

PROHIBICIONES Y LIMITACIONES DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 54/2007: ENTRE LOS OBJETIVOS DE LA NORMA Y LA REALIDAD EN SU APLICACIÓN*

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
UNED

Recibido: 23.12.2010 / Aceptado: 14.01.2011

Resumen: Uno de los preceptos más novedosos de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre sobre adopción internacional ha sido su artículo 4. Este trabajo se centra tanto en el estudio de los casos que regula como en su funcionamiento. Todo ello desde una perspectiva práctica que permitirá analizar su aplicación por parte de las autoridades competentes. Junto a lo anterior se estudia el impacto que la aplicación del citado precepto tendrá en la validez extraterritorial de las adopciones internacionales. .

Palabras clave: adopción internacional, circunstancias que impiden o condicionan la adopción, validez extraterritorial de las adopciones internacionales.

Abstract: Article 4 of the Spanish Act of International Adoption (Ley 54/2007 of December 28, 2007) is one of the most important and novel precepts. This paper focuses the analysis of the cases and controls its operation from a practical perspective that will analyze the application of article 4 by the competent authorities. The paper also consider the impact that the implementation of that provision will have on the extraterritorial validity of foreign adoptions.

Key words: international adoption, circumstances that prevent or constrain the adoption, extraterritorial validity of foreign adoptions.

Sumario: I. Introducción. II. Supuestos regulados en los apartados 1 y 2 del artículo 4. 1. Cuestiones sobre la naturaleza del precepto. 2. Confusiones y problemas en el uso de los supuestos del artículo 4. A) Confusión entre el supuesto recogido en la letra c) del apartado 1 con el apartado 2 del artículo 4. B) Empleo de forma cumulativa de la letra c) del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 4. C) Resolución de la medida sin referencia a los apartados 1 y 2 del artículo 4. D) Aplicación del artículo 4 de la LAI a supuestos fuera de su ámbito de aplicación. III. Funcionamiento del artículo 4 en la práctica. 1. Coordinación internautonómica en la materia. 2. Aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 4: procedimiento habitual. 3. Otras circunstancias a tener en cuenta en la aplicación del artículo 4. 4. Distintos ejemplos de descoordinación. IV. Infracción del artículo 4. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Han sido numerosos los estudios dedicados a la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional*¹ (en adelante LAI). En estos trabajos se han reflejado posiciones desiguales en torno

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación SEJ 2007-67381 Derecho civil internacional: pluralidad e interacción de normas internacionales. Problemas de aplicación.

¹ *BOE.*, 29 de diciembre de 2007.

Entre otros pueden consultarse S. ADROHER BIOSCA, «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*, núm., 711, pp. 13-54. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «El proyecto de ley sobre adopción internacional. Una crítica para sobrevivir a su

a la valoración de su técnica normativa así como su adecuación o distanciamiento a la realidad que responde; pero donde sí parece existir acuerdo es en el acierto del legislador español a la hora de incluir un precepto como el artículo 4².

Los seis apartados que conforman el artículo 4 están dedicados a cuestiones distintas. Así mientras a través de los dos primeros se trata o bien de evitar que se lleven a cabo adopciones en Estados que no garanticen los procesos de adopción o bien la tramitación de los expedientes se condiciona a la intervención de las autoridades acreditadas en ambos Estados, el cuarto articula la aplicación de las medidas que se acaban de citar. El tercer apartado regula el supuesto de las solicitudes para la adopción de aquellos menores extranjeros que hayan sido acogidos en programas humanitarios de estancia temporal. El quinto establece quienes pueden ejercer la función de intermediación en la adopción internacional y, por último, en el apartado sexto se recuerda un principio fundamental en la adopción internacional: la prohibición de producir beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir estrictamente los gastos necesarios.

2. En lo que hace al objeto de este trabajo no se va a centrar en la práctica de la adopción internacional de menores que han sido traídos a España mediante programas humanitarios. Tampoco en las cuestiones relacionadas con la autorización o trámites que necesitan las autoridades acreditadas para ejercer sus funciones en la adopción internacional. En definitiva, el estudio tratará tanto del aná-

exposición docente», *Actualidad Civil*, núm., 22, diciembre 2007; *ibid.*, «La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto de sus objetivos y de la comunión entre ambos», *AEDIPr.*, vol. II, 2007, pp. 39-69; *ibid.*, «The New International Adoption System in Spain», *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, pp. 409-429; *ibid.*, «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», *Revista Jurídica La Ley*, núm., 1, 2008. R. ARENAS GARCÍA, C. GONZÁLEZ BEILFFUS, «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo», www.reei.org 2009 (versión *on line*). F. CALVO BABÍO, «Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional», *IURIS*, núm., 25, marzo 2008. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Edt. Comares, 2008, *ibid.*, «Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional: el ataque de los clones», *CDT.*, Vol. 2, núm., 1, 2010. A. DURÁN AYAGO, «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, 2008. C. ESPULGUES MOTA, «La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿Una ocasión perdida?», *Rev. dir. int. pri. e proc.*, 2008-2, pp. 363-380. E. GÓMEZ CAMPELO, *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate (Acercamiento crítico a alguna de sus propuestas)*, Edt. Reus, Madrid 2009; *ibid.*, «Los perfiles de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007», www.reei.org, 2008 (versión *on line*). P. PARADELLA AREÁN, «Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional», www.reei.org, 2008 (versión *on line*).

² Son muy ilustrativas las palabras de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ sobre el artículo 4 «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», *cit.*

Artículo 4. *Circunstancias que impiden o condicionan la adopción.*

1. No se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias: a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural. b) Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción. c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3.

2. Las Entidades Públicas de Protección de Menores españolas podrán establecer que, con respecto a un determinado Estado, únicamente se tramiten solicitudes de adopción internacional a través de Entidades Colaboradoras acreditadas o autorizadas por las autoridades de ambos Estados, cuando se constate que otra vía de tramitación presenta riesgos evidentes por la falta de garantías adecuadas.

3. La tramitación de solicitudes para la adopción de aquellos menores extranjeros que hayan sido acogidos en programas humanitarios de estancia temporal por motivo de vacaciones, estudios o tratamiento médico, requerirá que tales acogimientos hayan finalizado conforme a las condiciones para las que fueron constituidos y que en su país de origen participen en programas de adopción debidamente regulados.

4. A efectos de la decisión a adoptar por la Entidad Pública competente en cada Comunidad Autónoma en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, se procurará la correspondiente coordinación autonómica, pudiendo someterse dicha decisión a la consideración previa del correspondiente órgano de coordinación institucional de las Administraciones Públicas sobre adopción internacional, así como del Consejo Consultivo de Adopción Internacional.

5. La función de intermediación en la adopción internacional únicamente podrá efectuarse por las Entidades Públicas de Protección de Menores y por las Entidades de Colaboración, debidamente autorizadas por aquéllas y por la correspondiente autoridad del país de origen de los menores. Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de intermediación para adopciones internacionales.

6. En las adopciones internacionales nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir estrictamente los gastos.

lisis de los apartados uno y dos, como en el apartado cuarto, donde se regula su procedimiento de la aplicación.

Antes de emprender el estudio del mencionado precepto sí es adecuado determinar un aspecto importante de la LAI, en qué supuestos resulta aplicable su articulado. El artículo 1.2 de la norma determina su extensión al vínculo jurídico de filiación³ que implica un traslado (o lo que se ha denominado adopción transfronteriza) como en el supuesto en el que dicho traslado no sea preciso, dado que incluye como criterio que califica de internacional el caso la nacionalidad de las partes. Este aspecto es fundamental porque condiciona las distintas soluciones que a lo largo de la norma se vayan dando a las cuestiones que se traten de responder.

La determinación del ámbito de aplicación es una de las primeras cuestiones en las que difieren la LAI del *Convenio de La Haya 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 Convenio de La Haya de 1993). Este último proyecta su ámbito de aplicación, en principio, sobre un espectro de casos más reducido y ello dado que debido a la definición que recoge su artículo 2.1 se requiere que el menor ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante, del Estado de su residencia habitual (Estado de origen) al Estado de residencia habitual de los adoptantes (Estado de recepción); además como se observa el criterio fundamental para la aplicación del texto convencional es el de la residencia habitual⁴. Sin embargo, con motivo de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya, en las Recomendaciones y Conclusiones aprobadas por la Comisión Especial⁵, se hace constar que no sólo las adopciones contenidas en el artículo 2 apartado 1 están sujetas al procedimiento y salvaguarda del Convenio, sino también se extiende entre otros casos, de forma expresa a las adopciones por nacionales del Estado de origen (este sería por ejemplo el supuesto de la adopción de un menor búlgaro por adoptantes españoles en España, lugar donde todas las partes tienen su residencia habitual). En principio este supuesto no es un caso de adopción transfronteriza (estrictamente no está recogido en el artículo 2.1 del Convenio) en tanto no requiere desplazamiento, y como ha sido explicado por algún autor son supuestos que en la práctica habitual se trataban como internas obviándose el criterio de la nacionalidad extranjera del menor⁶. La cuestión es hasta qué punto está pensado el marco de cooperación establecido en el Convenio de La Haya de 1993 entre la autoridad situada en el Estado de la residencia habitual del menor y la autoridad de la residencia habitual de los futuros adoptantes para la resolución de estos supuestos en los que no hay desplazamiento y el criterio de la internacionalidad viene establecido por el criterio nacionalidad. Es la misma situación que la prevista en el artículo 1.2 de la LAI.

Determinado el extenso ámbito de aplicación de la LAI pasamos al análisis de los supuestos objeto de regulación en su artículo 4.

II. Supuestos regulados en los apartados 1 y 2 del artículo 4

3. El apartado 1 del artículo 4 recoge el primero de los supuestos objeto de este trabajo. A través del mismo se prohíbe tramitar solicitudes de adopción sobre *menores nacionales o con residencia habitual en otro Estado* cuando se den las circunstancias descritas en las letras a) b) o c). De la lectura literal del precepto se deduce que incorpora los mismos criterios de vinculación con independencia del caso

³ Sobre las dificultades en la definición *vid.*, R. ARENAS GARCÍA, C. GONZÁLEZ BEILFUS, «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional...», *cit.*, p. 5.

