

# CRÍTICAS Y CONTRACRÍTICAS EN TORNO A LA LEY 54/2007 DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL: EL ATAQUE DE LOS CLONES

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA  
*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ  
*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de Murcia*

Recibido: 17.12.2009 / Aceptado: 30.12.2009

**Resumen:** La Ley 54/2007 de 28 diciembre 2007 ha puesto una nueva regulación de la adopción internacional en España. La Ley ha generado, paralelamente, un profundo, intenso y muy rico debate doctrinal sobre el alcance de sus soluciones. El presente trabajo ofrece un análisis de las normas de Derecho internacional privado contenidas en la citada Ley y proporcionar una interpretación adecuada que permite la correcta aplicación de tales normas. En dicha perspectiva, se estudian las normas de competencia judicial, Ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones en materia de adopción contenidas en la Ley 54/2007.

**Palabras clave:** adopción internacional, Ley aplicable, norma de conflicto, *exequatur*, competencia judicial internacional, foros exorbitantes, reenvío.

**Abstract:** The Spanish Act on International Adoption (Ley 54/2007 of December 28, 2007) offers a brand new set of rules on international adoption in Spain. This new act has generated a deep, intense and very rich doctrinal debate. This paper deals with the impact of the Private International Law rules contained in Act 54/2007 in order to provide a suitable interpretation that allows a correct application of these rules. In the above mentioned perspective, this paper poses a complete analysis of the Conflict-Of-Law rules, jurisdiction rules and extraterritorial validity provisions of Act 54/2007 on international adoptions.

**Key words:** International adoption, applicable Law, conflict of Laws rule, *exequatur*, jurisdiction, improper fora, renvoi.

**Sumario:** I. La Ley 54/2007 de adopción internacional. Una nueva esperanza. 1. Fortalezas metodológicas fundamentales de la Ley 54/2007. A) Modo de formulación de las normas jurídicas en la Ley 54/2007. Derecho creativo y discurso práctico. B) La Ley 54/2007 como Derecho transformador de la sociedad. C) Perspectiva intercultural de la Ley 54/2007. 2. Reacción doctrinal contra la Ley 54/2007: el ataque de los clones. 3. Presupuestos epistemológicos de la refutación de las críticas contra la Ley 54/2007. II. Cuestiones polémicas en la Ley 54/2007 e interpretación sistemática de la Ley. 1. Cuestiones generales. A) El art. 4 LAI, la nacionalidad y la residencia habitual del menor. B) Regulación en la LAI de instituciones jurídicas desconocidas en Derecho español. C) La adopción de mayores en la LAI. D) Regulación en la LAI de otras “medidas de protección de menores”. E) La adopción consular. 2. Cuestiones relativas a la competencia judicial internacional en materia de adopción. A) Ausencia en la LAI de regulación de la competencia de las autoridades españolas para recibir declaraciones de voluntad que completan la adopción. B) Consideración de los foros de competencia judicial internacional recogidos en los arts. 14 y 15 LAI como foros exorbitantes. 3. Cuestiones relativas a la Ley aplicable a la adopción. A) Distinción entre adopciones sujetas a la legislación española y adopciones sujetas a la legislación extranjera. B) Distinción entre “aplicar” y “tomar en consideración” una Ley extranjera y para la aplicación distributiva de distintas Leyes a la constitución de una adopción. C) Dificultad de precisión de la Ley aplicable a la nulidad de la

adopción. D) La Ley aplicable, por parte de las autoridades españolas, a las condiciones jurídicas de las adopciones que se van a constituir en el extranjero. E) La aplicación de la Ley nacional del adoptando a la capacidad del adoptando y consentimientos necesarios para la adopción. F) Exigencia de proximidad del supuesto con España para la intervención del orden público internacional. 4. Cuestiones relativas a la validez en España de adopciones constituidas en el extranjero. A) Exigencia del certificado de idoneidad, exclusivamente, para los adoptantes españoles. B) Severidad del control exigido a la adopción constituida en el extranjero. C) Reconocimiento de la adopción en España y control de la competencia judicial internacional del juez de origen. D) Reconocimiento de la adopción en España y control de la Ley aplicada por el juez de origen. E) Eficacia en España de adopciones constituidas en país extranjero y excepción de orden público internacional. 5. Cuestiones relativas a la adopción simple y *kafala*. A) El concepto de adopción simple y el art. 15.4 LAI. B) La Ley reguladora de la conversión de la adopción simple en adopción plena. C) Equiparación entre la adopción simple y el acogimiento familiar. D) El tratamiento jurídico de la *kafala* musulmana. III. Causas de la perspectiva desenfocada de las críticas injustas vertidas contra la Ley 54/2007. 1. El positivismo legalista como placebo anticientífico. 2. Los prejuicios cognitivos del discurso crítico-clónico contra la Ley 54/2007. IV. Reflexiones finales.

## I. La Ley 54/2007 de adopción internacional. Una nueva esperanza.

### 1. Fortalezas metodológicas fundamentales de la Ley 54/2007.

1. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (= citada, a partir de este momento, como LAI) entró en vigor el día 30 de diciembre de 2007<sup>1</sup>. Dicha Ley ha comportado, para el Derecho Internacional Privado (= DIPr.) español, un cambio radical en el régimen jurídico de la adopción internacional<sup>2</sup>.

2. El aumento exponencial de los supuestos de adopción internacional en España hacía necesaria una nueva regulación jurídica de la misma. En efecto, el texto antes vigente del art. 9.5 CC, que

<sup>1</sup> Texto de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2009, de adopción internacional, en BOE núm. 312 de 29 diciembre 2007.

<sup>2</sup> En torno a la Ley 54/2007, de adopción internacional de 28 diciembre 2007, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Adopción internacional", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 217-273; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional", *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*; Id., "La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos", *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69; E. GÓMEZ CAMPELO, *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate*, Ed. Reus, Zaragoza, 2009; C. ESPLUGUES MOTA, "La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?", *RDIPP*, 2008-2, pp. 363-380; F. CALVO BABÍO, "Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional", *Iuris*, n. 125, marzo 2008, p. 59; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Recensión a A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*", Comares, Granada, 2008, *REDI*, 2008, pp. 349-351; P.P. MIRALLES SANGRO, "Filiación por naturaleza/biológica y adopción", en A.P. ABARCA JUNCO (DIR.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 3ª ed., Madrid, UNED, 2008, pp. 187-242, esp. pp. 204-202; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432; J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Univ. Alcalá de Henares, 2008, pp. 5709-602; S. SÁNCHEZ LORENZO, "Prólogo a J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Univ. Alcalá de Henares, 2008, pp. 7-12, esp. p. 12; C. ESPLUGUES MOTA / J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, València, 2009, pp. 315-335; R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo", [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*); E. ALONSO CRESPO, "Ley de adopción internacional: formas de dejar sin efecto -o variar- una adopción de este tipo (nulidad, modificación o revisión, conversión), y sus consecuencias en la adopción nacional", *Diario La Ley*, núm. 6925, 15 abril 2008, versión *on line*; P. PARADELLA AREÁN, "Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional", [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008. En torno al Proyecto de dicha Ley, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente", *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618; G. ESTEBAN DE LA ROSA (coord), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos Problemas. Nuevas soluciones*, 2007.

tras 1987 había sido “parcheado” por el legislador en numerosas ocasiones, constituía un cauce legal estrecho y antiguo poco adecuado para regular una realidad tan compleja y dinámica como la adopción internacional. En efecto, desde 1987, el art. 9.5 CC fue reformado por cuatro leyes distintas, que presentaban objetivos dispares y que mostraban una técnica legislativa poco depurada (= *vid.* Ley 21/1987 de 11 noviembre<sup>3</sup>, Ley 11/1990 de 15 octubre<sup>4</sup>, Ley orgánica 1/1996 de 14 enero de Protección jurídica del Menor<sup>5</sup> y Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código civil<sup>6</sup>).

3. El carácter legeforista del viejo art. 9.5 CC, su imprecisión técnica, su lenguaje confuso y técnicamente pobre, así como la carencia de unas líneas definidas de política legislativa en tal precepto eran tan alarmantes, que hasta la misma DGRN se lamentó de la falta de pericia del legislador en materia de adopción internacional (RDGRN 9 febrero 1989)<sup>7</sup>.

4. La Ley 54/2007 presenta, desde este punto de vista, una batería de fortalezas técnicas y valorativas que supera con claridad la situación legal anterior y que permite afrontar la regulación legal de la adopción internacional con instrumentos jurídicos de calidad. Las “fortalezas objetivas” de la Ley 54/2007 pueden resumirse, brevemente, en las que siguen.

#### A) Modo de formulación de las normas jurídicas en la LAI. Derecho creativo y discurso práctico.

5. Las normas jurídicas contenidas en la Ley 54/2007 constituyen una plataforma ideal para formular soluciones legales auténticamente “creativas”. La Ley 54/2007 ha dejado atrás posiciones dogmáticas, algebraicas, simplistas y ancladas en ideas fijas. Así, los preceptos de la Ley 54/2007 aparecen, en ocasiones, como “preceptos desafiantes”. Admiten en su seno principios que parecen antagónicos (= pero sólo en apariencia), y los combinan en una justa dosis. Por ejemplo, el legislador español, como también lo ha sido el belga o el italiano, es consciente de la conveniencia de abrir la jurisdicción española de modo generoso para facilitar la constitución de adopciones internacionales. Pero, al mismo tiempo, la Ley 54/2007 atempera dicha apertura mediante “cláusulas de desvinculación” que deben ser desarrolladas por los tribunales. La Ley 54/2007 cree en los jueces. La Ley 54/2007 tiene fe en los aplicadores del DIPr. y en los operadores jurídicos especializados en la adopción internacional. El legislador ha acogido y ha desarrollado la idea de que el DIPr. español se construye mediante la adecuada combinación entre reglas “legales” (= previstas para los casos tipo, casos generales o “casos ordinarios”) y reglas de “creación judicial” (= para los casos más complicados, *Hard Cases*, casos cuyas soluciones legales requieren un “*plus* de motivación argumental”). La Ley 54/2007 ha adoptado una posición jurídica realmente “creativa”. Ha dado vida a un sistema jurídico “a partir de la Ley” pero “a través de los casos” (= con lo que todo el sistema crece con su aplicación y con su “desarrollo aplicativo”: el sistema legal está “vivo”). El legislador español de 2007 ha sabido cómo relacionar entre sí ideas lejanas *to bring things together*. Ha sido capaz de asumir y combinar ideas que, contempladas de modo aislado, a ciertos sujetos les parecen contradictorias o imposibles. Ha sabido “pensar en direcciones opuestas”, aceptar la contradicción. Y lo más importante, la Ley 54/2007 ha sabido asumir el reto de “dejar abiertas las conclusiones”. Esta Ley constituye una *opera aperta* (= el texto escrito de la Ley se enriquece con la aportación de quién lee dicho texto, de quién lo aplica y de quién lo explica). En el fondo, esta Ley 54/2007 se presenta como una obra de “creación coral” que crea una “atmósfera intelectual” propicia para estimular una más justa aplicación del sistema jurídico.

#### B) La Ley 54/2007 como Derecho transformador de la sociedad.

6. La Ley 54/2007 aparece marcada por el profundo carácter “social” de sus normas de DIPr. Sus normas, y en especial, sus normas de DIPr., persiguen ofrecer una regulación global (= que no exhaus-

<sup>3</sup> BOE núm.275 de 17 de noviembre de 1987.

<sup>4</sup> BOE núm.250 de 18 de octubre de 1990.

<sup>5</sup> BOE núm.15 de 17 de enero de 1996.

<sup>6</sup> BOE núm. 119 de 19 de mayo de 1999.

<sup>7</sup> Texto en *REDI*, 1989, pp. 646-649.

tiva), de la adopción internacional a través de “*policies transformadoras*”. La Ley 54/2007 no contiene un Derecho “meramente regulador” de la sociedad, sino un verdadero “Derecho organizador y transformador” de la sociedad. La finalidad última de sus normas consiste en fomentar el progreso democrático de la sociedad basado, en general, en la dignidad de toda persona, y en particular, en el respeto de los derechos del menor en las vicisitudes jurídicas que comporta la adopción internacional.

7. Para comprender de modo adecuado la anterior afirmación, debe arrancarse de la realidad cotidiana de las adopciones internacionales en el momento presente. Ello exige recordar ciertos datos: 1º) Se aprecian situaciones de desequilibrio social, ya que los potenciales adoptantes procedentes del Primer Mundo son muy numerosos, pero no encuentran menores de escasa edad para adoptar en los países donde habitualmente residen. Por otro lado, el número de los potenciales adoptandos en países no desarrollados es elevadísimo, pero en tales países no se encuentran suficientes personas o familias dispuestas a adoptarlos; 2º) Los modelos jurídicos de adopción de los países no desarrollados son muy diferentes de los propios de los Derechos de los países occidentales; 3º) Los elementos sociales, económicos y psicológicos propios de toda adopción potencian la proliferación de fenómenos inadmisibles para el Derecho social. Así, son por desgracia habituales hechos como el tráfico y compraventa de menores, corrupción de funcionarios, asignación de menores en adopción a cambio de dinero, sobornos y cohechos judiciales y administrativos, secuestro de niños para su prostitución de país a país, pornografía infantil, tráfico de órganos humanos, adoptantes inadecuados, llamativo enriquecimiento de agencias privadas y públicas de adopción internacional, etc.<sup>8</sup>, como ha señalado la doctrina<sup>9</sup>.

8. Este “Derecho organizador y transformador” de la sociedad se refleja en la concepción de toda adopción internacional como una “medida de protección del menor” y nunca como un mecanismo legal que pueda ser utilizado para legitimar o “legalizar” el tráfico de menores y/o la mera obtención de beneficios legales accesorios (M.P. DIAGO DIAGO)<sup>10</sup>. La Ley 54/2007 constituye un complejo normativo de Derecho Social cuyo objetivo es la regulación de la adopción internacional como una medida para la protección de menores y para la integración familiar de los mismos, alejada de todo tráfico internacional de menores y de toda utilización de los menores como “objetos de mercado”. A tal fin, la Ley 54/2007 proclama que todos sus preceptos deben ser interpretados con arreglo al “interés superior del niño” y que toda decisión relativa a una adopción internacional, sin excepción alguna posible, debe cumplir con el dicho principio (= “interés superior del niño”: *vid.* Exposición de Motivos LAI, [II])<sup>11</sup>. La Ley 54/2007

<sup>8</sup> La prensa es fuente inagotable de los siniestras y truculentas prácticas que se producen en torno a la adopción internacional. Algunos ejemplos pueden resultar ilustrativos y demuestran que esta problemática se ha planteado en España desde hace más de diez años: *Diario El País* 1 noviembre 1996, p. 25: “Decenas de españoles han comprado niños en una red de adopción ilegal en Rumanía”; *diario El País*, 10 noviembre 1996, p. 30: “Legal o ilegal, me traigo a la niña rumana en cuanto me la den”; *diario El País* 27 noviembre 1996, p. 27: “En España hay un centenar de niños rumanos comprados”; *diario El País* 22 marzo 1997, p. 31: “El tráfico de niños genera un negocio millonario en Centroamérica”; *diario El País (Andalucía)* 27 octubre 1995, p. 8: “Un matrimonio jerezano pagó 400.000 pesetas para poder adoptar una niña china abandonada”; *diario El País* 26 abril 1999, p. 38: “Detectados en España 59 casos de compra de niños colombianos”; *diario El País* 8 mayo 1999: “El gobierno reconoce que algunas agencias de adopción internacional se enriquecen”.

<sup>9</sup> M.V. CUARTERO RUBIO, “Adopción internacional y tráfico de niños”, *BIMJ*, núm.1840 de 1 marzo 1999, pp. 405-413; M.P. DIAGO DIAGO, “Las adopciones ficticias o por conveniencia”, en D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (Dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Ed. Colex 2004, pp. 229-247; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Problemas actuales en torno a la adopción internacional. Adopciones encubiertas y tráfico de niños”, en D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Ed. Colex 2004, pp. 213-228; A. MARIANA HERNANDO, “La adopción internacional. El tráfico de menores. Mecanismos de protección y control”, *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 201-211; B. DE MARIANO Y GÓMEZ-SAN DOVAL, “Las adopciones transnacionales”, *La Ley*, 1999-I, D-60, pp. 1658-1668; M.E. TORRES FERNÁNDEZ, *El tráfico de niños para su ‘adopción’ ilegal (el delito del art. 221 del Código Penal español)*, Dykinson, Madrid, 2003.

<sup>10</sup> M.P. DIAGO DIAGO, “Las adopciones ficticias o por conveniencia”, en D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Ed. Colex 2004, pp. 229-247.

<sup>11</sup> Exposición de Motivos LAI [II]: “*En aplicación de la Constitución y de los instrumentos legales internacionales en vigor para España, esta nueva norma concibe la adopción internacional como una medida de protección*”.

persigue la “purificación jurídica” de la adopción internacional, de modo que ésta no sea utilizada, en ningún caso, como una “tapadera legal” para cubrir supuestos de tráfico internacional de menores que “cosifican” a los niños y los convierten en mercancías y objetos que se compran y se venden.

9. En sintonía con lo anterior, toda la LAI gira en torno al concepto del “interés del menor” en la adopción internacional. El “interés del menor” constituye un concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, puede afirmarse, para perfilar el “halo del concepto”, lo siguiente.

1º) Desde el punto de vista del Derecho español, el mayor beneficio legal que existe para un menor necesitado de protección, en el contexto internacional, es su “completa integración en una familia adecuada” mediante la figura de la adopción (= pues es la institución legal que presenta un grado mayor de integración familiar en un núcleo familiar: el niño se convierte en “hijo”) (F. CALVO BABÍO)<sup>12</sup>. No obstante, debe subrayarse con el mayor énfasis que no existe un “derecho a adoptar” ni tampoco existe un “derecho a ser adoptado” (M. HERRÁNZ BALLESTEROS)<sup>13</sup>.

