

El control de la validez de la adopción constituida por autoridad extranjera y la exigencia del certificado de idoneidad: Una cuestión de seguridad jurídica*

The control of the validity of an adoption constituted by a foreign authority and the requirement of a declaration of suitability: A question of legal security

M^a JESUS SÁNCHEZ CANO

*Profesora de Derecho Internacional Privado
(Universidad San Jorge)
Magistrada Suplente*

Recibido: 17.06.2022 / Aceptado: 22.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7242

Resumen: El presente trabajo explicará los extremos más relevantes acerca de la exigencia de declaración de idoneidad en las adopciones internacionales, en particular, por lo que respecta a su eficacia en nuestro país y a su inscripción en el Registro Civil Español. Este análisis ayudará a entender la postura de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que en su Resolución (51^a) de 8 de febrero de 2021**, deniega la solicitud de inscripción en el RCE de una adopción constituida en Guinea Ecuatorial respecto de un menor nacional y residente en dicho país, con fundamento en el art.26.3 LAI, al rechazar la Entidad Pública la expedición de certificado de idoneidad de los adoptantes.

Palabras clave: adopción internacional, declaración de idoneidad, inscripción registral.

Abstract: This paper will explain the most relevant aspects of the requirement of a declaration of suitability in international adoptions, regarding their effectiveness in Spain and their registration in the Spanish Civil Register. Such analysis will help to understand the position of the Directorate General of Legal Security and Public Trust, which in its Resolution (51st) of 8 February 2021, rejects the application for registration in the Spanish Civil Register of an adoption constituted in Equatorial Guinea respect to a minor national and resident in that country, according to Article 26.3 of the Spanish International Adoption Law as the Public Entity refuses to issue a certificate of suitability of the adoptive parents.

Keywords: intercountry adoption, declaration of suitability, application for registration.

Sumario: I. Consideraciones iniciales. II. Apuntes sobre el requisito de idoneidad para las personas que se ofrecen a adoptar menores y la propuesta previa de adopción por parte de la Entidad Pública española. 1. La incorporación del requisito de idoneidad en legislación española. 2. El art.26.3 LAI como requisito para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales. III. La inscripción de las adopciones constituidas en el extranjero en Registro Civil español. IV. Análisis de la Resolución de 8 de febrero de 2021 (51^a)1. Hechos 2. Fundamentación jurídica. 3. Reflexiones críticas.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familia», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de investigación JIU2021-SOC-10: Retos del Derecho civil en materia de protección de menores, con especial referencia a la era digital, IP: Javier Martínez Calvo.

** RDGSJYFP [51^a] 8 febrero 2021, BMJ, año LXXV, núm. 2.246, diciembre 2021 (resoluciones de febrero 2021).

I. Consideraciones iniciales

1. En los últimos años, el fenómeno de las adopciones internacionales ha experimentado un notable descenso a nivel mundial, que también se ha dejado notar en nuestro país. Ahora bien, todavía hoy, en España, son muchas las personas que se ofrecen para adoptar un menor extranjero y residente en el extranjero¹. Por este motivo, en cuanto a las adopciones transnacionales se refiere, conviene seguir haciendo hincapié en que el proceso de adopción presentará conexión con dos Estados diferentes, cuales son el país de residencia habitual de los adoptantes y el país de origen del adoptando, cuyos sistemas jurídicos no siempre van a establecer regulaciones afines sobre esta institución, ni en todo caso llegan a exigir requisitos o formalidades similares para su constitución.

2. A esto se añade que en los países de origen de los menores las condiciones de tramitación también pueden variar, incluso de forma sustancial, de unos Estados a otros. En consecuencia, no resulta difícil prever que puedan producirse importantes incidencias en el ámbito jurídico, tales como la competencia de tribunales y autoridades, la ley aplicable a la adopción y en particular, por lo que se refiere al sector de la validez internacional de decisiones, en el cual se puede plantear el problema de las resoluciones claudicantes, sobre todo, cuando la adopción constituida ante autoridad extranjera no cumple con las exigencias previstas en la ley del Estado de recepción. Aparecen, por tanto, una serie de cuestiones que son propias de la adopción internacional y que entran dentro del ámbito de los tres sectores específicos del Derecho Internacional Privado.

3. Una cuestión importante que deriva de la adopción con elemento transfronterizo es la preocupación por la proliferación de prácticas que no sólo no garantizan el interés de los menores, sino que, además, llegan a infringir los derechos fundamentales más básicos de los mismos. Especialmente, tanto en la normativa nacional como internacional como en la española, se insiste en establecer medidas de prevención del tráfico de niños, tratando igualmente de evitar que la figura de la adopción se convierta en un negocio².