⁴ *In extenso* puede verse entre otros, B. CARRILLO CARRILLO, *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*, Editorial Comares, 2003, pp. 49-66.

⁵ Puede consultarse en http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010concl_s.pdf Sobre este aspecto ver, A. BORRÁS, «Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional (17 a 25 de junio de 2010) *REDI.*, 2010-1, vol. LXII, pp.329- 334, en esp. p. 332. Otros casos presentados como conflictivos, es decir que plantean dificultad a la hora de su calificación como interna o internacional, son los supuestos de la extensión del texto cuando se trata de dos nacionales extranjeros que trabajan como cooperantes en el Estado de origen del menor y pretenden adoptar en dicho. En este caso para determinar si el Convenio es aplicable no sólo se tendrá que verificar que está en vigor en ambos Estados sino habrá de determinarse si se trata de un caso contenido en el ámbito material de aplicación.

⁶ R. ARENAS GARCÍA, C. GONZÁLEZ BEILFUS, «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional...», *cit.*, p. 6.

ante el que nos encontremos. Sin embargo, aunque en un primer momento, y de forma general, se determina el ámbito *ratione personae* de este precepto con criterios como la nacionalidad o la residencia habitual de un menor en otro Estado, cuando se pasa a los casos particulares el ámbito de aplicación cambia.

4. En el primero de los casos, supuesto de que se haya producido una catástrofe natural o el país esté inmerso en un conflicto bélico se requiere, para prohibir la adopción, que el menor tenga allí su residencia habitual descartándose el criterio de la nacionalidad⁷.

El caso más habitual será aquel en el que en medio de un conflicto bélico o tras una catástrofe natural determinados sujetos tratan de aprovechar estas situaciones para sacar a los menores de estos Estados con objeto de traficar con ellos. En tales supuestos lo lógico es que la nacionalidad del menor coincida con el Estado donde tiene su residencia habitual; aquí el artículo 4.1 a) se aplicaría para prohibir a las autoridades españolas tramitar adopciones de menores con residencia habitual en Estados inmersos en conflictos bélicos o catástrofes naturales.

Conforme a la lectura del precepto, aunque el menor tenga la nacionalidad de un país inmerso, por ejemplo, en un conflicto bélico si su residencia habitual está situada en otro país distinto sí sería posible que las autoridades españolas dieran cauce a la tramitación de su adopción. Ahora bien, aunque el precepto literalmente no lo diga, creemos que la lectura debe ser distinta si se trata de un menor con residencia habitual en un Estado inmerso en cualquiera de las dos situaciones que incluye la letra a) del artículo 4.1 –con independencia de que coincida o no con el de su nacionalidad–, y es llevado, por ejemplo, a España con fines adoptivos, aquí y ante la posible inseguridad por el desconocimiento de la situación jurídica del menor se prohíbe a las autoridades españolas realizar cualquier trámite encaminado a la adopción del menor⁸.

5. En el segundo, –inexistencia de una autoridad que controle y garantice las prácticas y trámites de la adopción, no se respete el interés del menor o no se cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3– al no incluir un ámbito *ratione personae* específico habría que recurrir al que aparece al inicio del artículo 4, donde se incluye el criterio de la nacionalidad de los menores, vinculación que, a mi juicio, no da respuesta a las situaciones que se quieren combatir a través del artículo 4.1.b) y c)⁹. De nuevo se propone una lectura del precepto en una clave distinta a como textualmente se redacta con objeto de que la norma atienda de forma correcta a aquellos supuestos a los que en realidad se ha querido dar solución¹⁰, y que en definitiva se trata de los supuestos en los que con carácter general hay traslado del menor (adopción transfronteriza); hay que recordar que la LAI en su artículo 1.2 también incluye en su ámbito de aplicación como adopciones internacionales supuestos que no requieren tales traslados y que el elemento de extranjería se encuentra en el criterio de la nacionalidad.

6. En cualquier caso y aunque el artículo 4 determina criterios de conexión que delimitan el ámbito subjetivo del precepto, la aplicación del citado artículo en la práctica conlleva la prohibición de tramitar adopciones con un Estado –ya sea por cualquiera de las circunstancias contenidas en el apartado 1 del artículo 4 en sus distintas letras–, y ello sin entrar en la vinculación que tales menores tienen con dicho territorio, que lógicamente serán menores nacionales o residentes. Las disfunciones que pueden producirse, si no se hace una lectura acorde con la filosofía de la norma, son consecuencia de una tendencia seguida en la actualidad: la incorporación en las normas de cláusulas especiales. A través de estas difícilmente se responde a todas las realidades que pueden producirse dado que hay supuestos que

⁷ Otra opinión muestran los profesores A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA que entienden que este precepto se ha de aplicar a los menores que presenten vínculos con un país envuelto en una situación descontrolada, *La Ley 54/2007...*, cit., p. 56ss.

⁸ En igual sentido *ibid.*, p. 56.

⁹ Puede verse el ejemplo propuesto por S. ADROHER, «La nueva regulación de la adopción internacional en España...», cit., p. 20. En un sentido similar, R. ARENAS GARCÍA, C. GONZÁLEZ BEILFFUS, «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo», reei, núm., 17, 2009.

¹⁰ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional:...», cit., pp. 81-84. S. ADROHER BIOSCA, «La nueva regulación de la adopción internacional en España...», cit., p. 20.

conforme a una lectura literal del precepto no quedan resueltos de manera correcta. Al final serán los operadores jurídicos quienes den a la norma una interpretación ajustada no a su tenor literal sino a la filosofía de la misma.

7. El apartado dos del artículo 4 conlleva la posibilidad de que la autoridad española, la Entidad Pública competente, condicione la tramitación de las adopciones con un Estado a la intervención de Entidades acreditadas en ambos Estados. Se trata de una salvaguarda dirigida a los supuestos en los que las adopciones sean transfronterizas, es decir aquellas que van requerir un desplazamiento y por tanto aquellas en las que se produce la cooperación de autoridades situadas en Estados distintos. Esto último supone que quedan fuera de la acción del apartado 2 del artículo 4 aquellas adopciones en las que el vínculo de la internacionalidad viene dado por el criterio de la nacionalidad y ello con independencia de que, como ya se ha hecho referencia con anterioridad, la delimitación del ámbito de aplicación de la LAI se extienda también a aquellas adopciones que no requieran dicho desplazamiento.

1. Cuestiones sobre la naturaleza del precepto

8. Uno de los puntos más conflictivos se encuentra en el reparto competencial entre CCAA y Estado en la materia que nos ocupa¹¹. Sin duda y como ha sido apuntado sería conveniente hacer una delimitación competencial entre Estado y CCAA en materia de adopción internacional¹². Pero no es este extremo, importantísimo por otro lado, el que aquí interesa si no cuestionarse algunos aspectos que pueden atribuirse a la naturaleza del precepto del que trata este trabajo.

9. El artículo 4 está ubicado en el Título I de la LAI, dicho Título se dedica fundamentalmente a la fase administrativa de adopción de menores. Con independencia de la ubicación del precepto hay autores que se cuestionan la naturaleza del artículo 4 en sus apartados 1 y 2 en la medida que al tratarse de actos que prohíben o condicionan la adopción con un determinado Estado entienden que se trata de actos de política exterior, materia que sería de competencia exclusiva del Estado¹³ (artículo 149.1.3ª de la Constitución española).

10. Esta polémica no es nueva, ya en la materia concreta de adopción internacional, en particular en relación a la transmisión/comunicación de información por parte de las Autoridades Centrales españolas –designadas en cada CCAA como así preveía el propio Convenio de La Haya de 1993– con las autoridades extranjeras se había cuestionado su posible tratamiento como un acto de política exterior¹⁴. Pues bien, la solución adoptada fue, según se estableció en el artículo 25 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* (en adelante LOPJM), que la comunicación entre las Autoridades Centrales españolas y las autoridades competentes de otros Estados se realizará conforme a lo previsto para el Convenio de La Haya de 1993¹⁵.

¹¹ Hay que recordar que cuatro CCAA asumen la competencia en base al artículo 148.1.8ª de la Constitución española para el desarrollo de la legislación civil (Cataluña, Navarra, Aragón y Galicia). Las demás han asumido competencia sobre estos aspectos vía 149.1.20 de la Constitución, es decir como materias de Asistencia Social.

¹² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La Ley de adopción internacional...», *cit.*, pp. 43-48.

¹³ P. ÁLVAREZ LÓPEZ, «La distribución de competencias en el ámbito de la adopción internacional», *El camino a casa, Los derechos del niño en el adopción internacional*, pp. 23-51, en esp. pp. 44-48. S. ADROHER BIOSCA, «La nueva regulación de la adopción internacional en España...», *cit.*, p. 33.

¹⁴ Sobre este extremo puede verse C. GONZÁLEZ BEILFFUS, «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm., 2, 1996, pp. 23-26. Mª A. ASÍN CABRERA, *La protección y adopción de menores extranjeros en la CAC*. Dirección General de Protección del menor y la Familia, 1999, pp. 27-31. S. GARCÍA CANO, *Protección del menor y cooperación entre autoridades centrales*, 2003, Colex, pp. 114-116. M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Lex Nova, 2004, pp. 209-211.

¹⁵ En el marco de este texto hay que recordar que se designó a la Dirección General de Acción Social del Menor y la Familia (en la actualidad Dirección General de Política Social, de las Familias y de la Infancia Ministerio de Sanidad y Política Social, según artículo 12.1.i) del Real Decreto 1041/2009, de 29 de junio por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Política Social), como organismo que podía ejercer las funciones de Super Autoridad Central. De

Una solución más adecuada se ha tomado en el artículo 9 de la LAI para el desarrollo de la función de comunicación¹⁶.

11. Lo cierto es que el contenido del artículo 4 de la LAI es de mayor calado, en definitiva, como se ha apuntado, a través de este precepto se trata de condicionar o incluso de prohibir la tramitación de adopciones internacionales con determinados Estados. Es una de las manifestaciones de las actividades de las CCAA con competencia en materia de protección de menores que tiene una proyección externa y la cuestión reside entonces en si se identifica esta actividad con proyección exterior con la materia «relaciones internacionales» que la Constitución reserva a la competencia exclusiva estatal (artículo 149.1. 3ª de la Constitución española).