2º) Debe ser posible constituir una adopción ante las autoridades de aquellos países con los que la situación del menor presenta un “mínimo vínculo de proximidad” (= los foros de competencia judicial internacional deben ser “amplios”).

3º) La Ley aplicable a la adopción debe fijarse con atención extrema a la sociedad en la que el adoptando va a quedar efectivamente integrado (= pues ello disminuye, en general, los “costes de transacción conflictuales”, y en particular, los costes de información sobre la Ley aplicable a la adopción y los costes de adaptación del comportamiento de los particulares a una Ley que les resulta “familiar”). La aplicación de la Ley del país en cuya sociedad se va a integrar el adoptando potencia, por dicha razón, la constitución de la adopción internacional (= de modo que, así expresado, este punto de conexión potencia el interés del menor).

4º) La determinación de la Ley aplicable a la adopción debe tener presentes las posibilidades, y la conveniencia, de que dicha adopción surta efectos jurídicos en los países vinculados con la situación y en especial, con el país de origen del menor (= deben evitarse “adopciones claudicantes”). De ese modo, se elimina la posibilidad de que el adoptando sea considerado “hijo” de unos sujetos en un país, pero no en otro. Esta situación atenta gravemente contra el interés del menor, ya que vulnera el derecho del menor a una “identidad única”, como ha apuntado recientemente, y con el mayor énfasis, el TJCE (STJCE 16 octubre 2008, *Grunkin-Paul*<sup>14</sup>) (= derecho del menor a ser considerado “la misma persona” en distintos países, con idéntica filiación). Una adopción internacional que se constituye con arreglo a una Ley estatal pero con “presencia” de las Leyes de otros países en los que puede ser interesante para el menor la validez de esa adopción constituida en España, fortifica legalmente la adopción y la prepara para superar satisfactoriamente el “paso de frontera”.

5º) El reconocimiento en España de adopciones constituidas en países extranjeros debe superar un “filtro legal” que asegure que tales adopciones no encubren un tráfico de menores. Pues bien, cada

---

*de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos. Asimismo, se pretende evitar y prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños (...)*”.

<sup>12</sup> F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Univ. RJC, Dykinson, Madrid, 2003, esp. pp. 31-34. Vid. igualmente, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado*, Discurs d’ingrés Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, 1993; J. RUBELLIN-DEVICHI, “Le principe de l’intérêt de l’enfant dans la loi et la jurisprudence française”, *Droit de l’enfance et de la famille*, 1996-1, pp. 113-159; M. HERRÁNZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr.*, Lex Nova, Valladolid, 2004, *passim*.

<sup>13</sup> M. HERRÁNZ BALLESTEROS, “La búsqueda de la armonía internacional de soluciones: ¿un objetivo a cualquier precio en materia de adopción internacional?”, en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 487-510, esp. pp. 490-491.

<sup>14</sup> M<sup>a</sup>. D. ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *CDT*, vol 1, Núm. 1, 2009, pp. 143-151; Id., “Nuevos interrogantes y nuevas respuestas sobre la STJCE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul*”, *CDT*, vol 1, Núm. 2, 2009, pp. 357-367.

país dispone de “sus” reglas jurídicas en materia de adopción internacional. Tales reglas representan la “perspectiva nacional” de lucha contra el tráfico de menores (= el modo en que cada Estado regula la adopción). Para asegurarse de que la constitución de la adopción en un país extranjero no cubre un supuesto de tráfico de menores, es preciso articular un “segundo control” que verifique que las normas de DIPr. del Estado de constitución de la adopción fueron correctamente aplicadas a la misma, si bien se establece un segundo filtro, el tradicional “orden público internacional” que impide que las adopciones constituidas por autoridades extranjeras puedan surtir efectos en España aunque hayan sido legalmente constituidas en el extranjero en el caso de que produzcan en España efectos que vulneren los principios básicos del Derecho español, y en especial, el principio del “interés del menor”.

6º) A la hora de constituir y reconocer adopciones en casos internacionales, la adopción debe contemplarse integrada en un “conjunto de alternativas” para el bienestar del menor, de modo que la adopción sólo debe constituirse en España o reconocerse en España si, en el caso concreto, beneficia al menor. No en caso contrario. En definitiva, puede afirmarse que todas las cautelas, refuerzos y perfiles que presentan las normas de conflicto contenidas en la LAI confirman una “polifonía de los mensajes valorativos”. Es decir, que toda adopción internacional debe sintonizar con el “interés del menor” y toda la regulación jurídica recogida en la LAI aparece guiada por ese principio clave en la materia (= todas las normas de DIPr. de la LAI convergen en esa misma dirección axiológica).

**10.** El nuevo Derecho español de la adopción internacional cuenta con la intervención del Estado en las relaciones entre particulares (= relaciones de Derecho Privado) con el objetivo de defender valores globales que, por ser tales, afectan a toda la sociedad (= como son, en el caso de las adopciones internacionales, los valores del “interés del menor” y de la “protección de la infancia”). La misma Exposición de Motivos (I) de la LAI deja traslucir esta idea intervencionista del Estado en la regulación de las adopciones internacionales<sup>15</sup>. La defensa y preservación de estos valores sociales es, de todos modos, un objetivo de difícil consecución. Para lograrlo, las “Leyes sociales”, como la misma LAI, presentan ciertos rasgos distintivos (M. PASQUAU LIAÑO<sup>16</sup>).

1º) Introducen regulaciones que afectan a diversas ramas del Ordenamiento Jurídico (= Derecho Administrativo, civil, Internacional privado, Penal, Procesal, todo a la vez). Las Leyes sociales de nuestros días no son ya Leyes “de Derecho Civil” o “Leyes de DIPr.”: constituyen, más bien, un “conglomerado legal heterogéneo”. La Ley 54/2007 es una “Ley integral sobre la adopción internacional” que arranca de un claro presupuesto de que los fenómenos sociales actuales son de tan alta complejidad, que exigen una regulación a través de mecanismos legales de distinto alcance y carácter (= Derecho Privado y Derecho Público, Derecho sustantivo y Derecho Procesal, etc.), como ha sido señalado (J. MÉNDEZ PÉREZ<sup>17</sup>). La finalidad de la Ley 54/2007 no es constituir un “código regulador de las adopciones internacionales”. La palabra “código” o “codificación” no aparecen en la Exposición de Motivos de la Ley 54/2007. El tiempo de los grandes códigos ha pasado barrido por los vientos de la “Modernidad líquida”. La Ley 54/2007 no tiene como objetivo una “codificación formal” de las normas sobre adopción internacional, sino una “regulación integral” del fenómeno de las adopciones internacionales, lo que es muy

<sup>15</sup> Exposición de Motivos de la LAI (I): “*El aumento de adopciones constituidas en el extranjero supone, a su vez, un desafío jurídico de grandes proporciones para el legislador, que debe facilitar los instrumentos normativos precisos para que la adopción tenga lugar con las máximas garantías y respeto a los intereses de los menores a adoptar, posibilitando el desarrollo armónico de la personalidad del niño en el contexto de un medio familiar propicio. Todo ello en el marco de la más escrupulosa seguridad jurídica que redundará siempre en beneficio de todos los participantes en la adopción internacional, especialmente y en primer lugar, en beneficio del menor adoptado. El transcurso de los años ha proporcionado perspectiva suficiente para apreciar la oportunidad de una Ley que pusiera fin a la dispersión normativa característica de la legislación anterior y reuniera una regulación completa de las cuestiones de derecho internacional privado necesariamente presentes en todo proceso de adopción internacional*”.

<sup>16</sup> M. PASQUAU LIAÑO, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Granada, Comares, 1994, pp. 80-88, esp. P. 84: “*el Derecho liberal sólo requiere unos códigos estables y más bien breves, mientras que un Derecho ‘social’ exige más leyes y leyes más mutables*”. Vid. también, en este sentido, y en relación con la adopción, F.J. ARELLANO GÓMEZ, “Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de la adopción”, *Rev. Crít. Derecho inmobiliario*, 1992-II, pp. 2085-2105.

<sup>17</sup> J. MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 24, si bien en relación con la LOPJM 1/1996.

diferente<sup>18</sup>. Por ello, el objetivo de la LAI no es reunir en un solo cuerpo legal toda la normativa existente sobre la adopción internacional en España. Ello sería, sencillamente, imposible, pues las reglas jurídicas sobre adopción internacional se generan desde distintos “focos normativos” (= legislación autonómica, legislación estatal y legislación contenida en Convenios y otras normas de génesis internacional).

2º) Visto que los cambios sociales tienen lugar a una velocidad vertiginosa, las Leyes propias del Derecho Social son, *ex ipsa natura sua*, Leyes efímeras. Están sometidas a continuos cambios y reformas. El drama, al mismo tiempo, la fortaleza del Derecho social, es que constituye, *ex ipsa natura sua*, un Derecho complejo e inestable. Sus estructuras y normas están sujetas a frecuentes cambios con el objetivo de suministrar una respuesta jurídica “social” a los nuevos retos que plantean las actuales relaciones jurídicas entre particulares. De frente al tráfico y a la compraventa de niños, el Derecho Social reacciona. Cuando este fenómeno se “sofistica” (= por ejemplo, a través del ofrecimiento de menores “adoptables” a través de Internet incluso por autoridades públicas de ciertos países como Brasil o Argentina), el Derecho social reacciona de nuevo, como ha puesto de manifiesto la doctrina<sup>19</sup>. El Derecho Social está siempre en “situación de alerta roja”, siempre en continua reacción. El Derecho Social deberá reaccionar con rapidez en el inmediato futuro, por lo que se refiere al sector de la adopción, ante los previsibles fenómenos futuros de adopción a la carta de niños no nacidos, adopción de niños clonados, contratos privados de gestación para adopción, frecuentemente concluidos por Internet, etc. En consecuencia, el DIPr. del siglo XXI se forma “por aluvión”, por intervenciones legislativas constantes y con frecuencia, inconexas y no siempre coordinadas. El Derecho Social contraataca constantemente para combatir las “desviaciones anti-sociales” y las “desviaciones del mercado” propias de una sociedad caracterizada por la alta tecnología, la velocidad y la evolución dinámica y súbita de los valores sociales.

**11.** Como manifestación del Derecho Social, la Ley 54/2007 representa un nuevo enfoque en la defensa y promoción de los derechos del menor, y en especial, para los derechos del menor adoptando. En el mundo actual, siempre en movimiento está el futuro, y las amenazas contra los derechos de los menores constituyen un peligro real de gran envergadura. Esa amenaza constituye, para el Derecho, un auténtico desafío. Con el objetivo de combatir contra tales peligros y, al mismo tiempo, de procurar el máximo respeto al interés del menor, en particular, a la hora de integrarse en una nueva familia que le acoge como hijo, esta Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional, constituye, sin duda, una nueva esperanza.

### C) Perspectiva intercultural de la Ley 54/2007.

**12.** Las normas de DIPr. recogidas en la Ley 54/2007 muestran un carácter profundamente “intercultural”. Respetan los espacios de aplicación del Derecho extranjero y los *standards* de cultura extranjeros cuando la adopción afecta a una sociedad extranjera y no a la sociedad española. No imponen una aplicación “imperialista” del Derecho material español a toda adopción a constituir, modificar o anular, por tribunales españoles ni a través de un legefórisimo exacerbado ni a través de un orden público internacional “agresivo”. En la misma línea, y como se verá más adelante, puede afirmarse que la Ley 54/2007 renuncia a un “imperialismo jurisdiccional” de los tribunales españoles en materia de adopción. Por otra parte, puede también apreciarse que el legislador español que diseñó la Ley 54/2007 ha sido consciente de que “su modo” de entender la regulación material de la adopción no es el único posible y de que los demás “modelos jurídicos” estatales de adopción deben disponer de su propio “espacio aplicativo”.

### 2. Reacción doctrinal contra la Ley 54/2007: el ataque de los clones.

**13.** La consecución de los objetivos que persigue la Ley 54/2007 hace necesario que las normas de DIPr. contenidas en dicha Ley sean “normas de textura abierta”. Sólo dicho enfoque permite que

<sup>18</sup> Exposición de Motivos (III) de la LAI: “La Ley tiene por objeto una regulación normativa sistemática, coherente y actualizada que permite dar respuesta al fenómeno de la adopción internacional en España”.

<sup>19</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Algunas reflexiones sobre la adopción internacional en la sociedad de la información”, en A. L. CALVO CARAVACA y OTROS, *Mundialización y familia*, Madrid, Ed. Colex, 2001, pp. 313-323; J.M. UHÍA ALONSO, “Problemática de tipo legal derivada de la adopción internacional”, *La Ley*, 1998-II, D-46, pp. 1960-1966; A. ISABEL HERRÁN, *La adopción internacional*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 47.

la letra de la Ley se adapte a la realidad de la adopción internacional, una realidad en constante movimiento y cambio. Por ello, puede afirmarse que el legislador que redactó la Ley 54/2007 da cobertura al desarrollo judicial de las normas de dicha Ley, dentro de los límites y parámetros marcados por la misma Ley 54/2007.

14. La Ley 54/2007 constituye un “conjunto jurídico global” que, como tal, debe ser entendido y aplicado de manera sistemática, coherente y axiológicamente consistente. Ello exige realizar un correcto análisis integral de las normas de DIPr. contenidas en la misma. Como suele ser habitual, las aproximaciones de la doctrina contribuyen a esa labor de exégesis de las nuevas normas legales. Sin embargo, cabe señalar que ciertos estudios doctrinales dedicados a la Ley 54/2007 han generado un elevado grado de confusión y desconcierto que resulta nocivo para el que se acerca a tales estudios ellos en busca de una “guía de actuación práctica” (= caso de los aplicadores del Derecho), o de una mayor profundización (= caso de los estudiosos del DIPr.). Estos estudios no han comprendido adecuadamente la apertura hacia un desarrollo judicial de la Ley 54/2007 ni tampoco han captado correctamente las novedades técnicas que incorpora dicho texto. Tales estudios, desde postulados críticos que resultan, en ocasiones, desafortunadamente, excesivamente teóricos, y con frecuencia, erróneos, han propagado la idea de que la Ley 54/2007 es una norma jurídica de difícil cuando no imposible aplicación y de que sus presupuestos metodológicos son equivocados. Con ello, estos estudios han creado una preocupante interpretación desviada y caótica de la Ley 54/2007. Pues bien, el objetivo de este trabajo es poner fin a la sensación artificial de caos, inseguridad y oscuridad jurídica que se ha creado a partir de estos estudios. El presente trabajo, por lo tanto, persigue en primer lugar, desmontar las críticas vertidas contra la Ley 54/2007, críticas producto de una interpretación desviada de dicha Ley, y en segundo lugar, proporcionar, de ese modo, lograr una saludable y correcta interpretación de las normas de la Ley 54/2007.

15. Las críticas vertidas contra la Ley 54/2007 han sido numerosas y variadas, y, como antes se ha indicado, han creado la sensación, falsa y artificial, de que dicho texto legal es deficiente. Sin embargo, y con carácter previo, una lectura pausada y ponderada de las mismas permite detectar, con facilidad, que, en realidad, todas estas críticas son siempre las mismas, con repetición clónica de los argumentos que, presuntamente, las sustentan. Como consecuencia de ello, estas críticas han producido un efecto de “retroalimentación” entre sí. En efecto, a las concretas reprobaciones vertidas por un autor contra la Ley 54/2007, le seguían idénticas reprobaciones escanciadas por otro autor distinto, pero ahora, con mayor virulencia (= ya que la crítica anterior “alentaba” el tono reprobatorio del crítico posterior: es la “retroalimentación”). Además, al llegar los reproches desde distintos autores, se creaba también, de modo paralelo, un “fenómeno de amplificación”: la crítica sonaba mucho más fuerte y parecía mucho más sólida porque procedía de ángulos diferentes y convergía sobre un único centro, la Ley 54/2007. Es como si la misma melodía fuera interpretada, al mismo tiempo, desde las cuatro esquinas de una misma habitación. El resultado es claro: la habitación retumba al son de una fanfarria estridente que repite siempre las mismas notas. El sonido, retroalimentado, se ha amplificado, de modo que la habituación sufre un efecto de “reverberación”. Esta melodía crítica contra la Ley 54/2007 es “el ataque los clones”. Recuerda la táctica de los U-boot alemanes en la batalla del Atlántico, diseñada por el Gran Almirante K. DÖNITZ (= *Rudeltaktik* o *Wolf Pack*) durante la Segunda Guerra Mundial, en cuya virtud, los distintos autores críticos con la Ley 54/2007 actúan “en masa” dirigiéndose, de manera previamente concertada, al ataque de un mismo objetivo (= lo que refleja una “orquestración” de las críticas, una previa “conexión interna” entre las mismas).

### 3. Presupuestos epistemológicos de la refutación de las críticas contra la Ley 54/2007.

16. El objetivo del presente trabajo consiste en proponer una interpretación razonable de las normas de DIPr. de la Ley 54/2007 que permita ver la luz allí donde las críticas que se han vertido sobre dicha Ley sólo han creado oscuridad. Con carácter previo a ello es preciso incorporar una muy breve serie de observaciones preliminares.