4. Con la finalidad de acabar con esta clase de conductas poco honestas y garantizar que las adopciones se constituyan en interés del adoptado y con pleno respeto a sus derechos fundamentales, se ha definido el marco ético que deberá regir toda adopción internacional. En este punto, particularmente, hay que tomar en consideración los principios recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante CDN)³ y en la Convención de La Haya sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993 (en adelante, CH 1993). A este respecto, a los efectos del presente trabajo, cabe resaltar que el CH 1993, entre otras cautelas, establece, en su art.5. a), la obligación por parte de las Autoridades del Estado de origen de constatar que “los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar⁴.” Ello, junto con el principio del interés del menor (art.2 CDN y art.1.a) CH 1993).

¹ Vid. Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia Boletín número 23. Datos 2020, https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Estadisticaboletineslegislacion/Boletin_Proteccion_23_Provisional.pdf

² En este sentido, véase el Preámbulo del Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, “BOE” núm. 182, de 1 agosto 1995, así como la Exposición de Motivos de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, “BOE” núm. 312, 29 diciembre 2007. Esta inquietud por posibles adopciones ilegales se deja sentir en la siguiente publicación editada por el Gobierno español: *Respondiendo a las adopciones ilegales: un manual para profesionales*, https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Adopcioninternacional/PublicacionesAI/Respondiendo_a_Adopciones_ilegales.pdf.

³ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. “BOE” núm. 313, 31 diciembre 1990.

⁴ Sobre este particular, se ha dicho que el requisito de la idoneidad de los adoptantes procede de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aunque, lo cierto es que en dicho Convenio no aparece una referencia expresa en este sentido. A este respecto, se afirma que, en realidad, se trata de una exigencia que deriva directamente del principio del interés del menor, incorporado en materia de adopción en el art.21 de la Convención. Vid. S. ADROHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIII, Mayo-Junio 2007, Núm.701, p. 953.

5. Por lo demás, los organismos internacionales han introducido una serie de directrices que reflejan y completan en la práctica los principios que se contemplan en los dos instrumentos internacionales citados en el párrafo anterior. Estas directrices se centran especialmente en tres circunstancias que se consideran básicas para garantizar una adopción digna y que salvaguarde los derechos de los adoptados y que son: la adoptabilidad del niño, la capacidad adoptiva de los padres y el emparentamiento o *matching*.

6. A los efectos del presente trabajo, interesan especialmente los aspectos relacionados con la capacidad adoptiva de quienes se ofrecen para la adopción, en lo referente al requisito de idoneidad, exigido igualmente en nuestro país en las adopciones nacionales e internacionales, y cuya finalidad consiste en garantizar que el adoptante seleccionado sea el que más se adapta a las necesidades y características del adoptado. Para declarar la idoneidad han de tomarse en consideración las circunstancias éticas, psicológicas, sociales y médicas de los futuros adoptantes, así como su aptitud para comprometerse de forma permanente, duradera y satisfactoria, asumiendo la responsabilidad de educar a un niño que, además de provenir de una situación de abandono, es extranjero. Igualmente, se recomienda que la declaración de idoneidad sea previa a la constitución de la adopción⁵.

7. Como se explicará en sucesivos apartados, la normativa española sobre protección de la infancia y específicamente la reguladora de la adopción nacional e internacional, también se ha hecho eco de esta creciente preocupación por la infancia y su protección y a este respecto, toma especialmente en consideración el superior interés del menor en relación con la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, dando lugar a un nuevo régimen de la institución de la adopción, igualmente inspirado en los principios fundamentales recogidos en los principales instrumentos internacionales que acabamos de enunciar.

8. Seguidamente, se explicarán los extremos más relevantes acerca de la exigencia de declaración de idoneidad en las adopciones internacionales, en particular, por lo que respecta a su eficacia en nuestro país y a su inscripción en el Registro Civil Español. Este análisis ayudará a entender la postura de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que en su Resolución (51^a) de 8 de febrero de 2021⁶, deniega la solicitud de inscripción en el Registro Civil español de una adopción constituida en Guinea Ecuatorial respecto de un menor nacional y residente en dicho país, con fundamento en el art.26.3 LAI. Ello, habida cuenta que el Instituto Catalán de Acogida y Adopción rechazó la expedición del certificado de idoneidad de los adoptantes porque la entidad no tramita adopciones en Guinea Ecuatorial debido a la falta de seguridad jurídica que garantice el interés superior de los menores en situación de adopción.

II. Apuntes sobre el requisito de idoneidad para las personas que se ofrecen a adoptar menores y la propuesta previa de adopción por parte de la Entidad Pública española⁷

1. La incorporación del requisito de idoneidad en legislación española

9. Acerca de la valoración de la idoneidad de las personas que se ofrecen para la adopción, *primeramente, hay que recordar* que se trata de una exigencia jurídico formal de la que no existen precedentes en España con anterioridad a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción⁸.