Se trata de una cuestión compleja sobre la que el Tribunal Constitucional se ha manifestado en varias ocasiones, entre ellas por ejemplo la Sentencia 165/1994 de 26 de mayo¹⁷ donde el Alto Tribunal determina:

«A la vista del alcance de la competencia estatal, pues, la posibilidad de las Comunidades Autónomas de llevar a cabo actividades que tengan una proyección exterior debe de entenderse limitada a aquellas que, siendo necesarias, o al menos convenientes, para el ejercicio de sus competencias, no impliquen el ejercicio del *ius contrahendi* no originen obligaciones inmediatas ni actuales frente a poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado, y no generen responsabilidades de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales».

«Evidentemente, no cabe una exposición exhaustiva de cuales sean esas actividades, por cuanto que lo decisivo para su inclusión en la competencia autonómica será, junto a la efectiva existencia de la atribución competencial estatutaria, que, por una parte, no incidan en la reserva estatal arriba expuesta, y por otra parte que no la perturben o condicionen: lo que significaría que dentro de esa competencia exclusiva estatal *se sitúa la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección exterior de las Comunidades Autónomas, para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que, en exclusiva, corresponde a las autoridades estatales.*» (la cursiva es nuestra)

Es decir de conformidad con lo que expresa el Tribunal Constitucional puede haber una proyección externa de la actividad por parte de las CCAA pero en el momento en el que dicha actividad, aún sin calificarse como relación internacional –momento en el que entraría en la competencia exclusiva del Estado (artículo 149.3º de la Constitución)–, incide o perturba la dirección o ejecución de la política

manera que la comunicación con las Autoridades extranjeras pudiera hacerse a través de este organismo central del Estado. Ahora bien, finalmente se abrió una doble posibilidad de contacto directo autoridades CCAA y autoridades extranjeras o bien por medio de la citada Dirección General. Hay que recordar que este mecanismo de comunicación se emplea tanto para los supuestos que estuvieran contenidos en el Convenio como en aquellos casos en los que no fuera aplicable. Sobre la tramitación y enmiendas presentadas al artículo 25 de la *Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*, vid., C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «La entrada en vigor del Convenio de La Haya de 28 de mayo relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional», *REDI.*, 1995-2, pp. 485-487.

¹⁶ Artículo 9. Comunicación entre autoridades competentes españolas y autoridades competentes de otros Estados. «La comunicación entre las autoridades centrales españolas competentes y las autoridades competentes de otros Estados se coordinará de acuerdo con lo previsto en el 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 y ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995 (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/ir180795-je.html), si las autoridades extranjeras corresponden a Estados que forman parte del Convenio de la Haya o de otros tratados y convenios internacionales existentes en materia de adopción internacional.

Con respecto al resto de los Estados, se procurará seguir el mismo procedimiento».

El artículo 9 da una solución más real que la que contenía el apartado 2 del artículo 25 de la LOPJM: por un lado, el artículo 9 de la LAI transforma en obligatoria la coordinación de la comunicación entre autoridades de la manera establecida en el Convenio de La Haya de 1993 aunque este texto no resulte aplicable. Hay que apreciar que la obligación del artículo 9 es para Estados parte del texto, que contarán con la infraestructura de cooperación que establece el Convenio, aunque tampoco puede obviarse que tales autoridades extranjeras acudirán al mecanismo de la cooperación convencional si así les obliga su ley o lo estiman oportuno; por otro lado, en los demás supuestos, es decir en aquellos casos en los se implique a un Estado con el que España no haya establecido relación convencional, no hay mandato sino se aconseja seguir el mismo procedimiento y ello debido a que los demás Estados no tienen que haber adoptado medidas para adaptar las respuestas al texto convencional. A favor de la redacción de este precepto se sitúa S. ADROHER BIOSCA, «La nueva regulación de la adopción internacional en España...», *cit.*, p. 22. F. CALVO BABIO, «Revisión crítica...», *cit.*, p. 59. Crítico con el mismo es S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «El proyecto de ley...», *cit.*, p. 2601-2602.

¹⁷ *BOE*, 26 de mayo de 1994.

exterior del Estado, éste puede, de conformidad con la competencia exclusiva reconocida en la Carta Magna, adoptar medidas que vengan a coordinar o regular tales actividades¹⁸. Trasladada esta reflexión al marco del artículo 4 de la LAI supondría que aún sosteniendo que la prohibición o condicionamiento de la adopción internacional con otros Estados no se califique como un acto de política exterior (esto es lo que se ha hecho y se viene haciendo al dar esta competencia a las Entidades públicas correspondientes de cada CCAA¹⁹, aunque sin duda esta cuestión, o el reparto competencial, no está en manos del legislador ordinario sino de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía²⁰) -en cuyo caso entra dentro de la competencia exclusiva del Estado-, la incidencia o perturbación que tales decisiones pueden tener en la política exterior del Estado provoca que las autoridades estatales puedan adoptar medidas de coordinación y regulación. Por ejemplo en el supuesto de este precepto podrían cristalizar en la centralización en el Ministerio de Sanidad Política Social e Igualdad la determinación de con qué países se puede o no realizar trámites para la adopción internacional o con cuales dichos trámites están sometidos a condicionamiento. Esta decisión habría de ser vinculante para todo el territorio español y desde el momento en que dicha decisión se toma, de forma que no se produjeran situaciones como las que en la actualidad suceden en función de la CCAA que se trate (*vid., infra.*, epígrafe III).

12. Concluyo con una cuestión que suscita más interrogantes desde la propia norma estatal. No pasa en absoluto desapercibido lo establecido en la Disposición final quinta de la LAI que trata sobre los títulos competenciales²¹. En lo que hace artículo 4 este no se encuentra entre aquellos que la LAI determina como objeto de regulación por las CCAA con competencia en materia derecho civil. Esto supondría que el Estado es el que tendría competencia exclusiva para su reglamentación. Son dos las cuestiones que surgen ¿qué sucede con la redacción del apartado 4 del artículo 4 cuando en él se atribuye competencia a la Entidad pública de la CCAA para establecer con qué Estados se puede adoptar y con cuáles no? ¿o qué sucede por ejemplo, entre otros muchos que podrían citarse, con el Decreto 58/2002 de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos Relativos a la Protección de Menores y Adopción y regula el Registro de Protección de la Infancia en base al cual la Entidad pública de la CCAA cántabra asume competencia para prohibir la tramitación de adopciones con distintos Estados, o de igual forma la Ley 13/1997, de 19 de noviembre de creación del Instituto de Acogimiento y de la Adopción, norma empleada en base a su artículo 3.f para dar competencia a la citada entidad para determinar la prohibición o condicionamiento de las adopciones con otros Estados²², o Decreto 31/2007,

¹⁸ En el marco de la adopción internacional encontramos ejemplos de la actuación coordinadora de la Administración del Estado. A título de ejemplo el *Convenio de cooperación en materia de adopción internacional entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam de 5 de diciembre de 2007* que en su artículo 6 determina: Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes designadas para la aplicación del presente Convenio son: Por el Reino de España: cada una de las instituciones públicas españolas competentes en materia de adopción, con respecto a las personas residentes en sus territorios respectivos. Dichas instituciones se enumeran en el Anejo. La Dirección General de las Familias y la Infancia, dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, será la Autoridad Central para la transmisión de informes y para la comunicación con la Agencia de Adopción Internacional del Ministerio de Justicia de Vietnam. No obstante, en el caso de que cualquiera de las autoridades españolas competentes que figuran en el anejo tramite solicitudes directamente con la Agencia de Adopción Internacional de Vietnam, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España lo comunicará previamente a la Agencia de Adopción Internacional vietnamita y se entenderá su admisión después de la recepción, por la autoridad competente española de que se trate, de una carta de la Agencia de Adopción Internacional vietnamita acusando recibo de dicha comunicación.

¹⁹ Véase una lectura distinta en P. ÁLVAREZ LÓPEZ, «La distribución de las competencias...», *cit.*, pp. 46-47. Sin embargo, y aunque la solución del texto no nos parece adecuada, el funcionamiento del artículo 4 en la práctica actual, como se comprobará en los epígrafes siguientes, no permite inclinarse por una vía diferente.

²⁰ Ver la reflexión contundente de S. ÁLVAREZ, «Reflexiones sobre la Ley de Adopción...», *cit.* (parágrafo 4).

²¹ «Los artículos 5, 6, 7, 8, 10, 11 y la disposición final primera se dictan al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil reconocida por el artículo 149.1.8.ª de la CE, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y de las normas aprobadas por éstas en ejercicio de sus competencias en esta materia.

2. El artículo 12 se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.ª de la Constitución española. Los restantes artículos de esta Ley se dictan al amparo de las competencias exclusivas del Estado en materia de relaciones internacionales, administración de justicia y legislación civil reconocidas por el artículo 149.1.3.ª, 5.ª y 8.ª de la Constitución Española.

²² Modificado en la Disposición Final tercera de la *Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*. BOE., núm., 156, de 28 de junio de 2010

de 25 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Intervención Administrativa en materia de Adopción establece que, por medio de Resolución del titular de la Consejería competente en materia de protección de menores²³? Como se observa son más cuestiones en el aire en torno a la importante y compleja cuestión de los títulos competenciales.

2. Confusiones y problemas en el uso de los supuestos del artículo 4

13. Los supuestos que regula el artículo 4 son distintos, esta diferencia conlleva también que la respuesta conferida en el propio precepto no sea la misma. Por tanto, la primera consecuencia que podría deducirse de lo anterior es que se trata de soluciones distintas que responden a situaciones diferentes, y por tanto su aplicación, a la hora de fundamentar la decisión de la medida que corresponda, no se puede realizar de forma indistinta.

Así, si para el primero de los casos recogidos en el apartado 1 del artículo 4 en sus distintas letras el precepto prevé la prohibición de que las autoridades españolas tramiten adopciones internacionales con un Estado concreto; para el segundo supuesto, contemplado en el apartado 2, la tramitación de los expedientes de adopción sólo podrán realizarse bajo la intervención de Entidades acreditadas en ambos Estados, pero en ningún caso se prohíbe la adopción de menores provenientes de tales Estados.