17. a) La publicación de determinadas críticas contra la Ley 54/2007 ha creado la sensación de que dicha Ley constituye un texto deficiente tanto desde el punto de vista valorativo (= con criterios de política legislativa equivocados), como desde el punto de vista técnico (= con normas que presentan



errores de redacción y que fomentan la ambigüedad y la imprecisión legal). Sin embargo, y como quedará demostrado en este trabajo, lo que ocurre es que los autores críticos con la Ley 54/2007 no han comprendido dicho texto porque no han leído la Ley 54/2007 con el enfoque correcto (= su perspectiva está distorsionada, por lo que no son capaces de recibir el mensaje valorativo y técnico que contiene la Ley 54/2007). Por tanto, en ocasiones, no se puede pretender que ciertos lectores comprendan el mensaje de la Ley 54/2007. No por maldad, naturalmente, sino porque sus presupuestos y prejuicios cognitivos les impiden captar otras perspectivas de la realidad que no sean las suyas.

**18. b)** Los críticos clónicos contra la Ley 54/2007 son fervientes seguidores de la llamada “dialéctica erística” (= el arte de “llevar razón” en las discusiones, se tenga o no se tenga razón desde un punto de vista objetivo). Porque “llevar razón” (= *Recht behalten*) no es lo mismo que “tener razón” (= *Recht haben*)<sup>20</sup>. Estos autores son expertos en la técnica de querer imponerse en una discusión, con independencia de que se tenga o no se tenga razón.

**19. c)** Los autores de este trabajo han realizado una lectura científicamente transparente y sincera de la Ley 54/2007<sup>21</sup> y ofrecen una posible interpretación de dicha Ley. Tal interpretación puede ser acogida o no, puede ser compartida o no. Pero, en todo caso, esta interpretación es científica (= se asienta sobre razonamientos falsables en el “sentido popperiano” del término). La visión ofrecida por los autores de este trabajo sólo pretende contribuir al correcto análisis de las normas de DIPr. contenidas en la Ley 54/2007, sin “velos ideológicos” que puedan ser rasgados. Por ello, los firmantes de este trabajo participan en el debate científico sin “intenciones escondidas” (= no se trata de defender el texto de la Ley 54/2007 por defenderlo, como *petitio principii* u *orbis in demonstrando*), sino porque sus soluciones pueden convencer. Desde otro punto de vista, los autores de este trabajo tienen derecho a discrepar de la opinión crítica de otros autores. En dicha línea, las refutaciones que, en este trabajo, se harán en relación con las críticas vertidas por ciertos expertos contra la Ley 54/2007, se hacen siempre con el máximo respeto personal y profesional a dichos expertos legales. Pero, naturalmente, con el derecho a discrepar y a calificar una tesis, en su caso, como “equivocada” o “errónea” o mediante cualquier otro calificativo, cuando, a juicio de los que esto escriben, ello sea así. Los autores de este trabajo no critican a las personas. Critican las ideas. Y lo hacen así porque están firmemente convencidos de que sólo el debate y la discrepancia hacen avanzar a la Ciencia y al conocimiento humano. Y porque, como subrayaba W. LIPPMANN, allí donde todos piensan lo mismo, es que nadie piensa demasiado.

## II. Cuestiones polémicas en la Ley 54/2007 e interpretación sistemática de la Ley.

### 1. Cuestiones generales.

#### A) El art. 4 LAI, la nacionalidad y la residencia habitual del menor.

**20.** El art. 4.1 LAI recoge una serie de “*circunstancias que impiden o condicionan la adopción*” de menores “*nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado*”. El legislador español, en estas circunstancias, prohíbe “tramitar solicitudes de adopción internacional”. Se trata de las circunstancias recogidas en los siguientes preceptos: a) Art. 4.1.a LAI, conocida como “cláusula chadiana”<sup>22</sup>); b)

<sup>20</sup> A. SCHOPENHAUER, *El arte de tener razón (expuesto en 38 estratagemas)*, Alianza Editorial, Madrid 2008, p. 13.

<sup>21</sup> *Vid.*, antes del presente trabajo, entre otras contribuciones, A.-L. CALVO CARAVACA, “Globalización y adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 23-72; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la ley extranjera”, *Diario La Ley*, Nº 6997, Sección Doctrina, 25 Julio 2008; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción internacional y la Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007”, *BIMJ*, núm. 2073 de 15 noviembre 2008, pp. 3857-3878.

<sup>22</sup> El art. 4.1 LAI precisa que no se podrá realizar ningún trámite relativo a una adopción internacional “cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural”. Esta previsión legal persigue evitar el tráfico de menores que se puede producir en situaciones

*Falta de control público de la adopción en el Estado de residencia habitual del menor* (art. 4.1.b LAI). Se impide también tramitar solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado cuando “no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción”. La LAI entiende que toda adopción debe llevarse a cabo bajo el control de “autoridades públicas”; c) *Estados que no respetan los principios jurídicos básicos de la adopción de menores internacionalmente reconocidos* (art. 4.1.c LAI). No se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado, “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 art. 3 LAP”.

21. Pues bien, ciertos autores han criticado que el inicio del art. 4.1 LAI, que extiende la aplicación de esta disposición tanto a los menores “nacionales de otro país”, como a los menores “con residencia habitual en otro Estado”. Se subraya, en efecto, que la referencia a la nacionalidad del menor constituye un error, ya que, al prescindir de su residencia habitual, permitiría “bloquear una adopción” en el caso de un menor de nacionalidad extranjera que se halla y que tiene su residencia habitual en España u otro país en el que podría ser adoptado con todas las garantías<sup>23</sup>.

22. El sentido del art. 4.1 LAI debe ser extraído, como ocurre en relación con toda norma jurídica, a partir de varias premisas (= premisas que conforman la “teleología inmanente” de este precepto y su *ratio*).

23. a) *La letra del precepto*. Dos consideraciones preliminares, extremadamente útiles, deben realizarse a este respecto.

Primera: el art. 4.1.a) LAI impide tramitar solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado pero sólo en el caso de que “el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural”. En consecuencia, en este caso, se exige, sin paliativos, que el menor tenga su residencia habitual en un país determinado en el momento en el que se verifique, en dicho país, un conflicto bélico o desastre natural. Por lo tanto, si un menor ostenta la nacionalidad de un país en el que acontece un desastre natural (*ad. ex.*: Laos) pero no tiene su residencia habitual en dicho país (*ad. ex.*: el sujeto se halla refugiado en España, y en España tiene ya su residencia habitual) en el momento en el que el desastre natural se verifica en Laos, el art. 4.1.a) LAI no es aplicable y el menor puede ser adoptado. El ejemplo suministrado por algún autor en torno a un menor birmano que tiene su residencia habitual en un país que no es Birmania y entonces acontece en Birmania un desastre natural, no está resuelto de manera correcta por dicho autor: el menor puede, naturalmente, ser adoptado en España<sup>24</sup>.

Segunda: en relación con países en los que no existe “una autoridad específica que controle y garantice la adopción” (art. 4.1.b) LAI) y con países en los que no se dan “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 cum-

de conflicto bélico y desastre natural y que fue de triste actualidad entre octubre 2007 y enero 2008 en el caso de la ONG francesa “El Arca de Zoé” en el país centroafricano del Chad. Con ello, el legislador persigue que se constituya la adopción en relación con menores que, en la confusión que producen los conflictos bélicos y los desastres naturales, son desplazados de un lugar a otro y desde un país a otro, y se presentan como “huérfanos de la guerra”, cuando en realidad tienen padres que jamás han renunciado a sus hijos.

<sup>23</sup> La crítica puede leerse en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 47-48. También puede seguirse esta crítica, clónicamente expuesta, en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Recensión a A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*”, Comares, Granada, 2008, *REDI*, 2008, pp. 349-351, esp. p. 349. La misma crítica, otra vez, con idéntica formulación y repetición de sus presuntos argumentos, puede verse en R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), p. 7.

<sup>24</sup> *Vid.* este caso, resuelto de manera cuestionable, en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 48. También, con idéntico error, en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618.

*plan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3 LAI*” sí que es cierto que el art. 4.1 LAI permite “bloquear la adopción” si se trata de un menor con residencia habitual en uno de tales países o bien de un menor que ostenta la nacionalidad de uno de tales países. El art. 4.1 LAI está formulado en tiempo “presente”. En relación con los apartados b) y c) del precepto, ello significa que el menor debía tener su “residencia habitual” en uno de tales países u ostentar la nacionalidad de uno de tales países en el mismo momento en el que dicho país carecía de autoridad específica competente en materia de adopciones o en el momento en el que dicho país no ofrecía garantías adecuadas para la adopción. Es claro que cuando el menor tenía su residencia habitual en dicho país, el precepto cumple perfectamente su función: el posible traslado posterior a España de ese menor y el hecho de que tal menor pueda haber adquirido en España su residencia habitual o incluso, pueda haber cambiado de nacionalidad, no “libera” el supuesto y, por tanto, no permite tramitar la adopción de dicho menor en España. La previsión legal es razonable y acertada. Evita no sólo la adopción en tales países (= que no garantizan una “adopción con calidad jurídica suficiente”, y por tanto, no garantiza el interés del menor), sino también evita los secuestros o traslados engañosos de menores desde el país de su residencia habitual con destino a España o a otro país en el que trata de formalizarse una adopción (= adopción “legalizante” de un secuestro o de tráfico de menores). Menos clara resulta la previsión legal cuando el menor ostenta la nacionalidad de uno de estos países a los que alude el art. 4.1.b) y c), pero no tiene ya su residencia habitual en dicho país. Para comprender correctamente este caso particular, es preciso utilizar una segunda herramienta heurística, tan frecuentemente olvidada por ciertos autores<sup>25</sup>: debe acudir a la *ratio* del precepto, como bien indica el art. 3 CC<sup>26</sup>.

**24. b) La ratio del precepto.** El art. 4.1 LAI trata de evitar que menores que presentan vínculos con un país envuelto en una situación descontrolada producida por conflictos bélicos o situaciones calamitosas naturales, o países que no ofrezcan garantías adecuadas para la adopción, sean adoptados en tales países y trasladados posteriormente a otros Estados, o bien, sean simplemente trasladados desde sus países de origen a otros Estados para formalizar allí su adopción. Se elimina, así, el riesgo de adoptar menores que pueden tener una familia biológica en el país de su residencia habitual o en el país de su nacionalidad. En efecto, las situaciones de extraordinaria gravedad a las que alude el art. 4.1, letras b) y c) LAI pueden perturbar de modo muy negativo a la entrega en adopción o al traslado y desplazamiento de los menores. Dicha situaciones pueden ser aprovechadas por desaprensivos para “falsear” la situación de “adoptabilidad real del menor”, su situación de desamparo en relación con su familia biológica. En suma, se trata de evitar que menores con familia, sean adoptados en países sin garantías o sean desplazados desde tales países para su posterior adopción en otro país. El precepto trata de evitar este resultado negativo del modo más radical posible. Ello explica que el art. 4.1 *in primis* LAI emplee dos criterios de vinculación alternativos: la residencia habitual del menor y la nacionalidad del menor. Pues bien, en el caso de que el menor ostente la nacionalidad de uno de estos países pero no tenga su residencia habitual en tales países, el precepto debe ser aplicado con arreglo a su *ratio* (= debe ser aplicado con arreglo, “*fundamentalmente al espíritu y finalidad*” de la norma: *vid.* art. 3.1 CC). De ese modo, cuando el menor procede de un país cuya nacionalidad ostenta y en dicho país no se ofrecen garantías suficientes para una “adopción de calidad”, el art. 4.1 letras b) y c) es aplicable, pues la nacionalidad del menor representa un vínculo sólido y real con ese país, sea cual fuere el país de su residencia habitual. Ejemplo 1: menor nacional camboyano entregado en Camboya a unos sujetos y trasladado desde dicho país a España, donde fija su residencia habitual. En tal caso, si Camboya es un país que no proporciona garantías adecuadas para la adopción, el art. 4.1.b) y c) LAI resulta aplicable, de modo que la adopción de dicho menor en España no será posible (= ante el temor de que el niño disponga de una auténtica familia

<sup>25</sup> Es el caso de C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Recensión a A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*”, Comares, Granada, 2008, *REDI*, 2008, pp. 349-351, esp. p. 350, que defiende, de modo clónico, la postura expuesta con anterioridad por S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 48 y, antes, ya en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618.

<sup>26</sup> Así lo recuerda 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*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 26.

biológica en Camboya que puede hacerse argo, perfectamente, de dicho menor), y ello aunque el menor tenga su residencia habitual en España y no en Camboya. Ejemplo 2: menor nacional burundés que nunca ha vivido en Burundi, sino en Kenya, y que es entregado en dicho país con la finalidad de que sea adoptado finalmente en España. El menor es trasladado desde Kenya a España, donde establece su residencia habitual. En tal caso, si Burundi es un país que no proporciona garantías adecuadas para la adopción, el art. 4.1.b) y c) LAI no deben ser aplicables, ya que la conexión del menor con Burundi es meramente formal y aparente, de forma que el precepto puede y debe ser reducido teleológicamente. El menor podrá ser adoptado en España.

25. En suma, el art. 4 LAI debe ser aplicado, exclusivamente, a los casos en los que el menor procede del país de su residencia habitual o de su nacionalidad y ha sido trasladado a otro país, como aconseja una lectura razonable del precepto con arreglo a su ratio y teleología inmanente<sup>27</sup>. No es óbice para esta interpretación, el hecho de que el art. 4.1.b) y c) LAI no mencionen expresamente el “traslado” del menor de un país a otro. En primer lugar, porque la aplicación del precepto en casos de traslado del menor está perfectamente cubierta por la letra del precepto. En segundo lugar, porque la anterior distinción de situaciones (= menor “realmente vinculado” con el país de su nacionalidad, de cuyo contexto ha sido “extraído”, y menor “sin conexión real” con el país cuya nacionalidad meramente ostenta, de cuyo contexto social no ha sido extraído), es la que mejor encaja con la intención regulativa del legislador, con la “razón de ser del precepto”. En tercer lugar, debe recordarse que, a la hora de interpretar una norma, el criterio prevalente, el “criterio director” de la operación interpretativa, es siempre la *ratio* del precepto, que debe imponerse, en su caso, sobre la “letra” de la norma, como indica el art. 3 CC. En cuarto lugar, porque, para su correcta aplicación, numerosos preceptos de DIPr. necesitan ser completados por la habilidad hermenéutica de los prudentes, de los expertos en DIPr., por encima de la mera letra de la Ley. Quedarse en una interpretación meramente literal del art. 4.1 LAI supone apostar en favor de la aplicación ciega de las normas al viejo modo de la jurisprudencia de conceptos, un viejo *modus operandi* que no se corresponde con las buenas artes de la interpretación jurídica.

## B) Regulación en la LAI de instituciones jurídicas desconocidas en Derecho español.

26. Se ha objetado al texto de la LAI, y en particular a los preceptos que regulan la competencia judicial internacional y la Ley aplicable en materia de “revisión” o “modificación” de la adopción, que recojan el régimen jurídico de estas “instituciones legales desconocidas”, precisamente, por ser “desconocidas”<sup>28</sup>. Esta crítica es fácilmente desmontable con apoyo en los siguientes argumentos.

1º) Cuando se habla de “instituciones desconocidas”, dicha expresión debe ser perfilada. En efecto, puede tratarse de instituciones desconocidas en “Derecho español”, pero bien pueden ser conocidas en otros Ordenamientos jurídicos de otros países del mundo. Por tanto, no se trata de regular “lo que nadie conoce”, “lo ignoto”, o “quimeras jurídicas”. Se trata, más bien, de la regulación, por parte del legislador español, de una realidad legal perfectamente existente en otros ordenamientos jurídicos aunque ausente en Derecho español. A partir de dicho dato, se comprende con facilidad que es mejor tener presente la realidad legal extranjera que se suscita ante las autoridades españolas y proporcionar una regulación jurídica a la misma, que elegir una óptica miope del legislador que sólo regula las instituciones legales que él mismo admite en su Ordenamiento jurídico (= un legislador aislado del mundo, que cree que “sólo existe lo suyo”, con nefastas consecuencias en la aplicación de las normas de DIPr., pues dicha postura suscita ingentes problemas calificadorios, obliga a “estirar conceptos nacionales” y lleva al intérprete a recurrir a una analogía que resulta, las más de las veces, imperfecta y/o imposible).

<sup>27</sup> En tal sentido, 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*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 20.

<sup>28</sup> S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 49 y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618, esp. nota [33]. En tono seguidista, *vid.* P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 2. De manera más original, J.M. ESPINAR VICENTE, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, núm.18, 24 octubre 2008, tomo II, versión *on line* ([www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)).

2º) La necesidad de regular instituciones desconocidas es evidente en DIPr. Precisamente, porque el DIPr. se enfrenta, cada vez con mayor frecuencia, a realidades jurídicas procedentes de otros ambientes jurídicos muy distintos al español que no disponen de equivalente en el Derecho sustantivo español. Por ello, no es de extrañar que el legislador español, de un modo completamente consciente, utilice normas de DIPr. cuyos supuestos de hecho (*Tatbestand*) aparecen formulados de manera muy amplia para poder, de ese modo, regular instituciones desconocidas en Derecho español. El *wording* del art. 9.3 CC permite la aplicación de dicho precepto a “*pactos matrimoniales*” desconocidos en Derecho español y que no se corresponden con el concepto de “*capitulaciones matrimoniales*” propio del Derecho español. El art. 9.8 CC es aplicable a la “*sucesión por causa de muerte*” lo que permite proyectar el precepto a la sucesión contractual, -no regulada por el Derecho Civil común español-, así como también al *trust* sucesorio -inexistente en Derecho español-. Por no hablar de las normas que regulan la competencia judicial en materia de *trust* y que se encuentran en el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 (= Derecho vigente en España y en otros muchos Estados miembros en cuyos Derechos sustantivos no existe el *trust*). Afortunadamente, Bruselas se halla lejos de España, porque en caso contrario, podría ser que las voces reprobatorias de ciertos autores españoles llegaran a oídos del legislador comunitario por haberse atrevido a regular los aspectos de DIPr. del *trust*, una institución extranjera que no existe en Derecho español. Renunciar a regular instituciones “desconocidas” (= o mejor dicho, instituciones hoy no reguladas ni recogidas en el Derecho español), llevaría al absurdo, por ejemplo, de no poder regular las adopciones simples (= hoy inexistentes en Derecho español, salvo casos transitorios procedentes del pasado), ni su posible conversión en adopciones plenas. Implicaría también renunciar a regular los perfiles de DIPr. de la *kafala* musulmana, que es una institución inexistente en Derecho español, aunque los *kafils*, como no es extraño en la realidad cotidiana, sean sujetos de nacionalidad española y con residencia habitual en España.