⁵ Vid. C. SACLIER-SSI, « La adopción internacional: Condiciones básicas, interés superior del menor y cooperación de internacional », Congreso organizado por el IIN. Santiago de Chile, marzo de 1999, <http://adopcion.org/cuadros-china-hispania/cuadro-resumen-hispania/FINALES/7%20A%20I%20condiciones%20basicas%20isupn.pdf>.

⁶ RDGSJYFP [51^a] 8 febrero 2021, *BMJ*, año LXXV, núm. 2.246, diciembre 2021 (resoluciones de febrero 2021).

⁷ Esta autora abordó la cuestión en M.J. SÁNCHEZ CANO, “El reconocimiento incidental de una adopción internacional vinculado a la adquisición de la nacionalidad española: aspectos prácticos”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, N.º. 2, 2019, pp. 801-814.

⁸ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, “BOE” núm. 275, 17 noviembre 1987.

Dicha circunstancia fue introducida explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Protección Jurídica del Menor⁹ como un requisito ineludible y determinante para constituir la adopción, tanto nacional como internacional, cumpliendo así con los compromisos adquiridos por España al ratificar los instrumentos internacionales que contemplan esta exigencia, tal como justifica el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1996.

10. En concreto, para la adopción internacional la Ley Orgánica 1/1996 introdujo la exigencia de la idoneidad en el art.9.5.3º y 5º Cc en la Disposición Final Segunda. Así, en los supuestos de adopción consular se requería que la propuesta previa fuese formulada por la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia del adoptante en España y para el caso de que el adoptante no hubiese tenido residencia en España en los dos últimos años, no se precisaba este requisito, pero, se instaba al Cónsul a recabar de las autoridades del lugar de residencia del adoptante informes suficientes para valorar su idoneidad.

11. Por otro lado, el citado precepto establecía que no sería reconocida en España la adopción constituida por autoridades extranjeras *“mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción.”* Aquí, cabe observar que la ambigüedad del precepto, que no exigía que la declaración de idoneidad fuese previa a la constitución de la adopción, dio lugar a que en la práctica se produjeran situaciones en las que se permitía cumplir con este requisito con posterioridad a la misma. Ello a fin de no perjudicar al adoptado, ante la evidencia de que la adopción ya se había decretado en el extranjero y que el menor ya se encontraba en nuestro país¹⁰.

12. En cuanto a la adopción nacional, fue la Disposición Final Décima la que introdujo este requisito en el art.176.2 Cc, de tal manera que es posible afirmar que, salvo por lo que se refiere a los supuestos establecidos en el art.176.2 p. 2º Cc¹¹, la declaración de idoneidad se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una exigencia para la válida constitución de la adopción de un menor de la que no es posible prescindir¹². En este sentido, se ha llegado a afirmar que la evaluación de la idoneidad de los adoptantes es una condición esencial de obligado cumplimiento, habida cuenta que encuentra su fundamento en la protección del adoptado y por tal motivo, la selección de los solicitantes de adopción no debiera ser entendida como un agravio para éstos sino como una suerte de medida cautelar que se

⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “BOE” núm. 15, 17 enero 1996. Con todo, en nuestro país el requisito de idoneidad de los adoptantes, a pesar de no estar establecido de forma explícita en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Ley 1/1996, bien podía desprenderse de los preceptos de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Igualmente, en la práctica, ya con anterioridad a la entrada en vigor de la L.O.1/96, se exigía la idoneidad de las familias adoptantes en los procedimientos de selección.

A este respecto, ADROHER BIOSCA pone igualmente de relieve que fue la Ley 21/1987 la primera norma de carácter estatal que recogía una referencia al requisito de idoneidad, al criticar en su Preámbulo la situación anterior, que daba lugar una inadecuada selección de los adoptantes. La citada autora indica que esta Ley no hizo mención al término “idoneidad” y también que el mencionado requisito se incorporó en el art.1829 LEC, que regulaba el contenido de la propuesta previa de adopción formulada por la Entidad Pública, sin que ello viniera acompañado de una reforma del Código Civil en este sentido. Además, esta autora recuerda que en la legislación autonómica ya existían precedentes que recogían estas exigencias. Vid. S. ADROHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional...cit”, pp. 953 y 954.