14. Una revisión de las decisiones adoptadas por las Entidades Públicas correspondientes de cada CCAA muestra como las distintas posibilidades que contiene el artículo 4, y que insistimos se corresponden con realidades diferentes, se han empleado de manera confusa o incluso algún supuesto en el que se toma la decisión de limitar o prohibir sin mencionar ninguno de los apartados del artículo 4. Podemos agrupar los supuestos en los siguientes bloques:

A) Confusión entre el supuesto recogido en la letra c) del apartado 1 con el apartado 2 del artículo 4

15. Los casos a los que se refieren el apartado 1 letra c) y el apartado 2 son diferentes como también es distinta la solución que se contempla en la norma en cada situación²⁴. Así, el supuesto va de más a menos. De forma que la prohibición de tramitar adopciones internacionales se aplica a los supuestos en los que ninguna de las vías permite asegurar que las adopciones se tramitarán con las garantías²⁵, y las prácticas y trámites no respetan el interés del menor o no se cumplen los principios éticos o jurídicos internacionales recogidos en el artículo 3²⁶. El apartado 2 del artículo 4, sin embargo, no conlleva la prohibición de tramitar adopciones internacionales con un Estado sino que condiciona los procedimientos de adopción a la intervención de Entidades Colaboradas acreditadas o autorizadas en ambos Estados, porque otra vía de tramitación no asegura las garantías necesarias.

²³ En el que de forma específica en su artículo 16.2 se establece: «podrá acordarse la suspensión temporal de la tramitación de procedimientos para un determinado país, incluidos aquellos que en ese momento estén en curso y con independencia del estado en que se encuentren, si se producen modificaciones en su legislación o en los criterios aplicados en materia de adopción internacional que afecten de manera importante al contenido o condiciones de ésta, al contenido o ejercicio de los derechos de los menores o de los solicitantes, a las garantías del proceso o a la actividad de mediación, así como si concurre cualquier otra circunstancia grave que lo justifique».

²⁴ Sobre la clasificación de los distintos supuestos *in extenso* A.L CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...*, cit., pp. 61-65.

²⁵ Las distintas vías de tramitación pueden ser: vía pública, mediante ECAIS, vía libre (se entrega a los solicitantes la documentación expedida por las entidades públicas competentes en materia de adopción internacional en las Comunidades Autónomas para que la entreguen ante el Organismo Público competente del país).

²⁶ Artículo 3. Principios informadores de la adopción internacional. La adopción internacional de menores respetará los principios inspiradores de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y del Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección de derechos del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ircdn.html). A tal fin, la Entidad Pública competente, en la medida de lo posible, incluirá los estándares y salvaguardas del Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993 (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/ir180795-je.html), en los acuerdos relativos a la adopción internacional que suscriba con Estados no contratantes del mismo.

16. En el primero de los casos tanto la falta de garantías jurídicas que supone la tramitación de una adopción con el Estado del que se trate como la consecuencia que se deriva de esta situación –prohibición–, se produciría aunque intervinieran de forma obligatoria las Entidades colaboradoras acreditadas en los Estados. En el segundo es la propia intervención de dichas Entidades la que en definitiva rodea a la adopción de las garantías suficientes como para que se permita la continuación de los procesos de adopción con el Estado al que se refiera.

Pues bien las confusiones entre ambos supuestos se han repetido. Ejemplos de esta forma de actuar son: la *Resolución ASC/460/2009, de 4 de febrero de 2009 por la que se suspende la tramitación de la adopción internacional en la Federación Rusa sin la intervención de entidades colaboradoras de adopción internacional (ECAI)* adoptada por el Instituto Catalán de Acogimiento y Adopción²⁷ o la *Orden de 30 de julio de 2008, por la que se limitan las vías de tramitación de los procedimientos de adopción internacional* adoptada por la Consejería de Bienestar social, Juventud y Vivienda del Gobierno de Canarias²⁸. En ambos casos los citados organismos limitaron la tramitación de la adopción internacional con Rusia a la Intervención de ECAIS pero también en los dos supuestos emplearon como fundamento jurídico el artículo 4 en su apartado 1 c), que produce la prohibición por parte de las autoridades españolas de tramitar adopciones internacionales con los Estados a los que se refiera la decisión. Lo correcto hubiera sido que la decisión de la Entidad pública correspondiente se hubiera basado, como fundamento jurídico, en el apartado 2 del artículo 4.

Hay que apreciar que la confusión en el fundamento jurídico empleado ha llevado a plantear un recurso sobre la Resolución del Instituto Catalán de adopción y Acogimiento por parte de la Asociación de Familias Adoptantes en Rusia el 10 de septiembre de 2009 ante el Juzgado Contencioso Administrativo num., 17 de Barcelona²⁹. En el mismo se pide la nulidad del acto dado que al basar la Resolución de la Administración su decisión en el artículo 4.1.c) y decidir entonces, no la prohibición de tramitar adopciones con Rusia como manda la letra del citado artículo, sino condicionarlas a la actuación de entidades colaboradoras acreditadas sería dicho acto contrario a la ley y, por tanto, nulo de pleno derecho.

B) Empleo de forma cumulativa de la letra c) del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 4

17. Son también varios los ejemplos en los que las autoridades competentes emplean como fundamento de derecho en sus decisiones la totalidad de los supuestos recogidos en el artículo 4. Y ello con independencia de que en realidad la decisión que toman sea prohibir o condicionar la tramitación de adopciones internacionales con uno o varios países determinados.

18. A modo de ejemplo puede verse la *Notificación de la Resolución por la que se limita la tramitación de solicitudes de adopción internacional, en Rusia, Nepal, Burundi y Senegal, a través de Entidades de Mediación de Adopción Internacional adoptada por la Consejería de Empleo y Bienestar Social, Dirección General de Servicios Sociales de Cantabria*³⁰. O la *Orden Foral 1896/2008, de 18 de diciembre, de suspensión temporal de tramitación de expedientes de adopción internacional con la Federación Rusa* de 18 de diciembre de 2008³¹.

El propósito de la Entidad pública competente es la de condicionar la tramitación de adopciones con los citados países dado que a través de la intervención de Entidades colaboradoras acreditadas en ambos Estados las garantías jurídicas que han de rodear los procesos adoptivos se ven aseguradas, pero en ningún momento se trata de prohibir los procesos de adopción; por tanto, es jurídicamente incorrecto emplear conjuntamente los apartados 2 y 1 letra c) del artículo 4. Parece que se quisiera reforzar la adecuación de la medida adoptada pero en este empeño se emplean fundamentos jurídicos que no se corresponden con la misma.

²⁷ Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 5328 de 27 de febrero de 2009.

²⁸ Boletín Oficial de Canarias, núm., 178, viernes de 5 de septiembre de 2008.

²⁹ Puede consultarse el escrito en la página de la Asociación <http://www.asfaru.org/>

³⁰ Boletín Oficial de Canarias, núm., 179, de 17 de septiembre de 2009.

³¹ Boletín Oficial de Guipúzkoa, núm., 246 de 23 de diciembre de 2008.

19. El mismo error vuelve a repetirse, a mi juicio, la Entidad pública cántabra. Ahora adoptando una decisión con la que sí prohíbe la tramitación de adopciones con más de una docena de Estados, para ello no selecciona el fundamento jurídico correcto –letra c) del apartado 1 del artículo 4– dado que vuelve a sumar los apartados 1 y 2. La aplicación del apartado 1 no sólo es suficiente sino que es la jurídicamente correcta para fundamentar la resolución³².

20. Parece evidente que condicionar no es prohibir y viceversa, pero más aún no es posible en el marco del artículo 4 prohibir y condicionar a la vez.

C) Resolución de la medida sin referencia a los apartados 1 y 2 del artículo 4

21. Se han producido otros supuestos en los que las Entidades Públicas correspondientes de cada CCAA no se refieren como fundamentos jurídicos aplicables para su resolución, a ninguno de los apartados del artículo 4 de la LAI. A modo de ejemplo las autoridades del Principado de Asturias mediante *Resolución de 20 de marzo de 2009, por la que acuerda suspender la tramitación de solicitudes de adopción internacional a Rusia sin la intervención de Entidades Colaboradas de Adopción Internacional*³³, no emplean como fundamento de derecho el apartado 2 del artículo 4, que hubiera sido el jurídicamente adecuado para adoptar tal medida.

La Resolución, en los fundamentos de derecho se refiere principalmente a la competencia de las distintas autoridades nombradas en la CCAA, o al procedimiento mediante el cual podrán adoptar decisiones así como la forma e incluso se alude al principio de colaboración en la actuación de las administraciones y aquí, en particular, en materia de adopción internacional sí se refiere citándolo en general al artículo 4 de la LAI. Pero en ningún momento alude al caso que en particular habilita al Instituto Asturiano de Atención Social a la Infancia, Familias y Adolescencia, como Entidad Pública competente, para condicionar las adopciones con Rusia a la intervención de una entidad colaboradora de adopción internacional.

22. Tampoco se refiere a ninguno de los supuestos del artículo 4 párrafo 1 o 2 el Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción en su *Resolución ASC/2366/2008, de 15 de julio, por la que se dispone la suspensión de la admisión de adopciones internacionales en Kazajstán*³⁴.

23. En el caso de la CCAA de Madrid, aunque se detallará más adelante cómo aplica el artículo 4³⁵, en sus resoluciones sólo indica el acuerdo de la Comisión Interautónomica de Directores Generales de la Infancia correspondiente en el que se basa sin mencionar ninguno de los apartados del artículo 4 en los que fundamentar su decisión³⁶.

D) Aplicación del artículo 4 a supuestos no incluidos en la LAI

24. La determinación del ámbito de aplicación de la LAI sirve tanto para delimitar de manera positiva su extensión a los casos que quedan cubiertos por la misma como para determinar aquellos supuestos que quedan excluidos. De esta forma, y una vez conocido su ámbito, los preceptos de la norma serán aplicables sólo a las adopciones internacionales a las que se refiere su ámbito de aplicación material, espacial y personal. A lo anterior hay que sumar que en el supuesto en cuestión no resulte aplicable una norma de origen convencional, en cuyo caso, evidentemente, se desplaza la aplicación de la normativa interna. Son dos los ejemplos que traemos a colación en los que aún existiendo una norma

³² Boletín Oficial de Canarias, núm., 179, de 17 de septiembre de 2009.