3º) Otros legisladores más avezados que el español han regulado los efectos legales de instituciones jurídicas que suscitan problemas en sus países aunque no se admitan en sus Ordenamientos Jurídicos. Así, el legislador británico ha regulado los matrimonios poligámicos a través de la muy conocida *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act* de 1972. Es de celebrar que dicha regulación ha visto la luz en la Gran Bretaña y no en España. Porque si hubiera sido en España, algunos críticos habrían intentado pasar a cuchillo al legislador español por “haberse atrevido” a regular el matrimonio poligámico, una institución jurídica desconocida en el Derecho español.

### C) La adopción de mayores en la LAI.

27. Ciertos expertos en materia de adopción se han lamentado del “olvido” al que la LAI somete a la adopción de mayores, para la que no se dispensan soluciones específicas<sup>29</sup>.

28. El concepto de adopción internacional mantenido por el art. 1 LAI cubre tanto la adopción de “menores” como la adopción de “mayores”. Sin embargo, resulta indudable que toda la LAI se presenta vertebrada por la idea de proporcionar una nueva regulación a la adopción de “menores” (= como se aprecia en el art. 1.2 LAI<sup>30</sup>). Ello se puede explicar por varias razones: 1º) En la actualidad, la adopción internacional de menores es el tipo de adopción que suscita más problemas sociales y jurídicos en España. Ello hace razonable pensar que el legislador “focalizara” la regulación legal contenida en la LAI en la adopción de “menores”. Los casos de adopciones internacionales de mayores son escasos, aunque bien es cierto que no inexistentes; 2º) En España, como es sabido, sólo se permite la adopción de menores y muy excepcionalmente, la adopción de mayores (art. 175.2 CC<sup>31</sup>). La Ley 54/2007 se centra en

<sup>29</sup> R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), pp. 7-8.

<sup>30</sup> Art. 2 LAI: “1. La presente Ley establece el marco jurídico y los instrumentos básicos para garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor. 2. La finalidad de esta Ley es proteger los derechos de los menores a adoptar, teniendo en cuenta también los de los solicitantes de adopción y los de las demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional”.

<sup>31</sup> Art. 175.2 CC: “Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años”.

el tipo mayoritario de adopciones (= la adopción de menores como “caso ordinario”, en terminología aristotélica) y hacia ella dirige su regulación legal.

**29.** Sin embargo, es claro que la LAI rige tanto la adopción internacional de menores como la adopción internacional de mayores. No es óbice que en numerosas ocasiones la LAI contenga previsiones sólo relativas a los “menores”. Ello debe interpretarse de manera que, en el caso de adopción de mayores de edad, la Ley 54/2007 debe ser “depurada” de los preceptos y/o incisos que contiene y que son relativos a “menores”. Tales preceptos e incisos no se aplicarán, lógicamente, a la adopción de “mayores”. En el resto de sus disposiciones, la LAI se aplicará a la adopción de mayores. Esta opción de política legislativa es similar a la que se aprecia en la regulación sustantiva de la adopción en el Código Civil. Dicha regulación, también focalizada en torno a la adopción de “menores”, se aplica también a la adopción de “mayores” (= que como se ha recordado, es excepcional en Derecho español), para lo cual basta “no proyectar” los preceptos relativos a “menores” a la adopción de mayores. Por tanto, si dicha línea interpretativa se sigue en Derecho Civil, es perfectamente posible seguirla también en DIPr.

#### **D) Regulación en la LAI de otras “medidas de protección de menores”.**

**30.** El Título III LAI se dedica a regular “Otras medidas de protección de menores”. Ha sido criticado por algunos expertos el hecho de que la Ley 54/2007 se refiera y regule, si bien de modo puramente tangencial, esas “*otras instituciones de protección del menor*”. Se dice que la inminente entrada en vigor para España del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños], regulará esa cuestión, por lo que las normas que la Ley 54/2007 dedica a estas instituciones eran innecesarias<sup>32</sup>.

**31.** Frente a ello es posible indicar que, precisamente por la próxima entrada en vigor del citado instrumento internacional, puede observarse que la Ley 54/2007 ha llevado a término una “regulación provisional” de la cuestión. De esta manera se logra una “transición ordenada” desde la regulación anterior, hasta que entre en escena la regulación que verá la luz con la incorporación al Derecho español del citado Convenio. Esta razón explica que los dos preceptos incorporados por la Ley 54/2007 no innoven las soluciones sustanciales hasta ahora existentes, sino que, de un “modo narrativo”, orienten al intérprete sobre el DIPr. vigente (= es un DIPr. pedagógico, con función “ilustrativa” y no “prescriptiva”). Los arts. 32 y 33 LAI constituyen, por tanto, mera “normas recordatorio” cuyos únicos objetivos radican en aclarar a los operadores jurídicos cuál es la normativa de DIPr. que determina la competencia y la Ley aplicable al acogimiento internacional de menores. Hubiera resultado totalmente impropio introducir un nuevo régimen jurídico “español” de la cuestión con las horas de vida ya contadas ante un régimen jurídico “internacional” (= común a los Estados partes en el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños]).

**32.** Resulta importante subrayar, no obstante que el art. 33 LAI acierta al remitirse a “*los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España*”. Esta remisión tiene presente que en el futuro, parece ser que inmediato, -aunque nunca se sabe-, las medidas de protección de menores, al margen de la adopción, quedarán regidas por el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños].

**33.** Algún autor ha señalado que el art. 34 LAI revela deficiencias de técnica legislativa porque incluiría también las adopciones simples<sup>33</sup>. Es evidente que esta afirmación constituye un error. No es

<sup>32</sup> S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 43, que habla del “*fin del bloqueo para la ratificación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996*”. En sentido similar, A. BORRÁS, “Espagne. Nouvelle loi sur l’adoption internationale”, en [www.slc-dip.com](http://www.slc-dip.com), citada por el autor anterior.

<sup>33</sup> Es el caso de P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008;, p. 11.

así porque el precepto se refiere a las “*instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación*”. Ello hace radicalmente imposible que dicho precepto comprenda las adopciones simples (= que, *per definitionem*, generan un vínculo de filiación).

### E) La adopción consular.

**34.** Ciertos autores han insistido que la adopción consular debería haber desaparecido del mapa normativo español, por tratarse de una adopción que no se realiza bajo la supervisión de la autoridad judicial (= con lo que se da a entender que la adopción consular presenta menos “calidad jurídica” que la adopción judicial y que la función consular no comprende actuaciones “de tipo judicial” como la constitución de la adopción)<sup>34</sup>. También se ha dicho que tal adopción manifiesta una “dudosa compatibilidad” con el Convenio de La Haya 1993<sup>35</sup> [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional]<sup>36</sup>.

**35.** Es cierto que la adopción consular es una figura ligada a tiempos pasados, como ha indicado la doctrina<sup>37</sup>. En efecto, esta figura se creó para que los colonos occidentales desplazados a América y otros países muy alejados de la metrópoli pudieran constituir adopciones en Estados que no disponían de autoridades al efecto. Ahora bien, su radical desaparición no es aconsejable, por motivos que parecen haber pesado en el ánimo del legislador para conservar la adopción consular: 1º) La LAI no ha eliminado la adopción consular porque la misma puede resultar útil en ciertas ocasiones en las que quizás puede operar en interés del menor adoptando. Sólo imaginar un caso en el que la única posibilidad de adopción de un menor desamparado es la adopción consular, ya justificaría su supervivencia; 2º) No es cierto que el Convenio de La Haya 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] elimine o sea “incompatible” con la adopción consular<sup>38</sup>. El citado Convenio ni la prohíbe, ni la elimina, entre otras cosas porque, como debería saberse, su objetivo no es regular ni la competencia ni la Ley aplicable en materia de adopción, así que mal podría suprimir la adopción consular. Por eso no la elimina; 3º) En el diseño general de la labor de los Cónsules en materia de estado civil, la adopción consular no parece una función desproporcionada<sup>39</sup>. Además, el art. 17 LAI ha introducido mejoras técnicas evidentes respecto del antiguo art. 9.5 CC<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> En este sentido, R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), p. 9. También P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 4.

<sup>35</sup> BOE núm.182 de 1 agosto 1995. Entrada en vigor para España: 1 noviembre 1995.

<sup>36</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 423. También P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 4.

<sup>37</sup> Vid. J.A. PARÍS ALONSO, *Manual de Registro Civil para los Registros Civiles Consulares*, 3ª ed., Madrid, 1996; J.M. PAZ AGÜERAS, “La adopción consular. El problema de la propuesta previa”, *BIMJ*, núm.1552, 1990, pp. 519-539; Id., *La adopción consular*. Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1990; C. ESPLUGUES MOTA / J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho internacional privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, València, 2008, p. 357; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Art. 9.5 CC”, *Comentario al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 2ª ed., 1995, pp. 242-259; J.M. ESPINAR VICENTE, “La modificación del art. 9.5 CC en el Proyecto de reforma sobre adopción”, *RJ La Ley*, 1986, pp. 996-1002; Id., “La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la DGRN)”, *AC*, 1997, pp. 757-771; J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 372-374; N. BOUZA VIDAL, “La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre y su proyección en Derecho internacional privado”, *RGLJ*, 1987, pp. 897-931.

<sup>38</sup> En tal sentido, erróneamente, *vid.* P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 4.

<sup>39</sup> A. DURÁN AYAGO, “La filiación adoptiva en el ámbito internacional”, *La Ley*, núm.5272, 21 marzo 2001, pp. 3-14; Id., “El papel de las entidades colaboradoras de adopción internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 325-346; J.M. PAZ AGÜERAS, “La adopción consular. El problema de la propuesta previa”, *BIMJ*, núm.1552, 1990, pp. 519-539; Id., *La adopción consular*. Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1990, pp. 32-39; M.A. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dyinson, 2004, pp. 296-305; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988, p. 137.

<sup>40</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adop-*

## 2. Cuestiones relativas a la competencia judicial internacional en materia de adopción.

### A) Ausencia en la LAI de regulación de la competencia de las autoridades españolas para recibir declaraciones de voluntad que completan la adopción.

36. La Ley 54/2007 ha incorporado diversos foros de competencia judicial internacional de los tribunales españoles no sólo en relación con la constitución de la adopción internacional, sino también en relación con la modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción internacional. El art. 22.3 LOPJ guardaba un inquietante silencio sobre estas cuestiones. En efecto, dicho precepto sólo recogía los criterios de competencia judicial internacional de los tribunales españoles “*para la constitución de la adopción*” (art. 22.3.5º LOPJ). La redacción de esta norma creaba, de modo evidente, una laguna legal. Y la laguna legal había provocado enormes dudas a la jurisprudencia española por lo que se refería a los criterios de competencia judicial internacional cuando se trataba de verificar la competencia de los tribunales españoles en materia de nulidad. El art. 22.3 LOPJ era poco preciso. Ello generó resoluciones judiciales de escasa calidad (AAP Madrid 25 enero 2002). En sentido opuesto, y de modo muy acertado, la DGRN entendió que los foros de competencia judicial internacional previstos en el art. 22.3 LOPJ para la “*constitución de la adopción*” en favor de los tribunales españoles debían aplicarse, por analogía, para determinar la competencia de los tribunales españoles en relación con la modificación y con la declaración de nulidad de la adopción (correctamente: Con.DGRN 19 noviembre 2003 [adopción presuntamente irregular de menor ruso en España]), como había defendido también parte de la doctrina (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>41</sup>. La Ley 54/2007 acaba con esta lamentable situación y proporciona soluciones claras, racionales y sistemáticas a estas cuestiones suscitadas por la práctica. A la hora de precisar los foros de competencia judicial internacional en materia de adopción, el legislador español de la LAI parece haberse inspirado en el art. 66 de la Ley belga de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado.

37. Pues bien, algunos autores han indicado que la LAI es criticable porque carece de una norma que regule la competencia judicial internacional de las autoridades españolas “*para completar en España la falta de alguna declaración de voluntad o consentimiento exigida por la Ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción cuyo reconocimiento se pretende en España*”<sup>42</sup>. Es decir, estos autores, reclaman una mayor especialización en las normas de competencia judicial internacional introducidas por la LAI. Sin embargo, la crítica es desacertada porque el supuesto controvertido puede ser fácilmente incluido en el art. 15 LAI. En efecto, los foros recogidos en dicho precepto pueden ser también utilizados para acreditar la competencia de los tribunales españoles en el caso de una adopción extranjera “incompleta”. Esto es, para prestar “alguna declaración de voluntad” o alguna “manifestación del consentimiento exigido por la ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción” (= expresiones empleadas por el art. 26.1.2º.II LAI), puede recurrirse a los foros recogidos por el art. 15 LAI en materia de “*modificación o revisión*” de la adopción internacional.

38. Los argumentos que sostienen esta tesis son los siguientes: 1º) El foro previsto para la constitución de la adopción se circunscribe, exclusivamente, a la actividad judicial de auténtica “constitución” de la adopción internacional (= *vid.* art. 14 LAI, diseñado para ser aplicado, solamente, por los jueces españoles que “constituyen la adopción”, y éste no es el caso). En consecuencia, la actividad judicial consistente en recibir declaraciones de voluntad necesarias para “perfeccionar” o “completar” la constitución de la adopción internacional es distinta de la actividad judicial que se centra en la misma “constitución” de la adopción y que dispone de foros de competencia judicial internacional diferentes;

*ción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, pp. 17-39, 99-104 y 148-151; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 217-273.

<sup>41</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 8ª ed., Granada, Comares, 2007, pp. 181-218.

<sup>42</sup> La crítica puede seguirse en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 49.



2º) La distinción entre “constituir una adopción internacional” por una parte, y “completar” la correcta formación de una adopción internacional, por otra, resulta clave, ya que el juez competente para constituir la adopción ocupa una posición prevalente, mientras que la autoridad que permite “completar” la adopción internacional desarrolla un papel meramente ancilar al que corresponde al juez competente para constituir la adopción. La actividad de “completar” la adopción supone una “modificación” del estado legal anterior creado por una adopción constituida de modo “incompleto”. Por ello, la inclusión en el art. 15 LAI de la competencia de las autoridades para recibir declaraciones de voluntad que completen una adopción carente de las mismas, resulta obvia, con lo que las críticas vertidas contra esta presunta “ausencia” detectada en la LAI sobre esta cuestión, se desvanecen. El supuesto está claramente previsto por el legislador en el citado art. 15 LAI.

## **B) Consideración de los foros de competencia judicial internacional recogidos en los arts. 14 y 15 LAI como foros exorbitantes.**

**39.** Se ha indicado por algunos expertos legales que el art. 14 LAI contiene foros de competencia judicial internacional en materia de constitución de la adopción que resultan “exorbitantes” (art. 14 LAI). La misma observación se extiende a los foros de competencia judicial internacional recogidos en el art. 15 LAI (= competencia judicial en materia de modificación, nulidad y conversión de la adopción). Al tratarse, según estos autores, de “foros exorbitantes”, los arts. 14 y 15 LAI resultarían contrarios al art. 24 CE. Esta crítica es una de las más repetidas por ciertos autores<sup>43</sup>. Como se verá a continuación, el análisis sistemático de estas normas demuestra que no existen foros exorbitantes en la Ley 54/2007 y que estos expertos legales están confundidos. Para ello, se expondrán, en primer término, las bases metodológicas y operativas de ambos preceptos, que se concretan en las siguientes proposiciones.

**40. a)** Los foros de competencia judicial internacional para proceder a la constitución, modificación, revisión, declaración de nulidad o conversión de una adopción (arts. 14-15 LAI) no son “foros exclusivos” en favor de los tribunales españoles (= lo que indica que pueden surtir efectos jurídicos en España las resoluciones sobre estas cuestiones pronunciadas por autoridades extranjeras) (C. ESPLUGUES MOTA / J.L. IGLESIAS BUHIGUES<sup>44</sup>).

**41. b)** El foro de la sumisión no puede operar en relación con los expedientes de constitución de la adopción, ya que se trata de actos de jurisdicción voluntaria<sup>45</sup>. La Ley 54/2007 ha eliminado de raíz toda posibilidad de que la “sumisión de las partes” opere como foro de competencia judicial internacional en materia de constitución de la adopción. Se trata ésta de una opción correcta de política legislativa. En efecto, la constitución de la adopción es un acto de jurisdicción voluntaria y por ello, no existen, procesalmente hablando, dos “partes” con intereses opuestos que puedan acordar una sumisión a los tribunales españoles (C. ESPLUGUES MOTA<sup>46</sup>). Del mismo modo, la Ley 54/2007 ha eliminado también de raíz toda posibilidad de que el foro del “domicilio del demandado en España” opere en relación con la constitución de la adopción en España. Esta opción de política legislativa es también correcta, pues en los actos de jurisdicción voluntaria no existe ningún “demandado” (C. ESPLUGUES MOTA, J.M. ESPINAR

<sup>43</sup> Esta crítica puede encontrarse en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 49-51. De modo clónico, puede hallarse también en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Recensión a A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*”, Comares, Granada, 2008, *REDI*, 2008, pp. 349-351, esp. p. 350, así como en R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, *www.reei.org*, 2009 (versión *on line*), pp. 9-11.