¹⁰ Véase, entre otras, RRDGRN 25 (3ª)-6-1999 (LA LEY 2103/2000) y 23-12-2006. Como ejemplo de la nueva orientación que marca la LAI, Vid. también RRDGRN 15-6-2009 (JUR 2010\316096), 12-12-2013 (JUR 2014\209423) y 3-1-2014 (LA LEY 69868/2014). Ténganse en cuenta, igualmente, la importante Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (“BOE” núm. 207, 30 agosto 2006). Para mayor información, véase A. DURÁN AYAGO, “Certificado de idoneidad y consentimiento de la entidad pública española. A propósito de la denegación de inscripción en el Registro Civil de una adopción constituida en Portugal [RDGRN (2ª) de 3 de octubre de 2019]”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, Nº. 2, 2021, pp. 724-730

¹¹ Por lo que respecta al art.176.2. p.2ºCc, hay que dejar claro que no es necesaria declaración de idoneidad cuando los adoptantes se encuentran dentro de una de las situaciones comprendidas por el citado precepto, pero, ello no obsta para que el Juez en el momento de constituir la adopción realice su propia valoración con el fin de determinar si resultan o no idóneos para la adopción propuesta. Por este motivo, el requisito de idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad siempre es ineludible. Atiéndase aquí a lo dispuesto en el art.35.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (“BOE” núm. 158, 3 julio 2015), en el cual se exige que en el escrito de ofrecimiento a la adopción consten las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante o adoptantes.

¹² Vid. EL JUSTICIA DE ARAGÓN, *Informes especiales 2001. Informe sobre la situación actual de los menores en Aragón*, p.63.

toma en defensa de los derechos del menor, que, al fin y al cabo, son los que se consideran preferentes en materia de adopción¹³. Aquí, hay que advertir también que la L.O 8/2015 ha incorporado la exigencia de que la declaración de idoneidad se emita con carácter previo a la propuesta de la Entidad Pública.

13. Por otro lado, debe señalarse que, a pesar de que unos determinados solicitantes hayan obtenido la declaración de idoneidad por parte de la Administración, ello no quiere decir que ostenten un derecho a adoptar a un niño en concreto, pues una persona puede ser totalmente idónea para la adopción en general y no adaptarse a las características específicas de un determinado menor¹⁴.

14. Luego, cabría mantener que el sentido de la declaración de idoneidad es asegurar en lo posible que al menor que necesita una familia se le va a asignar la familia que más se adecue a sus necesidades y circunstancias¹⁵. No se trata, entonces, de un simple trámite administrativo, sino que su propósito es garantizar la adaptación del menor a la familia en la que va a crecer y evitar que se produzca el fracaso en la relación adoptantes-adoptando.

15. A esto se añade que, en nuestro país, una vez emitida la declaración de idoneidad a favor de los adoptantes, la posterior tramitación del expediente de adopción, incluida la preasignación del menor que vaya a ser adoptado, también se lleva a cabo por las Entidades Públicas competentes de cada Comunidad Autónoma.

16. Junto a ello, también hay que tener muy presente que, tratándose de adoptantes españoles y residentes en España, por lo que se refiere a la declaración de idoneidad, los trámites para la adopción internacional se llevarán a cabo conforme a la ley española. Ello, habida cuenta que, en estos casos, será la Entidad Pública competente en materia de protección de menores española la que deberá haber declarado previamente idóneos a los adoptantes para poder constituir válidamente la adopción ante la competente autoridad extranjera (Art.5 LAI). Más aún, cuando la declaración de idoneidad constituye un requisito para la validez en España de las adopciones decretadas por autoridades extranjeras (art.26.3 LAI)..

17. En relación con los criterios de selección de los adoptantes, dado que ni la Ley 21/1987 ni la L.O. 1/1996 los especificaban, han sido las Comunidades Autónomas las que han establecido las reglas del proceso de valoración y de selección de las familias adoptivas. Con la entrada en vigor de la LAI se colmó esta laguna de la legislación estatal y así, el art.10 LAI ofrece una definición de idoneidad, al mismo tiempo que precisa las circunstancias que deben ser objeto de la valoración psicosocial, instando a las Entidades Públicas competentes a coordinarse entre ellas, a fin de homogeneizar los criterios de valoración de la idoneidad. Asimismo, el vigente art.176.2 Cc , en su redacción dada por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (B.O.E. 29 julio 2015), también explica los extremos que requieren una valoración psicosocial.

2. El art.26.3 LAI como requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales

18. Primeramente, hay que recordar que, en defecto de normas internacionales y en particular, cuando la adopción no quede cubierta por el CH 1996, el reconocimiento de la adopción extranjera se llevará a cabo según lo dispuesto en el art.26 LAI. A este respecto, en lo referente a la aplicación del

¹³ Vid. M. FONTANA ABAD, "Instrumentos de evaluación en la adopción", en VV AA, *Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 59.

¹⁴ Tal y como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "*la adopción dependerá al final de si existen o no otros solicitantes mejor capacitados (más idóneos) para atender al menor concreto de cuya adopción se trata.*" Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes" en VV AA, *Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000, p.183.