³³ Boletín Oficial del Principado de Asturias, núm., 73 de 28 de marzo de 2009. Igual sucede en el caso de la Región de Murcia cuya Resolución no se apoya en el apartado 2 del artículo 4. Boletín Oficial de la Región de Murcia, de 27 de febrero de 2009.

³⁴ Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm., 5181 de 25 de julio de 2008.

³⁵ *Vid., infra.*, apartado III. 3.

³⁶ Pueden consultarse en su página web las resoluciones con Etiopía, Rusia etc..

convencional aplicable, diferente para cada uno los casos, la aplicación de la norma interna se emplea como fundamento jurídico:

25. El primero de los casos se trata de un supuesto que queda comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993 y al que se aplica, para dictar la medida por la que se limita la tramitación de la adopciones a la intervención de entidades colaboradas acreditadas, el apartado segundo del artículo 4 de la LAI, ¿es jurídicamente correcto?

Este es el caso de la *Resolución de del Instituto Catalán de Acogimiento y de la Adopción ASC/2365/2008, de 27 de junio, por la que se acuerda la tramitación de la adopción internacional con Panamá únicamente a través de la mediación de las entidades colaboradoras de de adopción internacional (ECAI) acreditadas por el Instituto Catalán de Acogimiento Familiar y por el organismo competente en Panamá*³⁷. Las autoridades españolas competentes extienden la aplicación de la respuesta jurídica contenida en el apartado 2 del artículo 4 de la LAI a supuestos regulados por el Convenio de La Haya de 1993. A nuestro juicio lo correcto es buscar el fundamento jurídico que permite resolver la medida en el texto convencional aplicable.

26. En el segundo de los casos se trata de la prohibición de tramitar más solicitudes de adopción de menores provenientes de la República Socialista de Vietnam. Mediante *Resolución de 2 de agosto de 2010, el Director Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, suspende provisionalmente la tramitación de nuevos expedientes de adopción internacional con la República Socialista de Vietnam*³⁸. Para tomar esta medida la Resolución cita los supuestos de la Ley de adopción internacional interna, en particular, el artículo 4 y fundamenta su competencia, para el procedimiento, en el apartado 4 del mismo precepto. ¿Olvida la autoridad pública en cuestión que existe un *Convenio de cooperación en materia de adopción entre el Reino de España y la Republica de Vietman*, hecho en Hanoi el 5 de diciembre de 2007³⁹, cuya entrada en vigor se produjo el 7 de enero de 2009?⁴⁰ Pues bien, no existe referencia alguna al texto convencional citado, de obligado cumplimiento y aplicación por ambos Estados, y por tanto para todas las autoridades competentes en marco del mismo.

27. Es cierto que en ninguno de los dos textos convencionales referidos más arriba existe una disposición que recoja de forma expresa las medidas que las autoridades pueden tomar ante incumplimiento de los principios de rigen la adopción internacionales como sí sucede en el caso del artículo 4 de la LAI⁴¹; sin embargo, ello no quiere decir que las autoridades españolas, ante la falta de cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados tras la ratificación de las normas convencionales, y ante la vulneración de los estándares internacionales que presiden la tramitación de cualquier adopción internacional, no puedan disponer aquellas medidas que crean oportunas, y encontrar para ello el fundamento jurídico en el propio incumplimiento de las obligaciones convencionales asumidas⁴². Ahora bien, se plantea a nuestro juicio una cuestión de mayor calado, y es que no puede olvidarse que en los dos supuestos citados no se trata de la ejecución de compromisos internacionales sino de la no ejecución o suspensión en el cumplimiento de un acuerdo internacional –en el primero limitado a la intervención

³⁷ Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm., 5181, de 25 de julio de 2008.

³⁸ Boletín Oficial de Aragón, núm., 179, de 13 de agosto de 2010.

³⁹ BOE., núm., 16, de 18 de enero de 2008.

⁴⁰ BOE., núm., 44, de 20 de febrero de 2009.

⁴¹ Resulta de interés la lectura de la reflexión del profesor J. CARRASCOSA, «Adopciones internacionales y menores procedentes de Haití» sobre la ausencia de un artículo como el 4.1 de la LAI en el Convenio de La Haya de 1993 al hilo de la citación que se vivió en Haití. Puede verse en <http://conflictuslegum.blogspot.com/2010/02/colaboracion-invitada-adopciones.html>

En el marco del artículo 33 del Convenio de La Haya de 1993 si se hace referencia, aunque de una forma genérica, al supuesto de incumplimiento de las prerrogativas del Convenio.

⁴² A modo de ejemplo puede consultarse la *Resolución de la Dirección General de Protección del Menor y la Familia de 30 de julio de 2010, por la que se suspende la admisión de solicitudes de adopción internacional dirigidas a Cabo Verde*. Boletín Oficial de Canarias, núm., 21899, de 20 de agosto de 2010. La Entidad pública española toma esta medida sin referirse al artículo 4 de la LAI, sino fundamentándola jurídicamente, de forma correcta, en la falta de cumplimiento de las previsiones del Convenio de La Haya de 1993.

sólo de Entidades de colaboración y el segundo directamente la suspensión de las adopciones de menores provenientes del mencionado Estado—. Para estas decisiones se está siguiendo el mismo trámite o funcionamiento que el supuesto de artículo 4 de la LAI, siendo este aplicable para los casos en los que no hay texto internacional, ¿esta práctica es adecuada cuando estamos en el ámbito de la no ejecución de un Convenio internacional? Un nuevo interrogante más a una práctica que no deja de crear dudas.

III. Funcionamiento del artículo 4 en la práctica

28. Una vez analizados los supuestos y las consecuencias que el artículo 4 prevé en sus apartados 1 y 2 es el momento de analizar cuál es el procedimiento que la norma ha arbitrado para la aplicación del precepto. De ello se ocupa el apartado 4 del artículo 4 donde se establece:

«A efectos de la decisión a adoptar por la Entidad Pública competente en cada Comunidad Autónoma en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, se procurará la correspondiente coordinación autonómica, pudiendo someterse dicha decisión a la consideración previa del correspondiente órgano de coordinación institucional de las Administraciones Públicas sobre adopción internacional, así como del Consejo Consultivo de Adopción Internacional».

El precepto ha sido muy criticado desde una perspectiva terminológica, aunque a mi juicio la cuestión más importante es como la imprecisión del lenguaje permite que se produzca una aplicación del mismo poco satisfactoria.

29. Empecemos por el principio. La Entidad competente para tomar las medidas contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 4 es aquella designada para desarrollar las funciones de tramitación de los expedientes adoptivos en el marco de cada CCAA; ahora bien, a renglón seguido se dice que esta decisión se puede someter a la consideración previa del correspondiente órgano de coordinación institucional de las Administraciones Públicas sobre adopción internacional, así como del Consejo Consultivo de Adopción Internacional.

30. Las preguntas que nos surgen son: ¿quién ejerce en esta materia como órgano de coordinación institucional de las Administraciones Públicas?, ¿la decisión que adopte sobre la prohibición o condicionamiento de los trámites de adopción con uno o varios Estados es de obligado cumplimiento?; ¿es preceptivo o no que la Entidad pública de las CCAA sometan las medidas a adoptar en el marco del artículo 4 a la consideración de dicho órgano? Contestadas estas preguntas pasaremos a analizar determinadas prácticas en torno al funcionamiento a la hora de aplicar el artículo 4 que nos han suscitado algunas reflexiones.

1. Coordinación interautonómica en la materia

31. La coordinación interautonómica se viene impulsando desde el Ministerio de Sanidad Política Social e Igualdad⁴³ a través de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia así como de las Comisiones Técnicas Interautonómicas⁴⁴. La primera de las referidas Comisiones desarrolla la función de coordinación institucional de las Administraciones Públicas en el ámbito del precepto del que trata este estudio. Está compuesta por los Directores Generales de la Infancia de las distintas CCAA, y por parte del Ministerio de Sanidad y Política Social, a las reuniones asiste, entre otros cargos, el Director General de Política Social de las Familias y la Infancia. Sus decisiones se adop-

⁴³ No está demás apuntar como en alguna ocasión el Gobierno español ha sido preguntado sobre como se asegura la cooperación en temas de infancia entre la Administración del Estado y las CCAA. Recientemente puede verse el Comité de los Derechos del Niño 55º Periodo de Sesiones, 13 de septiembre a 1 de octubre de 2010, sobre la Aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Lista de cuestiones con respecto a la información adicional y actualizada relacionada con el examen de los informes periódicos tercero y cuarto de España (CRC/C/ESP/3-4).

⁴⁴ Las Comisiones Técnicas Interautonómicas se reúnen para materializar la coordinación a nivel técnico en temas concretos, de acuerdo con el mandato de la Comisión Interautonómica. Se pueden reunir al completo o para temas más puntuales hacer grupos más pequeños.

tan mediante consenso contando, entre sus fuentes, con la información que llega desde el Ministerio de Asuntos Exteriores quien a su vez lo recibe de las Embajadas y Consulados españoles, así como de los técnicos vinculados a Naciones Unidas, el Servicio Social Internacional y también se puede contar con la información que se requiere a otras autoridades centrales de distintos Estados sobre su experiencia en la materia en el Estado del que se trate.

La Comisión Interautonómica de Directores Generales se reúne dos o tres veces al año con el fin de tratar y coordinar los temas relacionados con la infancia, incluida la adopción internacional. En sus reuniones adopta acuerdos mediante los que o bien establece no tramitar adopciones internacionales con un determinado Estado o bien condicionar los trámites a la intervención de Entidades colaboradoras acreditadas en ambos Estados⁴⁵.

Sería aconsejable que se articulara jurídicamente a la Comisión Interuatonómica y ello dado que se trata del organismo de coordinación institucional de las Administraciones Públicas, con el propósito de dotarle de la entidad jurídica suficiente como para evitar las disfunciones que luego se producen en la práctica al aplicar el artículo 4.