<sup>44</sup> C. ESPLUGUES MOTA / J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, València, 2008, p. 354.

<sup>45</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, núm.18, 24 octubre 2008, tomo II, versión *on line* ([www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)).

<sup>46</sup> C. ESPLUGUES MOTA, “El ‘nuevo’ régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *RDIPP*, 1997, pp. 33-74, esp. p. 40.

VICENTE, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, A. MARÍN LÓPEZ<sup>47</sup>). Otros legisladores ya habían seguido esta mismo criterio radicalmente contrario a la operatividad de los foros de la sumisión de las partes y del domicilio del demandado (= *vid.* art. 66 Código belga de DIPr. 16 julio 2004)<sup>48</sup>.

42. c) La amplitud de los foros de competencia judicial internacional previsto por el legislador en materia de constitución, modificación, nulidad y conversión de la adopción se explica por un motivo clave. La intención del legislador ha sido abrir la jurisdicción española de modo generoso, por una razón muy clara. Porque entiende que, con ello, se potencia la válida constitución de la adopción y su ajuste pleno a la Ley, lo que siempre beneficia al menor, como había afirmado hace ya años el profesor J.D. GONZÁLEZ CAMPOS<sup>49</sup>. Unos foros de competencia judicial internacional más restrictivos podían haber incurrido en perjuicio para el “interés del menor”. Esta decisión del legislador debe ser valorada positivamente (M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, C. ESPLUGUES MOTA<sup>50</sup>).

43. d) La generosa apertura del acceso a los tribunales para la constitución de la adopción en los casos internacionales es una opción legislativa seguida también, por la razón antes aludida, en otros países (*vid.* art. 66.I de la Ley belga de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado<sup>51</sup> y art. 40 Ley DIPr. Italia 1995<sup>52</sup>), como ha explicado la doctrina<sup>53</sup>. Estos criterios alternativos y muy amplios de competencia judicial internacional eran ya acogidos, antes de la entrada en vigor de la Ley 54/2007, por el art. 23 LOPJ.

44. e) El legislador ha utilizado como foros de competencia judicial internacional en materia de adopción internacional, las “circunstancias subjetivas” de los individuos implicados en la adopción internacional (= nacionalidad y residencia habitual de tales sujetos), y no “circunstancias objetivas” de la relación jurídica. La explicación de este hecho radica en que, en las adopciones internacionales, las “personas” ocupan un lugar prevalente. Los criterios de atribución de competencia judicial internacional a los tribunales españoles se deben fundar, por ello, en circunstancias vinculadas a las personas (= nacionalidad y residencia habitual), que son las circunstancias relevantes que manifiestan la conexión de

<sup>47</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 362-363 y nota [32]; C. ESPLUGUES MOTA, “El ‘nuevo’ régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *RDIPP*, 1997, pp. 33-74, esp. p. 40; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Art. 9.5 CC”, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 88; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado I*, 1994, 8ª ed., pp. 208-209; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 225-227; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª edición, Ed.Comares, Granada, 2009, p. 214.

<sup>48</sup> Art. 66 Ley belga DIPr. 16 julio 2004: “*Par dérogation aux dispositions générales de la présente loi, les juridictions belges ne sont compétentes pour prononcer une adoption que si l’adoptant, l’un des adoptants ou l’adopté est belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l’introduction de la demande*”.

<sup>49</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Filiación y alimentos”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª edición, 1995, pp. 366-375, esp. p. 367: “*Por operar alternativamente la nacionalidad española junto a la residencia habitual del adoptante o adoptando, el volumen de competencia judicial internacional atribuido a los Jueces españoles es muy amplio. Lo que puede justificarse, sin duda, por el objetivo general de facilitar las adopciones, en interés de la infancia*”.

<sup>50</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 247; C. ESPLUGUES MOTA, “El ‘nuevo’ régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *RDIPP*, 1997, pp. 33-74, esp. p. 41.

<sup>51</sup> Art. 66 del Código belga de Derecho internacional privado (Ley de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado): “*Par dérogation aux dispositions générales de la présente loi, les juridictions belges ne sont compétentes pour prononcer une adoption que si l’adoptant, l’un des adoptants ou l’adopté est belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l’introduction de la demande*”.

<sup>52</sup> Art. 40 Ley italiana de DIPr. de 31 mayo 1995: “*Giurisdizione in materia di adozione. 1. I giudici italiani hanno giurisdizione in materia di adozione allorché: a) gli adottanti o uno di essi o l’adottando sono cittadini italiani ovvero stranieri residenti in Italia; b) l’adottando è un minore in stato di abbandono in Italia*”.

<sup>53</sup> R. BARATTA, “La giurisdizione italiana in materia di adozione di minori”, *RDI*, 1988, vol.LXXI, pp. 48-85.

la adopción internacional con un país u otro (= en materia de adopción internacional, operan los “foros cercanos a la persona”) (M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>54</sup>). La utilización de circunstancias próximas a la persona como foros de competencia judicial internacional en materia de adopción internacional permite identificar al tribunal competente con unos costes de transacción reducidos para los particulares (= lo que potencia la constitución de las adopciones internacionales).

45. f) Estos foros de competencia judicial internacional recogidos en los arts. 14 y 15 LAI, que operan con carácter alternativo, aparecen inspirados en el principio de “conexión mínima” (*Minimum Contact Test*). Por tanto, para afirmar la competencia de los tribunales españoles, es preciso realizar un “razonamiento en dos etapas”: (a) En primer lugar, debe concurrir alguno de los foros recogidos en los arts. 14-15 LAI (= “razonamiento en abstracto”). Estos foros están diseñados para los casos generales, los casos-tipo, los casos más normales, pues como escribía ULPIANO, *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* (= las normas no se elaboran para personas concretas, sino para todos). En los “casos normales” (= “casos ordinarios” en terminología aristotélica), la nacionalidad de adoptando y/o adoptantes, representará un vínculo real, existente, sólido y evidente para todos los implicados, por lo que resulta razonable que dicha vinculación otorgue competencia judicial internacional a los tribunales españoles en materia de adopción; (b) En segundo lugar, es necesario que, además, ninguno de esos foros opere, en el caso concreto, de modo “exorbitante” (= “razonamiento en concreto”). Es decir, es preciso que la competencia judicial internacional atribuida a los jueces españoles para la constitución, modificación, conversión o nulidad de la adopción por cualquiera de los foros recogidos en los arts. 14-15 LAI no se refiera a un supuesto específico que, realmente, no presenta una conexión mínima real (= y no meramente “formal”) con España. Sólo una “vinculación real” del caso concreto con España justifica la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Así lo indica la Exposición de Motivos de la LAI<sup>55</sup>. Debe ser un foro que, realmente, ponga de relieve una vinculación razonable del caso concreto con la esfera española. Por otro lado, una interpretación sistemática confirma que es ésta la auténtica intención del legislador. En efecto, el art. 26.1.1º LAI exige, para reconocer en España una adopción constituida en el extranjero, que la autoridad extranjera haya conocido del supuesto en virtud de un foro previsto en su Derecho internacional privado que refleje que la adopción presenta “*conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad haya constituido la adopción*”. Resultaría totalmente absurdo y contrario a la interpretación sistemática de la Ley 54/2007 (= interpretación que revela la auténtica intención del legislador), que se exigiera que la autoridad extranjera no constituya una adopción a través de un foro exorbitante, pero que se permitiera que la autoridad española constituyera una adopción aunque dicha adopción no presentara “*conexiones razonables*” con España (= adopción constituida sobre “foros exorbitantes españoles”).

46. g) En consecuencia, para evitar eventuales efectos negativos de la notable amplitud de los foros de competencia judicial internacional recogidos en los arts. 14-15 LAI, en favor de los tribunales españoles, estos foros deben ser entendidos como “criterios retráctiles” de competencia judicial internacional (= en principio, operan tal y como están descritos en los arts. 14-15 LAI, pero pueden “restringirse” o “retraerse” en casos específicos que no presentan una vinculación mínima y real con España). Es decir, los foros de competencia judicial internacional recogidos en tales preceptos pueden y deben ser reducidos teleológicamente a través de un prudente desarrollo judicial del precepto (M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, A.-L. CALVO CARAVACA<sup>56</sup>). Son foros que se justifican por la vinculación espacial del

<sup>54</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 229-232.

<sup>55</sup> Exposición de Motivos de la LAI (III): “*Inspirada en el principio de «conexión mínima», una autoridad española no debe proceder a la constitución, modificación o declaración de nulidad de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España. De ese modo, se evita la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor*”.

<sup>56</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 247; A.-L. CALVO CARAVACA, “Globalización y adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Ed.Colex, Madrid, 2003, pp. 23-72; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2004, pp. 181-218.

supuesto con España. Ahora bien, dicha vinculación puede fallar, en el caso concreto, y ello convertiría a este foro razonable y usual, en un foro “que opera de modo exorbitante”. El art. 24 CE obliga a “expulsar” del sistema legal español todo “foro realmente exorbitante” (K.H. NADELMANN<sup>57</sup>). Los “foros exorbitantes” no respetan el “principio de previsibilidad de los tribunales competentes” (P. HAY)<sup>58</sup>. Como ha recordado F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “*si el vínculo [que permite la competencia judicial internacional de nuestros tribunales] es manifiestamente irrazonable la norma es inconstitucional*”<sup>59</sup>. De este modo, ciertos autores han procedido, en otros ámbitos del DIPr., a reducir teleológicamente otros preceptos que contiene foros aparentemente exorbitantes para garantizar, con ello, que los tribunales españoles resulten competentes sólo en relación con supuestos que manifiestan una “vinculación clara” (= *Minimum Contact*) con España. Así, M. VIRGÓS y F.J. GARCIMARTÍN<sup>60</sup> han sugerido un “recorte” de la letra del art. 25 LOPJ para evitar que un tribunal español conozca de litigios laborales sólo por la mera y única razón de que “*el contrato se haya celebrado en territorio español*”, pues tal circunstancia, aisladamente considerada, no supone, en sí misma, una “vinculación real” (= *Minimum Contact*) del litigio con España. En sentido similar, los mismos autores antes citados han recortado igualmente el alcance del art. 25 LOPJ en el caso de que la única vinculación del litigio con España sea la mera existencia de una “*agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación del demandado en España*”<sup>61</sup>. Del mismo modo, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO realizan un desarrollo judicial del art. 26 del Reglamento 44/2001 que les permite superar la letra, muy clara, de dicho precepto. Según tales autores, el juez puede, aunque el citado art. 26 R.44/2001 no lo permite, “desvincularse” e “inaplicar” la norma del Reglamento 44/2001 que contiene un foro de competencia judicial internacional que le atribuye dicha competencia, en el caso de que las partes hayan sometido la controversia expresamente a los tribunales de otro Estado miembro<sup>62</sup>. Varias observaciones son pertinentes en este momento: (a) El legislador ha preferido fijar unos foros de competencia judicial internacional muy amplios y permitir que los tribunales puedan “restringir” el alcance de tales foros a través de un desarrollo judicial de los mismos. Esta opción de método es mejor y más sencilla que la contraria: establecer unos foros de competencia judicial internacional “recortados” y permitir que los tribunales los puedan “extender” a casos no previstos. Y la elección del legislador de la LAI es preferible porque la “argumentación explicativa” (= la motivación) que los jueces deben en todo caso proporcionar cuando llevan a cabo un desarrollo judicial del DIPr. es más sencilla cuando se trata de “restringir” el alcance de un foro de competencia judicial internacional, que cuando proceden a “crear” normas no escritas para aplicarlas a supuestos no contemplados. En efecto, la creación de normas directas de competencia judicial internacional por el juez supone una especie de “suplantación del legislador” que exige una “carga explicativa” mucho mayor que la restricción de una previsión legal a un grupo de supuestos más concretos que los previstos por la norma de competencia judicial internacional (= la regla interpretativa *Plus dixit quam voluit* es más fácil de argumentar que la regla *Minus dixit quam voluit*, pues esta segunda regla exige

<sup>57</sup> K.H. NADELMANN, “Jurisdictionally improper fora”, en *Conflict of Laws, International and Intestate*, The Hague, Martinus / Nijhoff, 1972, pp. 22-237.

<sup>58</sup> P. HAY, “Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law”, *RCADI*, 1991, vol.226, pp. 281-412, esp. p. 310: “*not requiring contacts in furtherance of such foreseeability, it therefore does not contribute to predictability*”.

<sup>59</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “¿Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional?”, *REDI*, 1995 (II), vol.XLVII, pp. 121-136, esp. p. 123.

<sup>60</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2007, p. 184: “*no obstante, para respetar la ‘ratio’ de la norma (i.e., proteger a los trabajadores, pero obviamente no a todos los trabajadores del mundo, sino a los que están en el mercado laboral español), y a los principios valorativos del sistema, es necesario realizar una interpretación contenida de algunos de dichos foros. En concreto, el lugar de celebración debe restringirse a los supuestos de contratación entre presentes o de que haya habido algún tipo de oferta previa en el mercado español, esto es, que el trabajador haya sido ‘captado’ en el mercado laboral español (...) Y el foro de la sucursal, delegación o agencia sólo es aplicable cuando haya sido dicha agencia la que haya contratado al trabajador (...) o dentro de cuyo marco organizativo se localiza la relación laboral*”.

<sup>61</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2007, p. 184.

<sup>62</sup> *Vid. ad ex.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, p. 83.

“crear una norma”, mientras que la primera no lo exige); (b) El legislador ha concedido una “autorización expresa” a los jueces para reducir el alcance de los foros de competencia judicial internacional del art. 15.1 LAI en casos concretos de adopción internacional que provocan infracción del principio de “vinculación mínima” del supuesto con España. Así lo indica, con transparente claridad, la Exposición de Motivos de la LAI (III): *Inspirada en el principio de «conexión mínima», una autoridad española no debe proceder a la constitución, modificación o declaración de nulidad de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España. De ese modo, se evita la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor*”.

47. h) Así pues, a pesar de que concurra uno de los foros previstos en el art. 15 LAI, los tribunales españoles quedan autorizados a activar una “cláusula de desvinculación” por vía de un desarrollo judicial, que les permitirá no proceder a la constitución, modificación, nulidad o conversión de una adopción internacional “*si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España*” (Exposición de Motivos LAI, [III], antes citada). Esta “cláusula de desvinculación” evita los efectos indeseables que producen los foros que operan de modo exorbitante y se justifica por estas razones<sup>63</sup>: (a) Evita la vulneración del derecho constitucional de tutela judicial efectiva de los interesados (art. 24 CE); (b) Reduce los costes de información judicial de los interesados, que no se verán “atraídos” hacia los tribunales españoles, cuya competencia judicial internacional nunca habrían podido prever, si el caso no presentara un contacto mínimo y real con España. Obligarles a acudir a los mismos provocaría un aumento de los costes de la litigación internacional y de los costes de determinación del tribunal competente; (c) Impide, con frecuencia, que los tribunales españoles dicten resoluciones claudicantes en materia de adopción (= resoluciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor). Las adopciones claudicantes vulneran, con carácter general, el interés del menor, pues suponen una quiebra del derecho a una identidad única del menor (= ya que será hijo de unas personas en un país X, pero hijo de otras personas distintas en otro país Z). En este sentido, los jueces españoles deben rechazar su propia competencia judicial internacional si, tras un examen detenido y prudente de la “recognoscibilidad” en el país extranjero de la resolución sobre la concreta adopción internacional, se observa que, efectivamente, dicha resolución no surtirá efectos legales en dicho país (= “técnica elástica de razonamiento”)<sup>64</sup>. Esta “cláusula de desvinculación” permitirá que el juez español no se declare internacionalmente competente, por ejemplo, en el caso de que la nacionalidad española del adoptante o del adoptando sea una “nacionalidad no efectiva” que el sujeto “ostenta” o “posee formalmente” pero que no “utiliza” en su vida real, y la nueva familia en la que el adoptando se integra ni tiene su residencia habitual en España ni muestra intención de tenerla en el futuro. Un ejemplo ayudará a percibir la interacción entre los foros de competencia judicial internacional previstos en el art. 14 LAI (= formulados para los “casos-tipo”, que son necesariamente, los casos “normales” y “generales”) y la creatividad judicial en forma de un desarrollo de los principios sustentadores de la Ley 54/2007 en la materia (= prevista para los casos más complejos, *Hard Cases*). Se insta ante juez español la constitución de la adopción de un menor eslovaco residente en Eslovaquia por parte de un varón español y de una mujer eslovaca residentes ambos en Eslovaquia, personas que no tienen ninguna intención de venir a residir en España. Además, el español ostenta también la nacionalidad eslovaca y no utiliza en su vida cotidiana, su nacionalidad española. Formalmente, concurre un foro de competencia judicial internacional: la “nacionalidad española” de uno de los adoptantes. Pero si se observa el caso con detenimiento, se aprecia que el vínculo del caso con España, formalmente existente, es sustancialmente inexistente (= no refleja una auténtica conexión del caso con España). Por ello, este foro podría funcionar como un foro exorbitante, lo que es contrario al art. 24 CE. En consecuencia, el juez español no debe considerarse internacionalmente competente para constituir esta adopción, adopción que corre el serio riesgo

<sup>63</sup> P.P. MIRALLES SANGRO, “Filiación por naturaleza/biológica y adopción”, en A.P. ABARCA JUNCO (DIR.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 3ª ed., Madrid, UNED, 2008, pp. 187-242, esp. p. 224; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 217-273, esp. pp. 225-227.

