada a recurrir a la ley nacional del adoptando en todo lo referente a su capacidad para ser adoptado³⁵. No obstante, el párrafo 2 del art. 19 LAI modula lo dispuesto por el apartado 1, al sujetar la aplicación de la ley nacional del adoptado por las autoridades españolas a que con ello se facilite la validez de la adopción en el país del cual es nacional el adoptado. Luego, el juez podría descartar la aplicación de la ley extranjera que no conociera o prohibiese la adopción sobre la base del apartado 2 del art. 19 LAI y en su lugar, aplicar la ley española.

Ahora bien, este precepto ha sido matizado con la prohibición del apartado 4 del art. 19 LAI, que impediría la constitución de la adopción en aquellos supuestos en que la ley extranjera no conociera o prohibiese la adopción. Sobre este particular, el legislador español ha entendido que los jueces y tribunales españoles, a la hora de aplicar la prohibición que contiene el citado precepto, habrán de atender a la vinculación del supuesto en cuestión con nuestro país y por ende, a la escasa o nula conexión de la adopción con el Estado de origen del menor. Para ello, deberán valorar el grado de integración del adoptado en la sociedad española, examinando elementos tales como la nacionalidad y residencia habitual de las partes.

Del mismo modo, nuestro legislador, en su afán de evitar adopciones claudicantes, ha introducido como límite que el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública, dado que, en estos casos, hay pocas probabilidades de que la adopción deba de surtir efectos en el país de la nacionalidad del adoptado, cuya ley prohíbe o no regula la adopción, en particular, cuando los adoptantes son españoles y residen en España³⁶. Lógicamente, cuanto

35 De este modo, se favorece la constitución de la adopción en España cuando la misma no resulta posible por no reunir el adoptando alguno de los requisitos de capacidad reclamados por la ley española. *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *La Ley 54/2007*, cit., pp. 130 y 131.

36 Aquí, hay que hacer notar que el vigente art.19.4 LAI no contempla la referencia a la imposibilidad de repatriación del menor, una vez comunicada la situación a las autoridades de su país de origen, tal y como venía recogida en el Proyecto de Ley de Adopción Internacional, antes de la tramitación parlamentaria, lo que parece mucho más acorde con el interés del menor. Como algún autor afirmó en su momento,

mayor sea la integración del adoptado en la sociedad española, menos posibilidades tendrá la adopción de desplegar efectos en el país de origen del menor.

Respecto a la opinión de la doctrina, algunos autores manifiestan su conformidad con la reforma, puesto que entienden que solventa los inconvenientes generados por el abuso fraudulento de la *Kafala*, y toda vez que resulta respetuosa con la legislación de los países de origen de los menores³⁷.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado ha emitido un dictamen, en el cual establece los criterios para aplicar la prohibición del art. 19.4 LAI, intentando responder a las dudas que suscita este precepto. En síntesis, la Fiscalía entiende que dicha restricción operará cuando se constate suficientemente que la legislación del país del que es nacional el adoptando prohíbe o no contempla la adopción, como es el caso de Marruecos. Igualmente, requiere que el menor no adquiera la nacionalidad española en virtud de la adopción y que, por tanto, conserve la suya de origen. En último término, de acuerdo con el último párrafo del art. 19.4 LAI, la Fiscalía advierte que la mencionada prohibición no entrará en juego cuando el menor esté en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública³⁸.

Dicho esto, lo cierto es que el vigente art. 19.4 LAI no ofrece una respuesta razonable para las *Kafalas* transnacionales, en las cuales el menor es trasladado a nuestro país, inmediatamente después de su constitución, por sus titulares, generalmente, ciudadanos españoles y con residencia habitual en España³⁹. En efecto, ante una hipótesis de este tipo, el art. 19.4 LAI no puede impedir la constitución de la adopción, pues no se cumplen los presupuestos del art. 19.1 LAI, en tanto que lo habitual será que en el momento de la adopción el menor resida ya en España y no cabe duda de que adquirirá la nacionalidad española, puesto que los adoptantes son españoles. Olvida, por tanto, el legislador español del 2015 que, sin perjuicio de la justificación que ofrece el Preámbulo de la propia Ley 26/2015, la incorporación del apartado 4 al art. 19 LAI, tuvo como propósito desbloquear la

semejante previsión hacía prevalecer la condición de inmigrante sobre la necesidad de protección. Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "El Proyecto de Ley sobre adopción internacional", cit".

37 Vid. DURÁN AYAGO, A.: "Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, p. 444 y LÓPEZ AZCONA, A.: "Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, núm.. 2185, enero de 2016, p. 79. En la misma línea, también puede consultarse el *Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, p. 92, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Proteccion-a-la-Infancia>.

38 Se trata del *Dictamen 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, respecto al tratamiento de la kafala*, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Dictamen%203-2016.%20Kafala,%20revisio?idFile=653f0e61-dcaf-4155-b458-86e45fced3d2.