¹⁵ Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "La adopción, entre los derechos del adoptado...cit", p.184.

requisito de la idoneidad de los adoptantes en sede de reconocimiento de las adopciones extranjeras, el art.26.3 LAI, en el supuesto de que el adoptante o adoptantes sean españoles y residentes en nuestro país, supedita taxativamente el reconocimiento de la adopción a que el certificado de idoneidad se emita con carácter previo a la constitución de la adopción por autoridad extranjera, con las únicas excepciones previstas para el supuesto de que la adopción se hubiera acordado en nuestro país (art.176.2 Cc). Nótese aquí que la LAI acabó con la situación propiciada por la inexactitud del anterior art.9.5 Cc, apartándose de la doctrina de la DGRN en aplicación del anterior art.9.5 Cc, que, como se ha señalado, admitía que la idoneidad de los adoptantes fuera declarada con posterioridad a haberse decretado la adopción por el competente órgano extranjero.

19. Sobre el art.26.3 LAI, hay que poner de relieve que el propósito del legislador español radica en que la capacidad de obrar del solicitante español y residente en España se tenga que verificar siempre de acuerdo con la Ley material española, toda vez que la LAI requiere que sea la Entidad Pública española la que certifique la idoneidad de los adoptantes (RRDGR 15-6-2009 y 3-1-2014). La cuestión no es baladí, dado que, de lo contrario, podrían incentivarse comportamientos fraudulentos. Ello, habida cuenta que se favorecería que los adoptantes que no reuniesen los presupuestos para ser declarados idóneos en nuestro país se dirigiesen a un Estado menos exigente, a fin de que sus autoridades decretasen la adopción¹⁶. Si se atiende a que lo que se pretende con la declaración de idoneidad es garantizar que los adoptantes tengan la capacidad, aptitud y motivación necesaria para el ejercicio de la patria potestad¹⁷, no parece razonable atribuir la patria potestad a aquellos adoptantes respecto de los cuales no hubiera quedado mínimamente acreditado que no pudieran ser privados de su ejercicio¹⁸. De no ser así, se estaría vulnerando el interés del menor, además de beneficiar a los adoptantes que optaron por recurrir a procedimientos de dudosa garantía, pero, mucho más ágiles. Aquí, hay que tener presente que, tanto nuestra jurisprudencia como la doctrina de la DGRN, han venido reiterando que la declaración de idoneidad constituye un requisito de orden público, imprescindible para la salvaguarda del interés del menor, que proporciona seguridad jurídica, en tanto que trata de evitar adopciones fraudulentas¹⁹.

20. En este punto, cabe precisar que la DGRN ha interpretado el art.26.3 LAI en el sentido de que se refiere únicamente a que los adoptantes deben haber sido declarados idóneos para la adopción en general y no respecto de un concreto menor que resulte adoptable. En consecuencia, habida cuenta que a quien corresponderá valorar la idoneidad de quienes se ofrecen para la adopción para adoptar a unos determinados menores es a la competente autoridad extranjera, no cabe que el Registro Civil español proceda a verificar la correspondencia entre la declaración de idoneidad y la asignación, pues de otra manera se estaría imponiendo un control no previsto por el citado artículo 26.3 LAI²⁰.

¹⁶ Sirvan de ejemplo los argumentos esgrimidos en relación con el art.26.3 LAI, respecto del cual se ha advertido la posibilidad de que los adoptantes trasladen su residencia al extranjero en claro fraude de ley, a fin de eludir la exigencia del certificado de idoneidad previo a la adopción. Semejante eventualidad contravendría el propósito del legislador, pues, no cabe duda que su intención era, precisamente, impedir que los solicitantes con pocas posibilidades de ser declarados idóneos en España se desplazasen a países donde este requisito no se controle de forma estricta, constituyendo allí una adopción e instando el posterior reconocimiento en España. Vid. RRDGRN 15-6-2009 y 3-1-2014, antes mencionadas, así como A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRSCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, p.211, R. ARENAS GARCÍA Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre. Entre la realidad y el deseo”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, N^o. 17, 2009 p. 28. y J.M. DÍAZ FRAILE, “Problemas actuales de la adopción internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N^o. 15, 2011 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho en el siglo XXI / coord. por JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN), p.140.

¹⁷ Estos son los términos en los que se expresa el art.10.1 LAI, que regula los requisitos para la adopción internacional, si bien, en la redacción dada por la Ley 26/2015, utiliza la expresión “responsabilidad parental en lugar del término “*patria potestad*”. Igualmente, tal como se ha indicado más arriba, esta idea subyace también en art.176 Cc, independientemente de que resulte necesaria o no la propuesta administrativa previa de adopción.

¹⁸ Así lo puso de relieve, respecto de la situación anterior a la vigencia de la LAI, J.M. ESPINAR VICENTE, “La adopción de menores constituidas en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España”, *Actualidad Civil*, n^o32, 1997, p.71.

¹⁹ Así lo indican, p.ej., el AAP Madrid (Sec.22^a), núm.211/2007 (AC 2007\1879), de 18 de septiembre o la RDGRN 22 de junio de 1991 (RJ 1991\5692).