<sup>64</sup> E. JAYME, “Diritto di famiglia, societa multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1993, pp. 295-304; E. JAYME, “L’adozione internazionale. Tendenze e riforme”, *Rivista di Diritto Civile*, 1984, pp. 545-558.

de no ser reconocida en Eslovaquia. Es más lógico que la adopción se constituya en Eslovaquia con arreglo al DIPr. de ese país o que se constituya ante el Cónsul español acreditado en dicho país, si ello es posible. En el caso de que el juez español acredite que no es intención de la familia trasladarse a residir a España y que la adopción que podría constituir en España tiene muchas posibilidades de no surtir efectos legales en Eslovaquia, haría bien en declarar la falta de competencia judicial internacional de los jueces españoles para constituir esta adopción, y todo ello, mediante un desarrollo judicial del art. 14 LAI, expresamente autorizado por la Exposición de Motivos (III) de la Ley 54/2007. Esta interpretación evita que dicho precepto opere como un foro exorbitante e impide constituir una adopción internacional válida en España pero muy probablemente nula en Eslovaquia (= país de residencia habitual del menor y donde vive su familia adoptiva). Así, se elimina la posibilidad de una adopción en España que generaría unos costes jurisdiccionales (= “costes de transacción litigacionales”) muy elevados para todos los sujetos afectados.

**48. i)** El legislador ha concedido una “autorización expresa” a los jueces para reducir el alcance de los foros de competencia judicial internacional del art. 14.1 LAI en casos concretos de adopción internacional que provocan infracción del principio de “vinculación mínima” del supuesto con España. Dicha autorización en favor de un “desarrollo judicial” del art. 14.1 LAI se encuentra en dos previsiones legales: (1) El art. 14.1 LAI comienza con una afirmación que presenta un significado claro (= “[c]on carácter general, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la constitución de la adopción en los siguientes casos...” [cursiva añadida]). Pues bien, la expresión “con carácter general” significa no sólo que los foros de competencia judicial internacional se refieren efectivamente a la competencia “internacional” de los tribunales españoles (= algo que ya se deduce claramente de la rúbrica del art. 14.1 LAI)<sup>65</sup>. Significa además, y fundamentalmente, que la regla “general” experimenta “excepciones”, y que los tribunales españoles están autorizados, en casos particulares, a “rechazar su competencia judicial internacional” si observan que les viene atribuido, *ex art. 14.1 LAI*, el conocimiento de un concreto supuesto de constitución de la adopción internacional que no presenta vinculaciones “reales” con España y que, por ello, puede perjudicar a los sujetos implicados, puede conducir a hacer competentes a los tribunales españoles de modo “imprevisible” y con elevados costes de transacción jurisdiccionales para los sujetos afectados y que puede dar lugar a una “adopción internacional claudicante” (= válida en España, cuyos tribunales pueden constituir la, pero sin efectos legales en otros países extranjeros conectados estrechamente con el caso); (2) La Exposición de Motivos de la LAI contiene un mandato muy claro dirigido a los jueces y tribunales españoles. Éstos no deben proceder a la constitución de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España pese a concurrir, “formalmente”, un foro de competencia judicial internacional recogido en la Ley 54/2007<sup>66</sup>.

**49.** Las bases metodológicas y operativas de los arts. 14-15 LAI, expuestas en los números marginales anteriores, no dejan lugar a dudas: tales preceptos no contienen “foros exorbitantes”, pese a lo que sugieren las desacertadas críticas lanzadas por ciertos autores<sup>67</sup>. Varias consideraciones deben introducirse al respecto.

**50. a)** Algún autor ha indicado que los foros recogidos en los arts. 14 y 15 LAI son exorbitantes y que se hubiera evitado dicho carácter exorbitante si el legislador español que elaboró la LAI hubiera se-

<sup>65</sup> Vid. C. ESPLUGUES MOTA, “La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?”, *RDIPP*, 2008-2, pp. 363-380, esp. p. 371, que enfatiza la expresión “con carácter general”.

<sup>66</sup> Exposición de Motivos LAI (III): “*Inspirada en el principio de «conexión mínima», una autoridad española no debe proceder a la constitución, modificación o declaración de nulidad de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España. De ese modo, se evita la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor.*”

<sup>67</sup> Es el caso de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*. En idéntico sentido, R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), pp. 9-11. También, de modo clónico, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Recensión a A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*”, Comares, Granada, 2008, *REDI*, 2008, pp. 349-351.

guido el modelo del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, que gira en torno al criterio de la “residencia habitual del menor adoptado”. Esta afirmación es errónea: dicho Convenio no contiene normas de competencia internacional en materia de adopción, por lo que no pudo nunca servir de “modelo” al legislador español a la hora de establecer los foros de competencia judicial internacional en materia de adopción<sup>68</sup>.

**51. b)** Todos los autores que estiman que los foros recogidos en los arts. 14-15 LAI son “exorbitantes”, olvidan, silencian o quizás no conozcan que idénticos foros en materia de adopción son recogidos por el legislador belga y también por el legislador italiano (*vid.* art. 66.I de la Ley belga de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado<sup>69</sup> y art. 40 Ley DIPr. Italia 1995<sup>70</sup>). Este dato resulta particularmente grave, porque significaría que no sólo el legislador español es un legislador descuidado, temerario, y poco versado en DIPr., sino que también el legislador belga de 2006 y el legislador italiano de 1995 son legisladores cuyo conocimiento del DIPr. resulta escaso. En los muy documentados trabajos de los autores españoles que acusan a los arts. 14-15 LAI de contener foros exorbitantes de competencia judicial internacional, se pueden encontrar mordaces críticas contra el legislador español, precisamente por dicha razón, esto es, por haber dado acogida a foros exorbitantes. Pero en esos mismos trabajos, no se puede hallar ni el más mínimo vestigio de acusación contra el legislador belga o italiano, lo que resulta especialmente llamativo, visto que la regulación belga e italiana es idéntica a la española. Es decir, que la alternativa es clara: o el legislador español, el belga y el italiano son unos ignorantes y carecen de conocimientos sobre el DIPr. y por ello, han recogido foros exorbitantes de competencia judicial internacional en materia de adopción internacional, o bien los tres legisladores saben lo que hacen. Naturalmente, la segunda opción es la correcta. El legislador belga de 2006 y el legislador italiano de 1995 eran perfectamente conscientes de lo que hacían y de por qué lo hacían al perfilar el alcance de la competencia judicial internacional de sus tribunales en materia de adopción. Lo que ocurre, más bien, es que tanto el legislador español (2007) como el legislador italiano (1995) y belga (2006) siguen una opción metodológica bien asentada en argumentos solventes. Dicha opción consiste en “abrir la jurisdicción nacional” de manera muy generosa con el objetivo potenciar y facilitar la adopción en los casos internacionales, y en dejar a los tribunales, en su caso, la posibilidad de resolver los casos más complejos (*Hard Cases*) en los que el vínculo con la jurisdicción nacional sea meramente aparente o formal y no real.

**52. c)** Por otro lado, el hecho de que la expresión “*con carácter general*” con la que da inicio el art. 14.1 LAI aparezca en dicho precepto pero no en el art. 15 LAI no debe ser interpretado “*a contrario sensu*” (= *inclusio unius exclusio alterius*), de modo que permita restringir la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los supuestos de constitución de la adopción, pero no en los supuestos de “modificación, revisión, declaración de nulidad o conversión en adopción plena de una adopción simple”. Y ello por dos motivos. En primer lugar, porque esta diferencia en la letra del art. 14 y del art. 15 LAI obedece al hecho de que los supuestos de “constitución” de la adopción presentan una mayor “relevancia valorativa” respecto a los supuestos regulados en el art. 15 LAI. De ese modo, el legislador llama la atención del intérprete en relación con estos casos de mayor impacto valorativo o de mayor polaridad axiológica positiva, sin que ello signifique que en los supuestos contemplados en art. 15 LAI no se deba igualmente, en su caso, proceder a una reducción teleológica de la norma para evitar que los foros operen de manera exorbitante en un caso particular. El legislador subraya el caso axiológicamente más significativo (= art. 14 LAI: constitución de la adopción), pero no niega que ello sea posible en relación con otros casos (= art. 15 LAI: revisión, nulidad y conversión de la adopción). En segundo lugar, porque la referencia base para proceder a una reducción teleológica de los foros recoge-

<sup>68</sup> *Vid.*, en este sentido, erróneamente, P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 3-4 y 12.

<sup>69</sup> Art. 66 del Código belga de Derecho internacional privado (Ley de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado): “*Par dérogation aux dispositions générales de la présente loi, les juridictions belges ne sont compétentes pour prononcer une adoption que si l’adoptant, l’un des adoptants ou l’adopté est belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l’introduction de la demande*”.

<sup>70</sup> Art. 40 Ley italiana de DIPr. de 31 mayo 1995: “*Giurisdizione in materia di adozione. 1. I giudici italiani hanno giurisdizione in materia di adozione allorché: a) gli adottanti o uno di essi o l’adottando sono cittadini italiani ovvero stranieri residenti in Italia; b) l’adottando è un minore in stato di abbandono in Italia*”.

dos en los arts. 14 y 15 LAI se encuentra en la Exposición de Motivos (III) de la LAI, en la que se alude con meridiana claridad, a los casos de constitución, modificación, nulidad y conversión de la adopción, es decir, a todos los supuestos contemplados por el art. 14 y por el art. 15 LAI, sin excluir ninguno de ellos (= “una autoridad española no debe proceder a la constitución, modificación o declaración de nulidad de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España”).

53. d) Todos estos autores, en cuya errónea opinión los foros recogidos en los arts. 14-15 LAI son “exorbitantes”, ignoran o subestiman la expresa llamada de atención que realiza la Exposición de Motivos de la LAI al respecto. Eliminan de su discurso ese dato jurídico porque no encaja en sus teorías (= para ellos, los hechos deben encajar en sus teorías, y si no encajan, los datos “se eliminan”). Estos autores, al no conceder ninguna relevancia jurídica al texto de la Exposición de Motivos que se refiere a los foros de competencia judicial internacional en materia de adopción, suprimen todo “efecto útil” de dicho texto. Para ellos, tal texto no existe. Pero debe subrayarse que los hechos son tozudos y que el texto de la Exposición de Motivos que permite un desarrollo judicial de los arts. 14 y 15 LAI, existe, no es una invención, está ahí, en el texto oficial publicado en el BOE. A este respecto, conviene observar diversos aspectos.

1º) La Exposición de Motivos, dicen estos autores, no presenta “carácter normativo”. En esto llevan razón. En efecto, las Exposiciones de Motivos de las Leyes no contienen “disposiciones prescriptivas” (= en este sentido, no contienen normas que ordenan conductas, que imponen sanciones o que detallan consecuencias jurídicas). Las disposiciones legales con “contenido normativo” (= las “normas prescriptivas”) se contienen en el articulado de la Ley, no en los títulos de la Ley (= *Rubrica legis non est lex*), ni en las Exposiciones de Motivos de las mismas. Éstas sirven para comunicar a los obligados por la Ley y también a los encargados de aplicarla, dos realidades. En primer término, los motivos o razones que han llevado al legislador a adoptar la Ley en cuestión así como los preceptos articulados contenidos en la misma. En segundo término, para orientar, mediante la exposición de los principios inspiradores de la Ley, la correcta aplicación de los artículos de la Ley. Con otras palabras, puede afirmarse que los artículos de una Ley indican, mediante “mandatos normativos”, cuáles son las conductas que deben observar los destinatarios de dichos artículos, mientras que la Exposición de Motivos de la misma indica “cómo aplicar” tales mandatos normativos. Los artículos contienen el “qué” y la Exposición de Motivos recoge el “por qué” y el “cómo”. En consecuencia, los foros de competencia judicial internacional no se contienen en la Exposición de Motivos, sino en los arts. 14 y 15 LAI. Pero es en la Exposición de Motivos de la LAI dónde se ofrece a los jueces españoles un precioso material manual de funcionamiento de los foros de competencia judicial internacional recogidos en los arts. 14 y 15 LAI que se concreta en diversos puntos: (1) La explicación de cuáles son los principios que sustentan, en todo caso, la existencia de dichos foros (= el principio de “conexión mínima”). De ese modo, la aplicación de las normas prescriptivas no puede vulnerar los principios que las sustentan, pues el aplicador que así lo hiciera, vulneraría la misma *ratio* del precepto, que se encuentra, siempre en último extremo, en un principio básico o general. Principio que, además, se halla, en ese caso, expresamente recogido en la Exposición de Motivos de la LAI (apartado III). En consecuencia, en ningún caso los arts. 14 y 15 LAI pueden llevar al resultado de atribuir competencia judicial internacional a los tribunales españoles de modo exorbitante: lo prohíben tales preceptos convenientemente interpretados con arreglo a los criterios suministrados por la Exposición de Motivos de la LAI. Dicho texto lo dice de forma muy clara: no hay foros exorbitantes en la LAI y no cabe interpretar los foros de competencia judicial internacional de la LAI de manera que atribuyan competencias exorbitantes a los tribunales españoles; (2) Las reglas hermenéuticas básicas de la Ley y, en concreto, de los arts. 14 y 15 LAI (= interpretación sistemática de la Ley en sintonía con los principios que la inspiran, atención especial a la *ratio* de las normas, a su espíritu y finalidad); (3) Los instrumentos y herramientas heurísticas adecuadas para la correcta implementación de los arts. 14 y 15 LAI (= la llamada “cláusula de desvinculación” que debe crearse a través de un prudente desarrollo judicial creativo). Estos tres elementos constituyen el “círculo interpretativo y operativo” que debe guiar la aplicación de los arts. 14 y 15 LAI con la finalidad de alcanzar un óptimo funcionamiento del sistema de competencia judicial internacional en materia de adopción. En suma, la Exposición de Motivos de la LAI proporciona a los jueces las indicaciones básicas sobre “cómo deben aplicar” y “hasta qué límites” deben aplicar los foros de competencia judicial internacional contenidos en los arts. 14 y 15 LAI. El sentido último del texto de la Exposición de Motivos (= que se expresa “en términos genéricos” porque alude a los principios sustentadores de la LAI), radica en comunicar al aplicador de la LAI que los arts. 14



y 15 LAI constituyen “normas generales” y que las excepciones que pueden presentar tales preceptos no pueden enumerarse en una lista cerrada y específica, sino que deben fijarse y perfilarse a través de la labor concreta de los tribunales (= por vía jurisprudencial, caso por caso), ya que no es misión de la Ley elaborar un elenco interminable, y forzosamente incompleto, de la infinidad de las excepciones que en casos particulares pueden presentarse en la práctica.

2º) Debe recordarse, además, que aunque la Exposición de Motivos de una Ley no presenta carácter normativo, sí que forma parte de la Ley (= constituye “material jurídico con rango de Ley”, constituye una auténtica “norma jurídica”) y ha sido elaborada por el legislador y expresa el parecer del legislador. En consecuencia, cuando el legislador sitúa en el texto de la Exposición de Motivos, los criterios para la aplicación de las normas prescriptivas, los está colocando en el lugar correcto. El legislador no es ningún perdulario, ni ningún cobarde, ni ningún golfo cierrabares, sino que sigue criterios correctos de técnica normativa. Pero cuidado, visto que el legislador comunitario procede del mismo modo (= ya que ubica en los “Considerandos” de las normas comunitarias de DIPr., los “modos de aplicación” de las normas, así como las expresas autorizaciones para un desarrollo judicial de tales normas, como se verá seguidamente), debe advertirse con seriedad al legislador comunitario de que puede ser reprobado en cualquier momento por estos autores a los que dicho proceder tanto disgusta. De ese modo, el legislador comunitario podrá intentar, si es que todavía está a tiempo, ponerse a salvo de posibles y aceradas críticas.

3º) La doctrina española ha admitido que las Exposiciones de Motivos constituyen elementos preciosos que recogen los principios en los que se apoyan los mandatos prescriptivos de la Ley (= los preceptos articulados de la Ley), que marcan los límites aplicativos de los mismos y que brindan a los tribunales los recursos interpretativos, hermenéuticos y heurísticos para solventar las “carencias de la Ley” mediante un oportuno desarrollo judicial. En definitiva, las Exposiciones de Motivos, entre otras finalidades, enseñan al prudente jurídico “cómo aplicar la Ley”. Así, lo ha señalado M. VIRGÓS SORIANO, que advierte que el mismo legislador español declaran con frecuencia, su propia conciencia de la “falta de plenitud” y de la consiguiente “falta de Justicia” que puede plantear la reglamentación positiva de DIPr. En dicho sentido, la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974 de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil<sup>71</sup>, indica, en este sentido: “*no cabe albergar la certidumbre de haber logrado una regulación completa y siempre satisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas que con tanta riqueza y variedad de matices ofrece el mundo de nuestro tiempo, definible como un conjunto creciente de interacciones a escala internacional y mundial...*”<sup>72</sup>. Pues bien, como subraya M. VIRGÓS SORIANO, “*el propio legislador español hace una ‘invitación’ al desarrollo judicial del sistema cuando afirma en 1974 (...) que en relación a su reforma de las normas de DIPr. ‘no cabe albergar la certidumbre de haber logrado una regulación completa y siempre satisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas que con tanta riqueza y variedad de matices ofrece el mundo de nuestro tiempo’*”. Y en el mismo sentido se pronuncia F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>73</sup>. En consecuencia, parece claro que el legislador puede emplear, y de hecho emplea las Exposiciones de Motivos de las Leyes para “invitar” y para “permitir” un desarrollo judicial contenido y prudente de los preceptos legales cuando ello resulta preciso para proporcionar una respuesta legal justa y en sintonía con los principios inspiradores del sistema de DIPr. Ello conduce a afirmar que los autores que sostienen que la Exposición de Motivos de la LAI contiene las bases para un desarrollo judicial de los artículos de dicha norma legal no son los únicos en la Galaxia que mantienen que en las Exposiciones de Motivos de las Leyes se encuentra un espacio especialmente idóneo para habilitar a los operadores jurídicos para llevar a cabo un desarrollo judicial de los preceptos articulados de las Leyes.