Junto a la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia también se cita al Consejo Consultivo de Adopción internacional⁴⁶, pues bien una lectura de las funciones atribuidas muestra como entre las mismas no se encuentra la toma de decisiones enmarcadas en el artículo 4, sino más bien desarrolla una labor de asesoramiento, recogida y análisis de información etc...

2. Aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 4: procedimiento habitual

32. La vía habitual de aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 4 es la siguiente: una vez tomada la decisión por la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia, en las reuniones que se convocan al efecto, se elabora un informe de uso interno con los acuerdos adoptados de forma consensuada. A partir de este momento las Comunidades Autónomas o adoptan directamente el acuerdo sin que sea necesario publicarlo en su boletín o diario Oficial o procederán a su publicación.

33. En el primero de los casos, no publicación en el boletín o diario oficial, la eficacia del Acuerdo adoptado por la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia se produce desde el momento en el que se indique en el mismo (normalmente desde el día que se toma y con los matices que se establezcan). A modo de ejemplo tanto la CCAA gallega⁴⁷ como la CCAA de Madrid sigue este procedimiento, dando cuenta de la situación sobre la tramitación de las adopciones internacionales con los países de origen del menor en sus respectivas páginas web. Además, en la CCAA de Madrid, la Directora Gerente del Instituto del Menor y la Familia, dicta resolución, que como decimos no se publica en el Boletín de la CCAA sino en la página web, para los supuestos en los que con el país de origen, con el que ya se tramitaban adopciones en la CCAA de Madrid⁴⁸, se limite las vías de actuación a la intervención de las Entidades acreditadas (supuesto de Rusia), o se imponga una limitación de otro tipo (por ejemplo suspensión de adopciones monoparentales en Etiopía), o se prohíba en su totalidad la adopción de menores procedentes de un Estado.

34. En el segundo la eficacia práctica de la medida estará supeditada a la publicación en el Boletín Oficial de cada CCAA. Ahora bien, en este segundo supuesto la fecha a tener en cuenta desde

⁴⁵ También hay situaciones con determinados Estados a las que se refiere dicha Comisión que se encuentran en vía de estudio. Toda la información puede verse en www.msc.es/politicaSocial/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/inform-PaisesOrigen/home.htm

⁴⁶ Creado por Real Decreto de 521/2005, de 13 de mayo de 2005. *BOE* núm., 136 de 8 de junio de 2005. En la actualidad se está planteando su modificación así como que pase a denominarse Consejo Consultivo de Adopción.

⁴⁷ En la CCAA Gallega, de forma que no se publican resoluciones de la Entidad pública correspondiente de esta CCAA en el Boletín Oficial adoptando tales Acuerdos. El nuevo portal gallego de adopción internacional mantiene al día toda la información sobre el estado de la tramitación de las adopciones con los países de origen de los menores. <http://adopcions.xunta.es/>

⁴⁸ Para el supuesto en el que la CCAA de Madrid no tramitara adopciones internacionales con ese Estado y se produzca un Acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia prohibiendo o limitando tales procedimientos no se emite resolución alguna.

que se aplica la medida puede variar: bien habrá que estar a la fijada en la reunión de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia⁴⁹, o bien hay casos en los que el acuerdo de la Comisión se ha producido incluso años antes de que posteriormente se publique en el boletín de la CCAA la decisión tomada⁵⁰, de igual forma existen supuestos, como veremos más adelante, en los que la decisión ha sido adoptada por la CCAA y publicada en su boletín con anterioridad al acuerdo de la Comisión Interautonómica, lo que conlleva, evidentemente, que la fecha a partir de la cual es efectiva difiere⁵¹, o supuestos en los que la fecha desde que la medida tiene efecto no coincide ni con la del acuerdo adoptado en el marco de la Comisión Interautonómica ni con la fecha de su publicación en el boletín correspondiente⁵².

Las decisiones publicadas por la Entidad Pública correspondiente de cada CCAA serán susceptibles de recurso⁵³. Ahora bien también en este aspecto existe diferencia: mientras que en aquellas CCAA que publican sus resoluciones en el boletín o diario oficial detallan las vías de recursos existentes, en los que no se publica, por ejemplo la CCAA de Madrid, en sus resoluciones no indica nada, ahora bien esto no quiere decir que tales decisiones no puedan ser objeto de recurso. Pero hay un supuesto más sobre el que se plantea el siguientes interrogante: ¿qué sucede, por ejemplo en la CCAA gallega donde no se dictan resoluciones por la Entidad competente de la CCAA, y el procedimiento seguido es que dicha Comunidad hace suyo el Acuerdo de la Comisión Interautonómica mediante la publicación del Estado de tramitación de los países de origen de los menores en su página web, o dando cuenta directamente de los últimos Acuerdos de la Comisión en el mismo sitio? En este caso, si el acuerdo afecta a algún expediente en curso se notifica a los interesados para que puedan recurrir, ¿qué acto es objeto de recurso, ante la inexistencia de una resolución de la Entidad pública correspondiente de la CCAA, el acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia? y, ¿ante quien habrá de recurrirse?

Hay que observar que el Ministerio de Sanidad Política Social e Igualdad publica en su página web un listado con el estado de la tramitación de adopciones internacionales con distintos países. Este listado es el reflejo de los acuerdos adoptados en la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia cuya última reunión fue a finales de julio de 2010⁵⁴.

3. Otras circunstancias a tener en cuenta en la aplicación del artículo 4

35. El tercero de los interrogante que plantea la lectura del artículo 4 gira en torno a la cuestión de si es perceptivo o no que una CCAA, antes de tomar una decisión, en base al artículo 4 de la LAI para cualquiera de los casos que recoge, someta su decisión a la consideración de la Comisión Interautonómica de Directores Generales como organismo de coordinación. Lo cierto es que el propio precepto no da un mandato al respecto sino que emplea las palabras *pudiendo someter*, lo que evidentemente no supone una obligación.

⁴⁹ Por ejemplo en la Resolución dictada en el Boletín Oficial de la Región de Murcia, de 27 de febrero de 2009 para limitar las adopciones con Rusia a través sólo de la intervención de entidades colaboradoras se adopta que la fecha de aplicación de la medida sea la misma en la que se adoptó el acuerdo de la Comisión Interautonómica.

⁵⁰ Por ejemplo la lectura de Notificación de la resolución por la que se suspende la admisión y tramitación de las solicitudes de adopción internacional en la Comunidad Cantabria, muestra como en distintos casos los acuerdos de la Comisión Interautonómica se pueden remontar hasta el año 2003 (supuesto con Haití) o incluso al 2000 con Guatemala y la publicación en el Boletín Oficial se produce el 17 de septiembre de 2009, Boletín Oficial de Cantabria, núm., 179, de 17 de septiembre de 2009.

⁵¹ Ha sido por ejemplo en el caso de la Diputación Foral de Guipúzkoa para los supuestos de la tramitación de adopciones con Rusia. Boletín Oficial de Guipúzkoa, núm., 246, de 23 de diciembre de 2008.

⁵² A modo de ejemplo en la Resolución del Instituto Catalán del Acogimiento y de la Adopción por la que se suspende la tramitación de la adopción internacional en la Federación Rusa sin la intervención de entidades colaboradoras de adopción internacional, que además está recurrida, la fecha de eficacia de la medida es del 3 de febrero. No coincide ni con el acuerdo de la Comisión que es del día 2 de febrero de 2009 ni con la fecha de publicación que es del 27 de febrero del mismo año.

⁵³ Recuérdese el recurso planteado contra la Resolución del Instituto Catalán de adopción y Acogimiento por parte de la Asociación de Familias Adoptantes en Rusia el 10 de septiembre de 2009 ante el Juzgado Contencioso Administrativo num., 17 de Barcelona.

⁵⁴ Listado actualizado a septiembre de 2010. www.msc.es/politicaSocial/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/informPaísesOrigen/home.htm

36. Para ello traemos a colación ejemplos en los que la decisión adoptada por parte de la Entidad Pública de la CCAA fue tomada antes de que se produjera un acuerdo al respecto en la reunión de la Comisión Internautonómica. Me refiero a dos casos: el de la CCAA Canaria⁵⁵ y de la Diputación foral de Guipúzkoa⁵⁶. En ambos se trataba, y así se hizo, de suspender la tramitación de adopciones internacionales sin la intervención de Entidades colaboradoras acreditadas con la Federación Rusa, y en los dos supuestos las decisiones se tomaron de forma previa al acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia (de febrero de 2009); en ninguno de los dos casos se hace referencia alguna a una comunicación entre las CCAA y la Comisión Interautonómica para que esta emitiera opinión sobre la decisión de la Entidad pública competente de la CCAA correspondiente antes de tomar la decisión.

4. Distintos ejemplos de descoordinación

37. Es evidente que cualquiera de los modelos de gestión de protección de menores, ya sea de forma descentralizada o centralizada, ofrecen tanto ventajas como desventajas; ahora bien, lo que no parece deseable es que un modelo descentralizado, que conlleva la participación de las distintas administraciones, propicie quiebras como las que a modo de ejemplo se detectan en la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 4. Estas circunstancias son el resultado de la ausencia de medidas que tratan de suplirse con una coordinación, por otro lado no obligatoria según la lectura del apartado 4 del citado precepto, entre las distintas autoridades implicadas que parece insuficiente. A modo de ejemplo, para observar como existen situaciones reales de descoordinación en la aplicación de las previsiones del artículo 4 y como habría que reclamar un tratamiento unánime y de conjunto, traemos a colación la situación de la adopción internacional por ejemplo con Haití. Esta elección se debe simplemente a que fue tras la catástrofe sufrida en enero de 2010 cuando se dio a conocer la limitación que el artículo 4 de la LAI suponía para la tramitación de adopciones internacionales desde el territorio español⁵⁷.

Para el caso de Haití existía desde el año 2003 un Acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia por el que se suspendían la tramitación de adopciones internacionales con dicho Estado⁵⁸. Con base a este acuerdo la CCAA de Cantabria interrumpe la tramitación de adopciones internacionales con Haití a través de una Resolución publicada en septiembre de 2009⁵⁹. Tres años antes, en 2007, el Instituto Catalán del Acogimiento y la Adopción con fecha 8 de junio de 2007 acuerda no tramitar adopciones con Haití⁶⁰. En la CCAA de Canarias la suspensión se produce un año más tarde en agosto de 2008, y sin que en la Resolución se haga referencia alguna al Acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia⁶¹. Esta paralización no se produce en la Región de Murcia hasta febrero de 2009⁶², y con igual fecha se imposibilita la admisión y tramitación de expedientes

⁵⁵ Boletín Oficial de Canarias, núm., 178, viernes de 5 de septiembre de 2008.