39 Por el Consejo Fiscal se puso de relieve que no queda claro si la prohibición que incorpora este precepto opera igualmente en relación con menores que han sido trasladados a nuestro país y residen habitualmente en España. Vid. *Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley de protección de la infancia*, p. 92, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2914INFORME%20CF%20LEY%20PROTECCION%20INFANCIA.pdf?idFile=ccc43a18-67fc-470d-8bb2-172759eff938.

tramitación en Marruecos de *Kafalas* respecto de solicitantes españoles y residentes en nuestro país, consideradas fraudulentas por las autoridades marroquíes, en tanto que pueden servir como soporte para una posterior adopción en España⁴⁰.

En definitiva, si la intención del legislador fue impedir, en todo caso, la constitución ante las autoridades españolas de una adopción respecto de un menor cuya ley nacional la prohíba o no la contemple, más razonable hubiera resultado introducir esta regla en una disposición independiente, al margen del art. 19 LAI, para, de este modo, desvincularla de los requisitos del art. 19.1 LAI.

IV. BREVE REFLEXIÓN FINAL.

Tras analizar la regulación en vigor para la constitución ante las autoridades españolas de una adopción en supuestos internacionales, cabe concluir que, pese a los buenos propósitos del legislador español, aún hoy, atendiendo a las últimas reformas legislativas, se plantean en la práctica problemas que no reciben una solución satisfactoria con el régimen establecido en la LAI. Las dificultades que se derivan de las, ya de por sí, complicadas situaciones privadas internacionales se ven incrementados ante una institución como la adopción, en la cual, a veces, se olvida que el interés prevalente siempre ha de ser el del menor adoptado. Como se ha visto, los mayores inconvenientes se plantean en el sector de la ley aplicable, en el cual, urge buscar respuestas para completar e integrar las lagunas que presenta el sistema actual.

40 En este punto, hay que explicar que el Ministerio de Justicia y Libertad marroquí dictó la Circular núm. 40 S/2 de Justicia, en la cual se instaba a las autoridades competentes para decretar una *Kafala* en dicho país a verificar si el solicitante extranjero tenía su residencia habitual en Marruecos y de no ser así, procediera a denegar la constitución de la *Kafala*, debido a las dificultades para controlar el cumplimiento de las obligaciones que comporta esta institución, en concreto, la de educar al menor en la fe islámica. Por esta razón, el Gobierno español asumió el compromiso ante las autoridades marroquíes de reformar la normativa española, con el propósito de impedir la constitución en España de adopciones respecto de niños marroquíes que hubieran sido objeto de *Kafala* en el vecino país. Fruto de ese compromiso es el vigente art. 19.4 LAI, introducido por de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» 29 julio).

BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, S.: "La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la ley 54/2007 de 28 de diciembre, de los "santos inocentes"", *Revista crítica de Derecho inmobiliario* (RCDI), 711, 2009, pp. 13-55.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "El Proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente", *Actualidad Civil*, núm. 22, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 dic. 2007, tomo 2, Editorial La Ley, p. 2597.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional", *Diario La Ley*, nº 6910, Sección Doctrina, 25 mar. 2008, Año XXIX, Ref. D-90, Editorial La Ley, versión *on line*.

ARENAS GARCÍA, R. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo" *Revista Española de Estudios Internacionales*, núm.17, 2009, pp. 1-39, www.reei.org.

CALVO BABÍO, F.: "Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional", *luris: actualidad y práctica del Derecho*, núm. 125, marzo 2008, pp. 56-63.

CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Décimotava edición, 2018, Comares, Granada, 2018.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: El ataque de los clones", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2010), vol. 2, núm. 1, pp. 90-91.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2007.

CALVO CARAVACA, A.L.: "Globalización y Adopción Internacional", en CALVO CARAVACA, L.A. / BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Eds.): *Globalización y Derecho*, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 23-71.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Comentario al art. 9.5 Cc." en PASCUAU LIAÑO, M. (Director): *Jurisprudencia Civil Comentada*, Tomo I, Granada, Comares, 2000.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La *Kafala* ni es adopción, ni puede llegar a serlo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 241-249.

DURAN AYAGO, A.: "La incidencia de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional, en la normativa extremeña", *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 2, pp. 463-477.

DURÁN AYAGO, A.: "Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 415-462.

ESPINAR VICENTE, J.M.: "Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional", *Actualidad Civil*, núm. 18, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 oct. 2008, tomo 2, Editorial La Ley 39929/2008, versión online.

ESPLUGUES MOTA, C.: "La nueva Ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 2, 2008, pp. 363-380.

GÓMEZ CAMPELO, E.: *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate*, Reus, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional", *REDI*, vol. XLVIII (1996-1), pp. 501-502.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: "Filiación y alimentos" en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y otros: *Derecho Internacional Privado, parte especial*. 6ª edición. Eurolex, Madrid, 1995.

LÓPEZ AZCONA, A.: "Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, núm.. 2185, enero de 2016, pp. 1-89.

PAZ AGÜERAS, J.M.: "La adopción consular. El problema de propuesta previa", *BJJM*, núm. 1552, de 25 de enero de 1990, pp. 519-539.

RODRÍGUEZ MATEOS, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: "Spanish Practice in Respect of Intercountry Adoption", *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 15 (2009), pp. 107-142.

SÁNCHEZ CANO, M.J.: "Adopción en España de menores en situación de *Kafala* y Ley Nacional del Adoptando", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), vol. 10, núm. 2, pp. 931-946.