²⁰ En este sentido, consúltese, RRDGRN 27-12-2011 (LA LEY 304670/2011) y 11-7-2012 (LA LEY 243385/2012)).

III. La inscripción de las adopciones constituidas en el extranjero en Registro Civil español

21. Cuando se solicita la inscripción de la adopción constituida por la competente autoridad extranjera ante el Encargado del Registro Civil español operarán los arts.26, 27 y 29 LAI.

22. A propósito del art.27 LAI resulta pertinente realizar algunas observaciones

- 1^a) El art.27 LAI se refiere a controlar incidentalmente la validez en España de la adopción extranjera. Esto significa que los interesados obtendrán el reconocimiento sin necesidad de acudir a un procedimiento especial de homologación de la resolución extranjera por la que se constituye la adopción. Es decir, resulta suficiente con que los adoptantes se dirijan directamente al órgano o autoridad ante la cual quieran hacer valer los efectos específicos que se deriven de la adopción extranjera, que se limitará a verificar la concurrencia de las exigencias de los arts.26 y concordantes, además de lo previsto en el art.5.1.) de la LAI²¹, sin perjuicio de lo dispuesto en el art.27 LAI en relación con las adopciones decretadas en el marco del CH 1993.
- 2^a) El citado precepto distingue a este respecto entre las adopciones constituidas conforme al CH 1993 de aquéllas decretadas por autoridades de países no signatarios de dicho Convenio.
- 3^a) El control de las adopciones certificadas conforme al CH 1993 se realiza a través del certificado que acredita que su constitución ha tenido lugar con arreglo al propio Convenio, siempre que no existan motivos de orden público para su no reconocimiento (arts.23 y 24 CH 1993).
- 4^a) El art. 27 LAI ordena verificar si las adopciones constituidas al margen del CH 1993 reúnen las condiciones de reconocimiento dispuestas en los artículos 5.1.e), 5.1.f) y 26 LAI.
- 5^a) El art.26 LAI, al cual, como se acaba de indicar, remite el art.27 LAI, introduce una serie de controles que debe comprobar la autoridad española para otorgar el reconocimiento de una adopción constituida por autoridades extranjeras, de entre los cuales, a efectos del presente trabajo, interesa destacar el que ha de llevar a cabo el Encargado del Registro Civil español para acreditar la concurrencia de la declaración de idoneidad de los adoptantes, en los términos del apartado 3 del citado art.26 LAI²².

23. Una vez superado el control de validez realizado por la autoridad española conforme al art.26 LAI, cabe preguntarse si la adopción extranjera podrá desplegar efectos jurídicos en España sin necesidad de inscripción en el Registro Civil español. Ténganse en cuenta aquí que, en el ámbito convencional, ni el CH1993 ni otros Convenios bilaterales aplicables al reconocimiento de la adopción extranjera incorporan precepto alguno que regule cuestiones relacionadas con el procedimiento de acceso a los registros, por lo que, a este respecto, operará tanto lo dispuesto en la LAI como en la normativa registral española.

24. Sobre este particular, deber tomarse en consideración que el art.29 LAI ha sido reformado por la Ley 26/2015, que le ha otorgado una nueva redacción, de la que hay que destacar que, a diferencia con la versión original, ya no se expresa en clave de probabilidad, sino que más bien está enunciado en

²¹ El reconocimiento incidental se distingue del reconocimiento procesal por homologación en que éste último se ha de llevar a cabo a través de un procedimiento autónomo, específicamente previsto para el reconocimiento de las resoluciones extranjeras y distinto tanto del que tuvo lugar en el Estado de origen como del proceso propio del Estado requerido. De la misma manera, el reconocimiento por homologación comporta eficacia *erga omnes*. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional (Formularios comentados, textos legales, jurisprudencia y casos prácticos)*, Granada, Comares, 2001, pp.352 y 353. Vid. también, J.M. ESPINAR VICENTE, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, N° 18, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Oct. 2008, tomo 2, Editorial La Ley 39929/2008, p.7. Vid. E. GÓMEZ CAMPELO, “Los perfiles de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *REEI*, no 18, Diciembre, 2009, p.41, www.reei.org.

²² Sirva de ejemplo de cómo opera el art.27 LAI la RDGRN de 24 de Noviembre de 2017 (32^a).

forma imperativa, habida cuenta que prevé que “*cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su residencia habitual en España deberán solicitar la inscripción de nacimiento del menor y de adopción conforme a las normas contenidas en la Ley de Registro Civil para que la adopción se reconozca en España*”²³. Así, el vigente art.29 LAI supedita el reconocimiento de la adopción formalizada por autoridades extranjeras a la solicitud de la inscripción de la misma en el Registro Civil español.