⁵⁶ Para los supuestos de la tramitación de adopciones con Rusia. Boletín Oficial de Guipúzkoa, núm., 246, de 23 de diciembre de 2008

⁵⁷ Como se recordará cuando ocurrió el suceso el artículo 4 «frustró» el interés que se despertó por parte de familias españolas de adoptar menores haitianos; pero este precepto no resultó aplicable a aquellos supuestos en los que la adopción de menores por parte de familias murcianas y catalanas estaba muy adelantadas.

⁵⁸ Puede consultarse en: <http://www.msc.es/politicaSocial/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/informPaísesOrigen/home.htm>

⁵⁹ Boletín Oficial de Cantabria, núm., 179, de 17 de septiembre de 2009.

⁶⁰ Aunque no se ha podido acceder a la publicación oficial esta información puede consultarse en la página web de CORA <http://www.coraenlared.org/index.php?id=países>

⁶¹ Resolución de 19 de agosto de 2008, por la que se acuerdan suspender temporalmente la admisión y tramitación de solicitudes de adopción internacional en Haití, Kazajstán y República Democrática del Congo, BOC-Canarias N° 178, de 5 de septiembre de 2008.

⁶² Resolución de la Dirección General de Familia y Menor por la que se suspende la tramitación de los expedientes de adopción internacional a Haití en la Región de Murcia. BORM., de 27 de febrero de 2009. Hay que observar que fue a principios de 2007 cuando la Entidad pública correspondiente de la Región de Murcia acreditó para tramitar expedientes en Haití a la ECAI3AI, entidad que tramitó los expedientes de las familias murcianas que estaban a punto de finalizar el procedimiento cuando se produjo el terremoto en dicho país.

de adopción con Haití en la CCAA de La Rioja⁶³. Para la CCAA cántabra, supuesto al que nos hemos referido antes, la publicación de la Resolución por la que se suspende la tramitación de adopciones con Haití se produce en septiembre de 2009 y finalmente, para la Ciudad Autónoma de Ceuta dicha suspensión tiene lugar por Decreto adoptado el 29 de diciembre de 2009 y publicada el 19 de enero de 2010⁶⁴.

38. Este baile de fechas son una muestra de descoordinación, y la situación descrita con Haití no es un ejemplo único⁶⁵. Desde luego, como se ha reclamado para otros aspectos relativos a la protección de menores⁶⁶, es necesario una coordinación real con objeto de que no se produzcan situaciones como la descrita que se podría traducir en que frente a un mismo Estado de origen de los menores, que no ofrece las garantías jurídicas adecuadas que han de rodear todo proceso de adopción, la respuesta desde el territorio español sea distinta dado que en una CCAA se podría seguir permitiendo la admisión y tramitación de expedientes de adopción y no que no ocurriese lo mismo en la CCAA vecina. Esta circunstancia ha de evitarse con objeto de no propiciar un cambio intencionado de residencia de los futuros padres adoptivos, dado que es este el criterio que generalmente se sigue a la hora de solicitar la tramitación de una adopción ante las autoridades de una CCAA o de otra⁶⁷.

IV. Infracción del artículo 4

39. Es lógico deducir que el efecto de la incorporación de una norma como el artículo 4 en el marco de la LAI llevaría a que los requisitos para el reconocimiento en España de una adopción constituida en el extranjero habrían de ser menos rígidos⁶⁸; sin embargo, una de las cuestiones menos pacíficas entre la doctrina ha sido, precisamente, el endurecimiento de tales requisitos. La idea de una cierta acción preventiva del artículo 4 se corresponde con aquellas adopciones que se han tramitado contando con la intervención de las autoridades españolas. Estas indicarán a los adoptantes sobre los países donde tramitar y que, por tanto, ofrecen las garantías adecuadas, o si se quiere superan el *test* el artículo 4 al no estar incluidos en la lista de Estados con los que se prohíbe las adopciones o en los que se condiciona a la intervención de entidades colaboradoras acreditadas.

⁶³ *Notificación de la Resolución Administrativa nº 314, en relación a la suspensión temporal de la tramitación de los procedimientos de adopción internacional con Haití*, BOR núm., 21, de 13 de febrero de 2009.

⁶⁴ Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Ceuta, núm., 4914, de 19 de enero de 2010.

⁶⁵ Por ejemplo en el caso de Madagascar existe un Acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia por el que se acuerda, en julio de 2009, no tramitar expedientes de adopción. En la CCAA de Cataluña la ECAI Yamuna, acreditada por el ICAA, en este momento está tramitando expedientes con dicho Estado dado que en esta CCAA y a pesar del referido acuerdo se continúan las adopciones con dicho Estado. Por contra, sin embargo en la CCAA se ha publicado en el Boletín Oficial una *Resolución de 30 de julio de 2010 por la que se suspende temporalmente de la tramitación de los procedimientos de Adopción Internacional con Madagascar*, Boletín Oficial de La Rioja núm., 100, de 16 de agosto de 2010.

Para finalizar con el caso de Haití un simple apunte: es cierto que desde España tras el terremoto sufrido en Haití no pueden tramitarse más expedientes de adopción internacional de menores provenientes de dicho Estado en aplicación del artículo 4.1 de la LAI; sin embargo, y aunque se han celebrado reuniones de la Comisión Interautonómica de Directores Generales de la Infancia con posterioridad a la fecha de la citada catástrofe natural no ha habido un Acuerdo expreso en este sentido. Motivos de seguridad jurídica aconsejarían un Acuerdo en este sentido sobre todo a efectos de cuando se vuelvan a reanudar las adopciones de menores procedentes de Haití se haga en todas las CCAA a la vez con objeto de llevar a cabo una política homogénea; no pasan desapercibidas las voces de algún presidente de CCAA, posteriormente matizadas, reclamando reanudar en su Comunidad las adopciones con dicho país.

⁶⁶ Resulta de interés revisar el Informe de la Comisión Especial de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, BO de las Cortes Generales Serie, Senado, IX Legislatura, I, núm., 545 de 17 de noviembre de 2010. Entre otras cuestiones se reclama la necesaria profundización de la coordinación de los agentes implicados en la materia.

⁶⁷ Esta observación no es exagerada de la misma manera que se ha apuntado como personas deseosas de adoptar a un menor podrían trasladar intencionadamente su lugar de residencia al Estado de origen del menor con objeto de evitar la perceptiva obtención del certificado de idoneidad si su residencia estuviera en España, R. ARENAS GARCÍA, C. GONZÁLEZ BEILFUS, «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo», *cit.*, p. 22. Véase al respecto el interesante trabajo de S. ADROHER, «Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (1)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm., 701, 2007, pp. 949-999.

⁶⁸ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz...», *cit.*, pp. 62-63.

40. Pero imaginemos otro supuesto. Se trata de un caso en el que se constituye una adopción en el extranjero, sobre un menor nacional y residente en el país de constitución, por dos españoles con residencia en dicho Estado al margen de cualquiera de las prohibiciones de los apartados primero o segundo del artículo 4. En este caso todo el procedimiento de constitución de la adopción se produce sin tener en cuenta por la autoridad correspondiente la ley española ni contando con la intervención de las autoridades españolas. Posteriormente se pretende por las partes el reconocimiento de la adopción en España⁶⁹.

La autoridad competente española revisará que se han cumplido los requisitos que determina el artículo 26 de la LAI (constitución por autoridad extranjera competente, aplicación de las normas de conflicto del país de la autoridad que constituye la adopción, equivalencia de efectos entre la adopción constituida por autoridad extranjera y la adopción regulada por derecho español, la validez formal del documento en el que conste la adopción). Salvo el apartado cuarto del mencionado precepto los demás se han cumplido. El apartado cuarto del artículo 26 se refiere al certificado de idoneidad. Al haberse constituido la adopción, al margen de las autoridades y de la ley española, los adoptantes españoles residentes en el extranjero no habrán obtenido el certificado de idoneidad, necesario para que la adopción pueda ser reconocida en España; por tanto en principio la adopción constituida en el extranjero, encuentra una primera dificultad para su reconocimiento. Ahora bien, la LAI sólo establece, según su artículo 26, su obligatoriedad para los adoptantes nacionales españoles y con residencia en España (ahora ya se ha de obtener antes de la constitución de la adopción). Por tanto, el certificado no es exigible para adoptantes españoles con residencia en el extranjero cuando se constituye la adopción aunque sí tengan residencia en España en el momento del reconocimiento⁷⁰ (tampoco se exige certificado de idoneidad a los extranjeros con residencia en España⁷¹). Para el supuesto en el que se produzca un cambio intencionado de residencia con objeto de evitar la obligatoria obtención del certificado de idoneidad hay quien se inclina porque se acuda al fraude de ley como mecanismo que frustre dicho traslado de forma intencionada⁷². En cualquier caso lo cierto es que al final la situación que se presenta a la autoridad española es la misma que tenía cuando al ser aplicable el 9.5 del Código civil no se prohibía que el certificado de idoneidad se pudiera obtener tras la constitución de la adopción⁷³, y aunque es cierto que esta situación no era deseable, en definitiva la autoridad española se encontrará con un menor residiendo ya en su territorio en una familia, su familia de acuerdo con su ordenamiento de origen, y ante la tesitura de que si no reconoce la adopción deja al menor en lo que se ha denominado «limbo jurídico»⁷⁴.

⁶⁹ Véase por ejemplo el asunto resuelto por la AP de Barcelona (Sección 18) Auto núm., 3/2010 de 13 de enero JUR/2010/114935. Nota, E. RODRÍGUEZ PINAU, *REDI.*, 2010-1, pp. 236-239.

Aunque es cierto que en este caso no eran aplicables las prohibiciones del artículo 4, toda la tramitación de la adopción se produjo al margen de la actuación de las autoridades españolas. En relación a la tramitación de los expedientes de adopción con Camboya, lugar donde se produjo la adopción, existe ya un Acuerdo de la Comisión de Interautonomía de Directores Generales de la Infancia por el que se suspenden las adopciones con dicho Estado con fecha de 14 de julio de 2009.