4º) El reciente Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I)<sup>74</sup> proporciona

<sup>71</sup> BOE núm. 163 de 9 julio 1974.

<sup>72</sup> M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal (un análisis del art.4 de la Ley española de competencia desleal de 1991)*, Ed.Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 1993, p. 101; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción internacional*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 121, nota [22].

<sup>73</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción internacional*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 121, nota [22].

<sup>74</sup> DOUE L 177 de 4 julio 2008.

un ejemplo perfecto de funcionamiento de las Exposiciones de Motivos o “Considerandos” de una norma jurídica de DIPr. y del oportuno desarrollo judicial que debe realizarse a partir de tales materiales legales. El art. 3 de dicho Reglamento autoriza explícitamente a las partes la elección de la Ley reguladora del contrato, pero no prohíbe de modo expreso que las partes puedan elegir como “ley del contrato”, un conjunto de reglas o normas no estatales. Sin embargo, una tranquila lectura del Considerando 13 del mismo Reglamento permite descubrir que los contratantes no pueden elegir, como *Lex Contractus*, “normativas no estatales”<sup>75</sup>. Dicho Considerando 13 resulta clave para interpretar correctamente el art. 3 Reg. Roma I, ya que permite otorgar su justo alcance al término “ley” empleado por el precepto (art. 3.1 Reg. Roma I). El art. 3 Reg. Roma I contiene la “disposición prescriptiva”, mientras que el Considerando 13 Reg. Roma I recoge y marca el “círculo interpretativo y operativo” de dicho art. 3.1 Reg. Roma I (= el “manual de funcionamiento” de dicho precepto, sus “*Operating Instructions*”). El *modus operandi* que se observa en los arts. 3.1 Reg. Roma I y el Considerando 13 de dicho Reglamento es similar al que se aprecia en los arts. 14 y 15 LAI y la Exposición de Motivos de la LAI (apartado III). Nada de extraordinario, por lo tanto. En consecuencia, el lugar donde se sitúe la “norma habilitante” del desarrollo judicial de los arts. 14 y 15 LAI, es indiferente: ya se encuentre en “cuerpo de la Ley” (= dentro de sus mandatos prescriptivos en forma de “artículos”), o ya se encuentre en el “alma de la Ley” (= en la Exposición de Motivos). En todo caso, está “dentro de la Ley” (= y dentro de la Ley 54/2007). Dicha habilitación para un desarrollo judicial de los arts. 14 y 15 LAI, como se ha podido comprobar, existe, no es ningún invento. Los autores que afirman que no existe ninguna “plataforma habilitante” para un desarrollo judicial de los arts. 14 y 15 LAI, caen en la “falacia de la afirmación gratuita” o “ipsedixitismo”, ya que afirman que tal plataforma no existe “porque lo dicen ellos”, sin aportar ningún dato y sin explicar cuál sería, en tal caso, el efecto útil de la Exposición de Motivos (= qué significa dicho texto, que se puede consultar en el BOE). Y no han borrado el apartado III de dicha Exposición de Motivos porque eso no es físicamente posible (= la versión auténtica del BOE es muy resistente a las alteraciones).

5º) La utilización por los jueces y tribunales de las Exposiciones de Motivos de las normas jurídicas de DIPr. como guía conductora (= “círculo interpretativo y operativo”) en cuyo contexto se practica un desarrollo judicial de tales normas con la finalidad de alcanzar la correcta aplicación de las normas prescriptivas, es extraordinariamente frecuente. Basta contemplar la jurisprudencia del TJCE en relación con los Reglamentos comunitarios que abordan cuestiones de DIPr. Resulta muy difícil encontrar una sola sentencia del TJCE en la que no se aluda a los Considerandos del Reglamento en cuestión, para justificar un desarrollo interpretativo particular que ajusta la solución jurídica para llegar al resultado más adecuado. Es conveniente, por lo tanto, advertir al TJCE del peligro que corre, ya que es posible que estos autores críticos con la Ley 54/2007 reprueben también con mano de hierro las sentencias que dicta tan alto Tribunal desde Luxemburgo, por interpretar el sentido de las normas de DIPr. mediante la cita de los Considerandos de los Reglamentos comunitarios, carentes, como es sabido, de valor normativo.

6º) Los autores que acusan de modo inapropiado a los arts. 14 y 15 LAI de contener foros exorbitantes, ignoran que se ha producido un cambio importante en el escenario legal de la adopción internacional a la hora de concretar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en la materia. Aunque es cierto que toda norma de DIPr., al igual que toda norma jurídica, puede y debe ser, en su caso, convenientemente reducida teleológicamente, es evidente que la plataforma legal para llevar a cabo ese desarrollo judicial de los arts. 14 y 15 LAI ha sido incorporada de manera expresa por el legislador en la LAI (= *vid.* Exposición de Motivos). Este escenario legal es nuevo, ya que el art. 22.3 LOPJ (= norma que contenía los foros de competencia judicial internacional para la constitución de la adopción antes de la entrada en vigor de la LAI), no contaba con el apoyo hermenéutico de ninguna “Exposición de Motivos” que pudiera ser empleada como plataforma para un razonamiento judicial de desarrollo práctico de dichos foros en relación con casos particulares. Ahora sí existe, de modo que negar la evidencia es luchar en vano y convertirse en candidato para compartir, inevitablemente, el destino de Sísifo.

<sup>75</sup> U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, 2004, n.103, pp. 131; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Ed. Colex, Madrid, 2009, pp. 132-143.

### 3. Cuestiones relativas a la Ley aplicable a la adopción.

#### A) Distinción entre adopciones sujetas a la legislación española y adopciones sujetas a la legislación extranjera.

54. Un cierto grupo de autores ha criticado la distinción realizada por los arts. 18, 19 y 20 LAI (= adopción regida por la ley española), por un lado, y el arts. 21 LAI (= adopción regida por una Ley extranjera), por otra parte. Se ha indicado, por tales autores, que esta distinción no es correcta “desde un punto de vista estrictamente técnico”, por varios motivos.

55. En primer lugar, se dice que, realmente, es posible que existan adopciones regidas por más de una Ley y no exclusivamente por la Ley española, en contra de lo que dispone la Sección 1ª del Capítulo II LAI, cuya rúbrica es, precisamente, “*adopción regida por la ley española*”. E igual crítica puede dirigirse contra la rúbrica de la Sección 2ª del mismo Capítulo (= “*adopción regida por una Ley extranjera*”), pues puede ser que las adopciones reguladas en dicha sección queden sujetas a varias Leyes estatales<sup>76</sup>. Esta crítica es acertada. Pueden existir adopciones sujetas a varias Leyes estatales y la rúbrica de las dos secciones del Capítulo II LAI podría llamar a confusión. Sin embargo, el alcance de la crítica no debe exagerarse. Por dos motivos. En primer término, porque ambas rúbricas sólo indican que, en condiciones normales, la Ley aplicable a la adopción será, exclusiva o preponderantemente, la Ley española o una Ley extranjera. Tales rúbricas sólo presentan un carácter meramente indicativo con la finalidad de orientar el mapa normativo de los preceptos de la Ley 54/2007. Por ello se detienen en los supuestos ordinarios, en los supuestos más frecuentes. Y, en todo caso, debe recordarse el siempre acertado aforismo romano que indica que *Rubrica legis non est lex*. En segundo término, porque ambas rúbricas no indican que la adopción quedará regida “exclusivamente”, “únicamente” o “solamente”, por la Ley española o por la Ley extranjera. Por ello, aunque sus palabras pueden suscitar ciertas dudas en el intérprete, no resultan étnicamente inexactas.

56. En segundo lugar, se indica que los arts. 18-21 LAI no señalan la Ley aplicable a la capacidad para adoptar y se ofrecen distintas interpretaciones al respecto<sup>77</sup>. Este punto de partida constituye un error. El tenor de las normas citadas es muy claro. El legislador fija un ámbito de aplicación amplio de la Ley reguladora de la adopción. Así, la Ley española correspondiente a la residencia habitual presente o futura del adoptando en España, rige los “requisitos de la adopción”: capacidad para adoptar y para ser adoptado, consentimientos necesarios para llevar a cabo la adopción, audiencias que deben ser dadas a ciertas personas, asentimientos a prestar, necesidad de trámites administrativos previos y, en su caso, de propuesta previa de Entidad Pública (*vid.* AAP Madrid 27 julio 2006 [dictada en aplicación del antiguo art. 9.5 CC]). Idénticas consideraciones pueden realizarse si la Ley que rige la adopción es una Ley extranjera (art. 21 LAI). En consecuencia, no hay ninguna laguna legal en relación con la capacidad para adoptar o ser adoptado. Basta leer con atención el tenor literal de los arts. 18-21 LAI.

57. En tercer lugar, se ha indicado que las nuevas normas de conflicto no cambian el criterio antes existente con arreglo al art. 9.5 CC<sup>78</sup>. Esta afirmación no resulta exacta. Es suficiente comparar los arts. 18-21 LAI y el antiguo texto del art. 9.5 CC, para percatarse de que se trata de normas muy diferentes. El art. 9.5 CC en su versión antes vigente, hacía aplicable a la adopción internacional, en todo caso, la Ley española (*Lex Materialis Fori*). No eran relevantes ni la nacionalidad ni la residencia habitual de los potenciales padres adoptivos ni del adoptando. Por el contrario, puede afirmarse que, con carácter general, el criterio de conexión empleado por el art. 18-21 LAI es la “residencia habitual del adoptando”. Noche

<sup>76</sup> C. ESPLUGUES MOTA, “La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?”, *RDIPP*, 2008-2, pp. 363-380, esp. p. 372.

<sup>77</sup> R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), p. 11.

<sup>78</sup> R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), p. 11.

y día. Ejemplo: adopción, ante juez español, de menor chipriota con residencia habitual en Nicosia por parte de dos españoles residentes en Madrid. Con el texto antiguo del art. 9.5 CC, la Ley aplicable a esta adopción era la Ley sustantiva española, mientras que con arreglo al art. 21 LAI, la Ley aplicable a esta adopción es la Ley chipriota.

**58.** En cuarto lugar, se afirma con vehemencia que se aprecia una de “*una nota de subjetivismo en la determinación de la ley aplicable, al asumir como criterio relevante el traslado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España*”<sup>79</sup>. La raíz de la crítica se halla, por una parte, en la dicción del art. 18.1.b) LAI (= precepto que ordena aplicar la Ley material española a la constitución de la adopción “*cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España*”, y por otra parte, en la letra del art. 21.1.a) LAI, que indica que la constitución de la adopción se regirá “*por la ley del país al que ha sido o al que va a ser trasladado el adoptando con la finalidad de establecer su residencia habitual en dicho país*”. Estos autores critican que pueda aplicarse la Ley del país al que el adoptando ha sido o vaya a ser trasladado con la finalidad de establecer, en dicho país, su residencia habitual. Reprueban al precepto que determine la Ley aplicable con arreglo a la “*intención*” de establecer la residencia habitual en un país. Indican que tal modo de proceder introduce una fuerte “*dosis de subjetivismo*” y que por ello es deficiente desde el punto de vista técnico.

**59.** Para comprender correctamente el precepto en lo relativo a la residencia habitual “*futura*” del adoptando, resulta necesario interiorizar las bases metodológicas de los arts. 18.1.b) LAI y 21.1.a) LAI, que pueden ser sintetizadas, de forma muy sucinta, en los siguientes puntos.

**60. a)** La opción fundamental de política legislativa que sigue la LAI en materia de “*Ley aplicable a la adopción*”, consiste en la aplicación de la Ley del país en cuya sociedad está integrado o se va a integrar el menor. Y se trata de una opción de política legislativa plenamente acertada. Una idea, “*indudablemente excelente*”, como ha indicado J.M. ESPINAR VICENTE<sup>80</sup>. Varias razones lo explican.

1º) La aplicación de la Ley en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor resulta perfectamente “*previsible*” para todos los implicados en la adopción. En otras palabras, la aplicación de la Ley del país en cuya sociedad se integra el adoptado encaja perfectamente con el “*principio de proximidad*” (B. AUDIT)<sup>81</sup>. Ello significa que la aplicación de dicha Ley comportará “*costes reducidos*” para los particulares implicados en la adopción (= es una Ley que, presumiblemente, dichos sujetos conocen o que pueden conocer a un coste más reducido que cualquier otra Ley estatal que pudiera regir la adopción). Al reducir los costes derivados de la aplicación de una Ley estatal concreta a una adopción internacional (= costes conflictuales), se facilita y se potencia la adopción, lo que redundará en interés del menor. La Ley del Estado en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor corresponde, además, con la Ley del país en el que interesa, a los particulares, en mayor grado, que la adopción sea válida y surta efectos jurídicos.

2º) La aplicación de la Ley en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor asegura la observancia y respeto de la Ley del país cuya sociedad se ve más afectada por la adopción del menor. La sociedad española debe quedar regulada por la legislación española, la sociedad portuguesa debe quedar sujeta a las Leyes portuguesas, la sociedad francesa debe regirse por las Leyes francesas, y así sucesivamente. El legislador español debe asegurar la aplicación de sus Leyes a la “*sociedad española*”. Sólo de ese modo se preserva el “*efecto útil*” de su legislación y se protege el modelo social de cada Estado

<sup>79</sup> S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “*La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos*”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 51-53. En idéntico sentido clónico, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 424, así como P. PARADELLA AREÁN, “*Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional*”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008; p. 6. También, de modo idéntico, R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “*La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo*”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), pp. 14-15.

<sup>80</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, “*Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional*”, *Actualidad Civil*, núm.18, 24 octubre 2008, tomo II, versión *on line* ([www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)).

<sup>81</sup> B. AUDIT, “*Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” des conflits de lois)*”, *RCADI*, 1984, vol.186, 1984, pp. 219-398, esp. p. 275.

(= el modo en que cada Estado organiza “su sociedad”). Pues bien, la aplicación de la Ley en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor logra satisfacer el interés estatal en la salvaguarda de la “autoridad de sus Leyes”, del “efecto útil” de su legislación (H. BATIFFOL / P. LAGARDE, H. MUIR WATT)<sup>82</sup>. La adopción de menores que tienen o van a tener su centro social de vida en España debe quedar sujeta al Derecho español. Sólo de ese modo, las Leyes españolas que regulan la adopción pueden, efectivamente, desplegar su función ordenadora de la sociedad española (= proteger, del modo que el legislador español estima “justo”, a los menores que adoptando que residen, de modo habitual, en España). La aplicación de la Ley en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor garantiza el derecho de todo Estado a organizar “su sociedad” del modo que estima más conveniente y justo. Y también garantiza el derecho del legislador español a proteger a los menores adoptando que se encuentran integrados en la sociedad española de la manera que estima más conveniente (= modelo constitucional “español” de protección de la infancia). La organización de la sociedad española la decide el Derecho español y la organización de la sociedad nigeriana la decide el Derecho nigeriano. En consecuencia, las entradas en escena (= ya sea “aplicación” o ya sea “toma en consideración”) de “otras Leyes extranjeras” en la constitución de la adopción de un menor con residencia habitual en España, no se justifican por el hecho de que la adopción esté “localizada” también en dichos países. En efecto, la aplicación o toma en consideración de tales Leyes no presenta un “objetivo localizador”. Aplicar o tomar en consideración Leyes extranjeras es una decisión del legislador que se justifica por su interés en que la adopción surta efectos jurídicos y sea válida también en tales Estados extranjeros (= y no porque la sociedad de los otros Estados en los que el menor no tiene su residencia habitual se vea también “afectada”).

3º) La regulación de la Ley 54/2007 es, también en este punto, mucho más adecuada que la contenida en el viejo texto, afortunadamente ya derogado, del art. 9.5 CC. En efecto, este precepto era un ejemplo de legeforismo exacerbado. El viejo texto del art. 9.5 CC provocaba la aplicación de la Ley española a toda adopción que se constituía ante juez español (= era una especie de “imperialismo legal de la Ley española” en materia de adopción internacional)<sup>83</sup>. Ello comportaba consecuencias negativas: (a) En efecto, toda norma de conflicto legeforista aumenta los costes de información jurídica de las partes en los casos en los que el supuesto a regular presenta vínculos más estrechos con otro país distinto al país cuyas autoridades conocen del supuesto (= pues la norma de conflicto construida sobre la regla *Lex Fori* traiciona y/o se aparta con facilidad del llamado “principio de proximidad”); (b) Por otro lado, una norma de conflicto tan legeforista como el art. 9.5 CC en su redacción anterior, incrementaba las “adopciones claudicantes” (= una adopción internacional constituida, en todo caso, con arreglo a la Ley sustantiva española, tenía amplias posibilidades de no desplegar efectos en el país de origen o procedencia del menor); (c) Un legeforismo exacerbado en materia de adopción internacional conduce a un incremento espectacular de las prácticas de *Forum Shopping*, visto que los criterios de competencia judicial internacional en materia de adopción no son uniformes ni están unificados a nivel internacional (A.A. EHRENZWEIG / E. JAYME<sup>84</sup>); (d)

<sup>82</sup> H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, pp. 446-447; H. MUIR WATT, “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (aspects de Droit international privé)”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 11-22.

<sup>83</sup> El texto del art. 9.5 Cc. vigente hasta el 29 diciembre de 2007, indicaba, en lo relativo al “Derecho aplicable a la adopción”, lo siguiente: “La adopción constituida por Juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la Ley española. No obstante, deberá observarse la Ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios:

1.º Si tuviera su residencia habitual fuera de España.