25. En cuanto a los efectos de la inscripción registral, la misma hace prueba de la adopción, en tanto que la dota de presunción de veracidad y eficacia *erga omnes*, compensando así las carencias que se derivan de la ausencia de un reconocimiento formal y equiparando la institución extranjera con una adopción tal y como se regula en el Derecho español²⁴.

IV. Análisis de la Resolución de 8 de febrero de 2021 (51^a)

A continuación se pondrá en relación lo explicado más arriba con la solución de un caso real, a la luz de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que se cita en el título del presente epígrafe.

1. Hechos

26. Mediante escrito dirigido al Registro Civil Central, la promotora del expediente, una ciudadana española y domiciliada en España, solicitó la inscripción de nacimiento y adopción de un menor de edad, de nacionalidad ecuatoguineana, que fue adoptado por ella y por su esposo en Guinea Ecuatorial, en el año 2016. Entre otros documentos, la ciudadana española aportó, junto con la solicitud, auto de 8 de noviembre de 2016 por el cual se constituyó la adopción, dictado por un juzgado ecuatoguineano, donde consta que los padres biológicos del menor fallecieron y que su abuela, único pariente directo que le quedaba, no podía hacerse cargo de él y no se opuso a la adopción, dado que su nieto ya convivía con los adoptantes, quienes se hicieron cargo de su educación y sustento desde que fallecieron los progenitores biológicos.

27. No obstante, los adoptantes carecían del preceptivo certificado de idoneidad, dado que el Instituto Catalán de Acogida y Adopción se negó a expedirlo, alegando que dicha entidad no tramita adopciones en Guinea Ecuatorial, debido a la falta de seguridad jurídica que garantice el interés superior de los menores en situación de adopción. Por este motivo, la solicitante no aportó al Registro Civil español ningún documento que acreditase su idoneidad para el ejercicio de la patria potestad y en consecuencia fue requerida por el Encargado de dicho Registro. A este requerimiento los promotores respondieron ofreciendo datos sobre su situación personal, económica y profesional y relatando cómo entraron en contacto y decidieron hacerse cargo del menor, huérfano desde los cuatro años, quien convivía con ellos en España desde que se autorizó su desplazamiento en noviembre de 2015, habiéndose iniciado los trámites para la adopción en noviembre de 2016.

28. El Ministerio Fiscal informó desfavorable y como consecuencia, el Encargado del Registro Civil dictó auto denegando la inscripción solicitada por ausencia del certificado de idoneidad requerido por el artículo 26.3 LAI. Dicho auto fue recurrido ante la DGRN por los adoptantes, que alegaron que el menor adoptado convivía con ellos en España desde 2015 y que lo adoptaron mediante resolución judicial guineana en 2016. Por ello, solicitaron los recurrentes la práctica de una anotación marginal del

²³ Nótese igualmente, que la Ley 26/2015 incorpora una referencia genérica a las normas de la LRC, desapareciendo las menciones específicas a los arts.12 y 16.3 de la Ley del Registro Civil, contenidas en la versión original del art.29 LAI.

²⁴ R. GARCÍA ARENAS Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre...cit”, pp.32 y 33.

documento ecuatoguineano de constitución de la adopción, argumentando que existía un acogimiento de hecho del menor que afectaba a ciudadanos españoles.

2. Fundamentación jurídica

29. El Centro Directivo comienza recordando en primer lugar que la autoridad española ante la que se plantea la validez de una adopción con ocasión de una solicitud de inscripción de nacimiento y marginal de adopción de su competencia, debe realizar el reconocimiento incidental de la documentación aportada para verificar si la adopción constituida por autoridad extranjera reúne o no los presupuestos y requisitos exigidos en el artículo 26 de la LAI para acceder al Registro Civil español, cuyas exigencias enumera.

30. La Dirección General insiste en que no es posible otorgar el reconocimiento a la adopción ni, por tanto, tampoco cabe proceder a la inscripción de la adopción mientras no se aporte el certificado de idoneidad de los adoptantes exigido por el art.26.3 LAI y recuerda que la DGRN ha sido estricta con la exigencia de este requisito, en cuya ausencia entiende que se debe denegar el reconocimiento y, en consecuencia, la inscripción en el Registro Civil español. Sin embargo, sorprende el Centro Directivo invocando su vieja doctrina en relación con el anterior art.9.5 Cc, en virtud de la cual se permitía a los adoptantes obtener el certificado de idoneidad con posterioridad a la adopción. Ahora bien, habida cuenta la negativa de la Entidad Pública española a expedir el mencionado certificado, la Dirección General concluye que, para poder inscribir la filiación adoptiva pretendida, deberá constituirse la adopción del menor extranjero ante un juez español. Y ello, sobre la base del art.2 CH 1993.