⁷⁰ Una argumentación *in extenso* de las razones que han llevado al legislador español a requerir el certificado de idoneidad sólo para el supuesto de adoptantes españoles con residencia en España *vid.*, A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ, «Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional», *cit.*, pp. 115-117.

⁷¹ En este supuesto creo que se deja de lado la consideración de la adopción como medida de protección del menor que llevaría a no situar la nacionalidad de los adoptantes como criterio para requerir o no el certificado de idoneidad, y ello con independencia de que efectivamente, como ha sido apuntado con acierto, dicha adopción no vaya a tener acceso al Registro civil español conforme a lo previsto en el artículo 15 de la LRC. De igual forma creo que es acertado que no se requiera el certificado de idoneidad para los supuestos en los que el adoptante español reside en el extranjero, si se observan las condiciones que a través del mismo se verifican —a las jurídicas hay que sumar aspectos sicosociales— que requieren el medio de vida de una persona sea cercano a la autoridad que finalmente lo emite.

⁷² R. ARENAS GARCÍA, C. GONZÁLEZ BEILFFUS, «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo», *cit.*, p. 22.

⁷³ En relación al certificado de idoneidad los siguientes trabajos muestran la práctica realizada con la normativa anterior M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, B. CAMPUZANO DÍAS, «El certificado de idoneidad en las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho internacional privado español» *BIMJ.*, núm., 188, marzo de 2001, pp. 5-30. P. OREJUDO DE LOS MOZOS, «El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)», *Aranzadi Civil*, núm., 12, octubre de 2008.

Sobre este aspecto la Resolución Circular de 15 de julio de 2006 de la DGRN aceptaba la posibilidad de que dicho certificado se obtuviera una vez constituida la adopción. *BOE* núm., 207, de 30 de agosto de 2006.

⁷⁴ En una reciente decisión se ha concretado el interés del menor ante una situación como la que planteamos determinando como el reconocimiento de la adopción se identifica con la continuidad de la relación filial constituida en el extranjero. «*El*

Pero vamos más allá, ¿qué sucede si superados todos los requisitos para que la adopción fuera reconocida en España se tratara de una adopción constituida en infracción del artículo 4, o lo que es igual una adopción constituida en un Estado con el que las autoridades españolas han prohibido, apartado 1, o condicionado, apartado 2, la tramitación de las adopciones?⁷⁵

La validez de la adopción cumplidos los requisitos del artículo 26 estaría asegurada –tanto desde la perspectiva del ordenamiento que se aplicó para su constitución como desde aquel en el que se pretende el reconocimiento–, pero aquí se trata de la infracción de una norma imperativa que hubiera impedido la tramitación de la adopción si se hubiera tratado de realizar desde el territorio español. Podría decirse que se trata de una norma preventiva, eficaz cuando se aplica antes de la constitución de cualquier adopción, pero y ¿después? Evidentemente su aplicación a posteriori supondría la nulidad del acto, así de conformidad con el artículo 6.3 del Código civil supone que los «actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que se establezca un efecto distinto en caso de contravención». Ahora bien, hay quien ya alza la voz contraria a esta actuación al establecer que el carácter radical de esta norma, no obstante, probablemente obligue a acoger una posición interpretativa más matizada, «desligando la validez de la adopción de la irregularidad del acto»⁷⁶.

Superados los requisitos del artículo 26 de la LAI quedaría todavía que la adopción pasara la barrera del orden público. No entramos en el descuido del legislador al redactar el artículo 31, porque como ya se ha dicho el sistema tiene mecanismos para que la cláusula pueda alegarse. Es aquí donde hay que poner especial cuidado y donde se pueden presentar situaciones sobre las que el artículo 4 de la LAI trata de actuar de una forma preventiva (la prohibición de tramitar adopciones con un Estado o su limitación a la intervención de Entidades colaboradoras tratan de evitar que se constituyan adopciones en las que los consentimientos no están asegurados, la adopción de menores en circunstancias jurídicas que no responden con la realidad, etc.). Pues bien se ha dicho que la cláusula del orden público «podrá intervenir en relación a los siguientes casos: (...) 2º) Cuando se ha prescindido de los consentimientos o audiencias absolutamente indispensables para garantizar el interés del menor, como el consentimiento o audiencia del mayor de doce años; 3º) Cuando se constate que el consentimiento se obtuvo mediante pago monetario»⁷⁷. Sin duda se produce una identidad en los derechos protegidos, ya sea desde el artículo 4 o desde el orden público.

Ahora bien imaginemos que se constata que el orden público no ha sido transgredido pero la constitución de la adopción se ha producido en un Estado sobre el que existe una prohibición impuesta por las autoridades españolas vía artículo 4. En este punto no puede obviarse como para el rechazo del reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero en relación o con motivo de la infracción de las prohibiciones del artículo 4 se habrá de tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la *Sentencia Wagner c. Luxemburgo* (de 28 de junio de 2007)⁷⁸. Aquella decisión

interés del menor recogido y proclamado en diversos cuerpos legales, -Convención de los Derechos del Niño ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (BOE de 31 de diciembre de 1990), (...) exige dotar de protección jurídica a la menor permitiendo y garantizando la integración jurídica plena de la misma en el seno de la familia que la ha adoptado según la legislación interna de su país de origen, ello teniendo en consideración que todo el proceso de adopción llevado a cabo por los instantes, que iniciaron cuando dicho proceso en el país de origen de la menor con posterioridad a saber la situación de la menor, con ocasión de un viaje que no tenía por objeto ni finalidad la adopción, sino otros fines igualmente legítimos y sin que conste la intervención de intermediarios ni pueda racionalmente presumirse la irregularidad de la adopción o que la misma se haya llevado a efecto contrariando los intereses o necesidades de la menor o con infracción de sus derechos» (la cursiva es nuestra). AP de Barcelona (Sección 18) Auto núm., 3/2010 de 13 de enero JUR/2010/114935.

⁷⁵ No es difícil imaginar el supuesto: una pareja de médicos españoles con residencia en Murcia deciden prestar sus servicios para una ONG que trabaja en Haití en la lucha contra la epidemia de cólera que se declaró tras el terremoto de enero de 2010. Durante su labor conocen a una menor en el orfanato donde trabajan y tras un año de residencia deciden tramitar la adopción en dicho territorio. La constitución de la adopción se produce ante las autoridades de dicho Estado y el vínculo de filiación adoptiva queda validamente establecido. Una vez finalizados todos los trámites, y en total habiendo residido dos años en Haití, la pareja vuelve a España con el propósito de volver a establecer su residencia en España y reconocer la adopción validamente constituida en Haití. ¿Cuál será la suerte de la adopción teniendo en cuenta que se ha infringido la prohibición de tramitar adopciones con Haití de acuerdo con el artículo 4 apartado 1 de la LAI?

⁷⁶ J.M. DÍAZ FRAILE, «La adopción internacional ante el Registro civil», Seminario Julio González Campos celebrado en la UAM, junio de 2010.

⁷⁷ Resolución -Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006. BOE., núm., 207, de 30 de agosto de 2006.

⁷⁸ STEDH (Sección 1ª). Caso Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo. Sentencia de 28 junio 2007. JUR/2007/147388.

entendió que el no reconocimiento en Luxemburgo de una adopción, validamente constituida en Perú, con motivo de que no se había respetado en su constitución el derecho luxemburgués que prohíbe la constitución de adopciones plenas a personas solteras, era contrario al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida que suponía una injerencia a la vida familiar que se había constituido en Perú. Y tales injerencias sólo estaban permitidas «si constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad jurídica, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

41. Por tanto, parece que para denegar el reconocimiento de una adopción, validamente constituida en el extranjero, en base al artículo 4 de la LAI no sólo tendrá que producirse la infracción del propio precepto, es decir que haya por parte de las autoridades españolas un mandato que prohíbe tramitar adopciones con un Estado o que las condiciona a la intervención de las entidades acreditadas de colaboración, sino que habrá de argumentarse los motivos que llevan adoptar tales prohibiciones y los resultados a los que conduciría su incumplimiento de producirse el reconocimiento de la adopción.

42. Se trata de un aspecto especialmente delicado, como ya ha sido advertido, la cifra de menores adoptables ha descendido y en muchas ocasiones quien desea adoptar acude a Estados con garantías más que dudosas y no es difícil que tales Estados se encuentren en alguna de las situaciones cubiertas por el artículo 4. La dificultad que se presenta a la autoridad española a la hora de decidir sobre la aplicación de este precepto se produce sobre todo en los casos en los que se proyecte en el momento del reconocimiento de la adopción porque en definitiva está concretando donde situar no sólo el interés del menor sino el superior interés del menor, en el rechazo al reconocimiento del estatus jurídico constituido en el extranjero o en la continuidad del mismo aún habiendo infringido una prohibición de adoptar.

V. Reflexiones finales

43. La aprobación con la que ha sido recibido el artículo 4 de la LAI contrasta con la crítica que se puede verter sobre su práctica a tenor de los ejemplos que se han mostrado. Se han comprobado dos situaciones: una incorrecta aplicación en un número nada desdeñable de casos de los apartados 1 y 2 del artículo 4, y una aplicación del precepto de manera descoordinada propiciando situaciones en las que no se proyectan los objetivos de la norma. Esto último se debe, principalmente, a que los mecanismos de coordinación *ad intra* no solucionan las divergencias o fragmentaciones en una decisión tan importante como la de prohibir o condicionar desde el territorio español las adopciones internacionales de menores con un Estado.

44. Es reprochable que los fines perseguidos en una norma puedan quedar frustrados al amparo de una práctica inadecuada, pero es sin duda más reprochable cuando, es el ansia competencial de los integrantes de un Estado descentralizado la que propicia quiebras en el sistema de protección de menores. Y al final la pregunta es la misma que la formulada para muchos de los aspectos de la adopción internacional en España ¿no sería el momento de poner orden? La LAI no lo hizo, al menos en el artículo 4, aunque esto último no quite el valor que tiene un precepto como el que ha sido analizado a lo largo de este estudio.