31. Por último, el Centro Directivo decide que, dado que el recurrente ha modificado la “causa petendi” y no existe pronunciamiento previo por el Encargado del Registro Civil español, no puede resolver acerca de la solicitud por la cual los recurrentes interesan la práctica de una anotación del documento extranjero. Recuerda, además, la Dirección General que el acogimiento familiar no es susceptible de inscripción en el Registro Civil español pero sí puede ser objeto de anotación en función de lo previsto en los artículos 38.3º de la LRC de 1957 y 154.3º de su reglamento (RRC). Asimismo, pone de manifiesto que el acogimiento de un menor extranjero no atribuye al acogido la nacionalidad española, así como que no es posible practicar una inscripción principal de nacimiento a cuyo margen se pueda anotar el acogimiento, habida cuenta que el nacimiento del menor no ha tenido lugar en España. Sólo cabe, por tanto, a juicio de la Dirección General, la práctica de una anotación de nacimiento con valor meramente informativo, a los solos efectos de servir de soporte al asiento marginal, anotación que deberá indicar su carácter especial y que será cancelada cuando desaparezca la situación que la motivó, conforme al art. 154.1º del RRC y al art. 38.2º LRC de 1957.

32. En consecuencia, la Dirección General desestima el recurso y confirma el auto impugnado.

3. Reflexiones críticas

33. Poniendo en relación las explicaciones que se han dado acerca del juego de los art.26.3, 27 y 29 LAI con el supuesto resuelto por el Centro Directivo, cabe realizar una serie de reflexiones acerca de los razonamientos jurídicos en los que se basa la Resolución analizada más arriba:

- 1ª) Nada hay que objetar al planteamiento que lleva a cabo la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública acerca del reconocimiento incidental de la adopción al amparo de los arts.26, 27 y 29 LAI, entre otros preceptos que se invocan.
- 2ª) No obstante, tanto el Encargado del Registro Civil como el propio Centro Directivo, se equivocan al entender que es posible obtener el certificado de idoneidad con posterioridad

a la constitución de la adopción por la autoridad ecuatoguineana. No se olvide aquí que el art.26.3 LAI exige que la Entidad Pública española declare la idoneidad de los adoptantes con carácter previo a la constitución de la adopción por la competente autoridad extranjera, abandonando así la doctrina de la DGRN en relación con el anterior art.9.5 Cc, mucho más flexible. No cabe, por tanto, reconocer una adopción extranjera cuando no se cumple este requisito y en consecuencia, la misma tampoco podrá ser objeto de inscripción en el Registro Civil español.

- 3^a) También yerra la Dirección General cuando dispone que los recurrentes pueden optar por constituir una adopción *ex novo* ante las autoridades españolas, al amparo del CH 1993, toda vez que Guinea Ecuatorial no es parte de dicho Convenio y en consecuencia, la adopción no entraría dentro del ámbito de aplicación del mismo. Ello, habida cuenta que el Convenio se aplica inter partes, cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen. Tal y como establece el art.2 CH 1993, invocado igualmente por el Centro Directivo. Pero, es que, además, el Convenio solo contiene normas correspondientes al sector de la validez extraterritorial de decisiones y sobre cooperación de autoridades. No dispone, por tanto, de normas de competencia judicial internacional y de ley aplicable a la constitución de una adopción. En consecuencia, no siendo aplicable el Convenio, la constitución de la adopción se regiría por las reglas de la LAI.
- 4^a) Ni la resolución del Encargado del Registro Civil español ni la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, ni tampoco los recurrentes, han valorado que, conforme al art.26.3 LAI en relación con el art.176.2 LAI, atendiendo a las fechas que aparecen en la decisión comentada, tal vez cabría la posibilidad de que, en el caso examinado concurriese una de las excepciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico a la propuesta previa de la Entidad Pública. Ello, en tanto que, comparando tales fechas, en el momento de constituirse la adopción existía ya una convivencia previa del menor bajo la guarda y custodia de los adoptantes que podría ser de en torno a un año.
- 5^a) En cuanto a la anotación del documento extranjero, aún siendo razonables los argumentos del Centro Directivo, no se alcanza a ver el inconveniente para que, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o cualquier interesado, se proceda a la anotación en el RCE del documento extranjero de constitución de la adopción, que, por afectar a ciudadanos españoles, es apto para su anotación en el Registro Civil español. Ello, en tanto que, conforme a consolidada doctrina del Centro Directivo, la institución comporta una situación personal de prohijamiento o acogimiento que, al haberse constituido en el extranjero, será susceptible de dicha anotación por medio del documento auténtico extranjero (art. 81 RRC). La anotación con su limitación de efectos (art.38 LRC 1957 y art. 40 LRC de 2011, además de art.145 RRC), se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento o, en su caso, de la anotación soporte prevista en el art. 154.1 del propio Reglamento, haciendo constar expresamente que no está acreditada conforme a la Ley la nacionalidad española del nacido (art. 66 RRC)²⁵.

²⁵ Vid. RDGRN de 1 abril 1996 (RJ 1996\4038).