2.º Aunque resida en España, si no adquiere, en virtud de la adopción la nacionalidad española.

A petición del adoptante o del Ministerio Fiscal, el Juez, en interés del adoptando, podrá exigir, además los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la Ley nacional o por la Ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando.

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

<sup>84</sup> A.A. EHRENZWEIG / E. JAYME, *Private International Law*, 1973, vol. II, p. 235.

Desde otra perspectiva, la solución *Lex Fori in Foro Proprio*, antes seguida por el art. 9.5 CC, no puede justificarse en el principio del *favor filii* ni tampoco en la “finalidad protectora” de la adopción (= pues eso supone partir del prejuicio de que la Ley sustantiva española es “la mejor del mundo” para proteger a los adoptados, lo que parece mucho suponer). Y tampoco puede justificarse en la “judicialización de la adopción” (= pues el hecho de que la adopción tenga que ser constituida por un juez español, no es argumento suficiente para resolver el conflicto de Leyes en favor de la Ley española, ya que dicha solución no tiene en cuenta ni la previsibilidad del Derecho aplicable ni su contenido material; también el divorcio se pronuncia, en España, por juez español y no necesariamente se debe fallar con arreglo a la Ley sustantiva española [*vid.* art. 107.2 CC]). La Ley 54/2007 cierra con doble llave el sepulcro del legefórisimo en materia de adopción internacional para que no vuelva a cabalgar.

4º) La adopción constituye un “todo jurídico”. Por ello es conveniente que sea “una” sola la Ley estatal que regule la constitución de la adopción (E. POISSON-DROCOURT<sup>85</sup>). Ésa es la regla general que inspira las normas de conflicto recogidas en los arts. 18-21 LAI. Los “espacios de aplicación” que tales preceptos conceden a otras Leyes estatales no tienen como objetivo “localizar” ciertos aspectos de la adopción en otros países y declarar, en consecuencia, la “aplicación” de tales Leyes. El objetivo de tales previsiones es, simplemente, potenciar la validez internacional de la adopción internacional constituida en España. Sólo cuando dicho objetivo quede acreditado, se aplicarán o se tomarán en consideración “otras Leyes estatales”.

**61. b)** Los arts. 18 a 22 LAI presentan dos objetivos claros. En primer lugar, hacer aplicable a la adopción la Ley del país en cuya sociedad se inserta el adoptando. En segundo lugar, potenciar la validez internacional de la adopción en los países conectados de modo más estrecho con el supuesto. Ahora bien, este segundo objetivo no debe alcanzarse mediante una “aplicación cumulativa”, sin más, de las Leyes de los Estados vinculados con la adopción. Esta “sobrecarga de regulación” supondría una enorme complicación en el proceso de constitución de la adopción, pues incrementaría los costes legales asociados a la misma. El interés del menor que pretendiera defenderse a través de esta aplicación cumulativa de Leyes, acabaría por perjudicar al menor, ya que la constitución de la adopción sería muy compleja e incluso, en ocasiones, imposible (= resultaría muy complicado “ajustar” una adopción a varias Leyes estatales al mismo tiempo: el principio de la protección del menor en materia de adopción internacional se volvería “autoatentatorio”). A este respecto, cabe incorporar varias precisiones: 1º) Cuando la Ley 54/2007 da entrada a Leyes de otros países distintas a la Ley que rige la adopción, evita con exquisito cuidado que se produzca una aplicación “cumulativa de Leyes”, de modo que provoca una “aplicación distributiva de Leyes” (= art. 19.1 LAI, relativo a la Ley reguladora de la capacidad del adoptando y consentimientos necesarios); 2º) En los casos en los que, junto a la Ley que rige la adopción, deben, además, tomarse en consideración otras Leyes estatales, no se produce ninguna “aplicación cumulativa de Leyes estatales”. Explicación: en dichos casos, las Leyes estatales que no rigen la entera adopción no se “aplican”, sino que “se toman en consideración”. Y eso es algo muy diferente, por lo que no hay “cúmulo legal” alguno. Además, en estos casos, la toma en consideración de las Leyes referidas no es “obligatoria”, sino meramente “facultativa” para el juez español (= *vid.* art. 20 LAI, relativo a la Ley reguladora de los consentimientos, audiencias y autorizaciones cuando al adopción se rige por la Ley española; arts. 21.2 y 3 LAI, relativos a la Ley reguladora de la capacidad del adoptando y de los consentimientos necesarios, así como de las audiencias o autorizaciones, cuando la adopción se rige por una Ley extranjera). La regulación de la Ley 54/2007 en este punto es también mucho más adecuada que la contenida en el antiguo art. 9.5 CC (= precepto que, en ciertos supuestos obligaba a una “aplicación cumulativa de Leyes”, lo que desembocaba en una sobre-reglamentación legal que complicaba, ralentizaba y encarecía los “costes legales” de la adopción internacional de un modo innecesario)<sup>86</sup>.

**62. c)** En cuanto al “modo de formulación” de las normas de conflicto que se ocupan de señalar la Ley aplicable a la adopción, cabe introducir dos precisiones.

<sup>85</sup> E. POISSON-DROCOURT, “L’adoption internationale”, *RCDIP*, 1987, vol.76, pp. 673-710, esp. p. 692.

<sup>86</sup> En este sentido, R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), p. 12.

1º) A primera vista, podría parecer que hubiera sido más sencillo que la norma de conflicto recogida en la Ley 54/2007 indicara que “*la adopción internacional se regirá por la Ley de la residencia habitual del adoptando*”. Pero es una impresión engañosa, una solución simplista y no justa. Explicación: optar, sin más, en favor de la Ley de la “residencia habitual del adoptando”, como ya se ha señalado, hubiera sido un grave error, porque, con extrema frecuencia, la residencia habitual del adoptando cambia de país a país debido al mismo hecho de la adopción internacional (= antes o después de la adopción internacional suele producirse un “desplazamiento internacional del menor”). La LAI indica que debe aplicarse la Ley de la residencia habitual actual o futura del adoptando (= es una “conexión anticipada” de la residencia habitual del adoptando) (A.E. v. OVERBECK)<sup>87</sup>. La Ley 54/2007 indica que la constitución de la adopción internacional debe regirse por la Ley del país de la residencia habitual del adoptando, pero en la modalidad de “punto de conexión fluctuante” (= combinación entre residencia habitual “actual” y residencia habitual “futura” del adoptando, según los casos). Debe subrayarse que la “residencia habitual” puede perfectamente precisarse en el presente (= residencia habitual “actual”), a través de “elementos retrospectivos” relativos al adoptando, pero también puede concretarse en el futuro (= residencia habitual “futura”), mediante el empleo de “elementos prospectivos” (M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>88</sup>).

2º) La complejidad de las normas de conflicto que determinan la Ley aplicable a la adopción internacional en la LAI no es mayor que la que ya existía en el texto derogado art. 9.5 CC. En la mayoría de los supuestos, la Ley aplicable a la constitución de la adopción será la Ley material española y no será preciso aplicar o incluso, “tomar en consideración” otras Leyes extranjeras.

63. d) La determinación de la Ley aplicable a la constitución de la adopción en la LAI sigue el clásico sistema del “conflicto de Leyes”. Es decir, entre los países conectados con el supuesto, la norma de conflicto de Leyes de la LAI detecta cuál es el país más vinculado con el supuesto y ordena la aplicación, a la constitución de la adopción, de la Ley sustantiva de dicho país. Ahora bien, el método clásico de los “conflictos de Leyes” comporta el efecto conocido como la “guillotina conflictual”, del que hablara el gran jurista J. JITTA hace ya más de cien años: se aplica la Ley de un Estado, lo que comporta que las Leyes de otros Estados también vinculados con la adopción y en los que puede interesar también que la adopción internacional surta efectos jurídicos, quedan “guillotinas”, descartadas (= tales Leyes no se aplican, pues el conflicto de Leyes tiene una “Ley ganadora”, pero también tiene “Leyes perdedoras”)<sup>89</sup>. Este efecto no es conveniente, porque al constituirse la adopción con arreglo a una sola Ley estatal, dicha adopción corre el riesgo de ser considerada como “no válida” por otros Estados vinculados con el supuesto. Para evitar este efecto negativo (= la “guillotina conflictual”, que puede hacer de la adopción internacional, una “adopción claudicante”), la Ley 54/2007 permite “aplicar” o “tomar en consideración” otras Leyes extranjeras. Dichas Leyes “no rigen” la adopción (= puesto que la adopción internacional repercute y afecta a “otra sociedad”, que es la sociedad del país donde el adoptando ha establecido o va a establecer su residencia habitual), pero su aplicación y/o toma en consideración se acepta por el legislador español si con ello la adopción constituida en España aumenta sus posibilidades de ser considerada como “válida” en esos otros países. Los arts. 19 y 20 LAI siguen, en este punto, la línea inspiradora que vertebra el art. 77.1 y 2 Ley Suiza de DIPr. de 18 diciembre 1987<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> A.E. v. OVERBECK, “L’interêt de l’enfant et l’évolution de droit international privé de la filiation”, *Liber amicorum A.F.Schnitzer*, Ginebra, 1979, pp. 361-380, esp. p. 367, donde expone la tesis de la “conexión anticipada” en materias relativas al DIPr. de los menores. La operatividad de la “conexión anticipada” se halla muy bien expuesta, también, en M. HERRANZ BALLESTEROS, “La búsqueda de la armonía internacional de soluciones: ¿un objetivo a cualquier precio en materia de adopción internacional?”, en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 487-510, esp. p. 508, y en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Adopción internacional y sociedad multicultural”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 175-211.

<sup>88</sup> M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 244-245.

<sup>89</sup> J. JITTA, *Método de Derecho internacional privado* (traducción de J. FERNÁNDEZ PRIDA), Madrid, La España Moderna, [no consta la fecha del original], versión facsímil publicada Analecta Editorial, Pamplona, 2005, pp. 118-126.

<sup>90</sup> Art. 77.1 y 2 Ley Suiza de DIPr. de 18 diciembre 1987: “1. I presupposti dell’adozione in Svizzera sono regolati dal diritto svizzero. 2. Ove risulti che un’adozione non sarebbe riconosciuta nello Stato di domicilio o

**64.** Una vez expuestas las bases metodológicas de los arts. 18 y 21 LAI, puede también rebatirse, con facilidad, la inapropiada acusación que se ha formulado contra estos preceptos, a los que se ha tilado de ser deficientes “desde un punto de vista estrictamente técnico” porque, en esencia, introducen “una nota de subjetivismo en la determinación de la ley aplicable, al asumir como criterio relevante el traslado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España”<sup>91</sup>. Es decir, que se critica que la determinación de la Ley aplicable a la constitución de la adopción se realice con arreglo a la “intención” de establecer la residencia habitual en un país, puesto que ello, se dice, comporta “complejidad” y “riesgo para la seguridad jurídica” (S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ)<sup>92</sup>. Frente a ello, una correcta intelección del precepto exige diferenciar distintos aspectos.

**65.** Primero. El inciso b) del art. 18.1 LAI indica que la adopción se constituirá con arreglo a la Ley material española “cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España”. El art. 21.1.a) LAI ordena aplicar la “Ley del país al que ha sido o al que va a ser trasladado el adoptando con la finalidad de establecer su residencia habitual en dicho país” siempre que “el adoptando no tenga su residencia habitual en España, y además no haya sido o no vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España”. Los arts. 18.1.b) y 21.1.a) LAI optan por una “conexión anticipada”. Es una conexión que todavía no existe pero que va a verificarse en el futuro: la residencia habitual futura del adoptando en un concreto país. Para que pueda aplicarse la Ley del país de la futura residencia habitual del adoptando, es preciso acreditar varios extremos (= de modo que el juez competente quede plenamente convencido de ello).

1º) Que el adoptando ha sido o va a ser trasladado a España (= elemento físico: un traslado ya realizado o un traslado que se va a producir). La residencia habitual del adoptando puede definirse como el lugar donde éste tiene su “centro social de vida”. La residencia habitual no se acredita mediante su inscripción en ningún Registro Oficial. La residencia habitual es un concepto fáctico. La residencia habitual del adoptando en un concreto país exige verificar varios aspectos: (a) La presencia física del adoptando en España (*domus colere*); (b) La intención de permanecer en tal lugar por parte del adoptando (*animus manendi*). La “residencia habitual” indica el “arraigo real entre una persona y un concreto medio socio-jurídico” (J.M. ESPINAR VICENTE)<sup>93</sup>. La idea básica que vertebra el concepto de “residencia habitual” es la “integración” de la persona en un medio social y jurídico determinado, lo que se demuestra por datos fácticos concretos y no mediante datos meramente formales o jurídicos. Son elementos irrelevantes para acreditar la residencia habitual del adoptando en un determinado país: (1) La posesión o falta de posesión por el adoptando de “autorización de residencia” en España u otro país con arreglo a la normativa legal de Extranjería; (2) El lugar donde radique el domicilio fiscal o administrativo del adoptando. Los datos del padrón municipal de habitantes no hacen “prueba plena” de la residencia del sujeto en un concreto país a efectos civiles: lo que consta en el padrón puede no ser exacto ni verdadero; (3) La vecindad civil del adoptando en el caso de que éste sea español.

2º) Que dicho traslado se realiza con la finalidad de establecer la residencia habitual del adoptando en territorio español (= elemento intencional: que dicho traslado se realice con la voluntad de fijar en un país, el centro social de vida del adoptando).

**66.** Segundo. El traslado del sujeto a otro país y la intención de establecer su residencia habitual en dicho país constituyen dos extremos que deben ser valorados y acreditados por el juez español competente para la constitución de la adopción internacional. El juez debe quedar convencido, con un grado

---

*di origine dell'adottante o dei coniugi adottanti, con conseguente grave pregiudizio per il figlio, l'autorità tiene conto anche dei presupposti giusta il diritto di detto Stato. Se anche in tal caso il riconoscimento non sembri assicurato, l'adozione non può essere pronunciata”.*

<sup>91</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*; ID., “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 52.

<sup>92</sup> Como por ejemplo, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*.

<sup>93</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, “Nacionalidad”, *EJB*, 1995, pp. 4379-4385; ID., “Residencia habitual (Derecho internacional privado)”, *EJB*, 1995, pp. 5876-5880.



de certeza muy elevado, de que es España el lugar donde se establecerá, en el inmediato futuro, la residencia habitual del adoptando (= debe alcanzar la plena “seguridad moral” de ambos elementos). En caso contrario (= esto es, si el juez alberga dudas razonables sobre uno o los dos extremos anteriores), operará la “regla general”: aplicación de la Ley del país de residencia habitual “actual” y “real” del adoptando.

**67.** Tercero. Los arts. 18 y 21 LAI, sin embargo, no precisan “cómo proceder” a la acreditación de ambos extremos para que el juez quede plenamente convencido de los mismos. Este silencio de la Ley 54/2007 en torno al procedimiento de acreditación de ambos elementos constituye un “silencio elocuente” (= nada impone la Ley porque son los jueces los que deben integrar el silencio legal mediante la elaboración de pautas de solución diseñadas para los casos concretos). La acreditación de la existencia de esta conexión anticipada (= la futura residencia habitual del adoptando en un concreto país), exige una “prospección de futuro” por parte del juez (= valoración de las posibilidades de que la residencia habitual del adoptando, efectivamente, vaya a concretarse en un determinado país). Varios datos son importantes al respecto: (1) Esa prospección de futuro debe hacerse por el juez en relación con el caso concreto, mediante una valoración de las circunstancias de hecho y de Derecho que se derivan de cada supuesto específico de adopción internacional. Como antes se ha dicho, el silencio de la Ley 54/2007 al respecto es un “silencio elocuente”, es un “silencio que habla”. Ello es así porque las Leyes se hacen para los “casos generales” y no descienden a detalles cuando no pueden hacerlo y/o cuando hacerlo sería intentar lo imposible; (2) A la hora de acreditar que el traslado internacional del menor a un país concreto, ya producido o que va a producirse, tiene como objetivo o como final “establecer su residencia habitual en España”, (art. 18.1.b) LAI o establecer su residencia habitual en otro país (art. 21.1.a) LAI), ambos preceptos otorgan una completa y total libertad al juez para que valore todo tipo de elementos, circunstancias y datos que le resulten útiles para acreditar dicho extremo. En efecto, con tal objetivo, el juez utilizará todos los elementos de hecho y de Derecho que estime relevantes, y en especial, los vínculos presentes o actuales del adoptando con España y con otros países, que denoten una vinculación futura todavía más estrecha del mismo con un concreto país (= escolarización, empadronamiento, vínculos afectivos del adoptando, lugar de estancia, presencia y/o residencia *de facto*, personas con las que habita el adoptando, opinión personal del adoptado en el caso de que tenga suficiente juicio para ser tenida en cuenta, etc.); (3) El juez español debe acreditar, con el más alto grado de probabilidad posible, que la residencia habitual del adoptando va a establecerse en un determinado país. A la hora de valorar dicho extremo, el juez debe ponderar todos los datos que puedan coadyuvar a acreditar dicha residencia habitual futura en España o en otro país (= la lista de datos es abierta). Entre tales datos, deberá valorar la “intención” de los sujetos implicados de establecer la residencia habitual del adoptando en España. Ahora bien, la mera y sola “intención” de tales sujetos, en especial de los potenciales padres adoptivos, no prueba nada ni acredita nada en relación con la residencia habitual futura del adoptando en España. Las declaraciones de voluntad de tales sujetos en dicho sentido, son, por sí solas, jurídicamente irrelevantes. En efecto, no debe aplicarse “la Ley del país al que los adoptantes afirman que van a trasladar al menor adoptando”<sup>94</sup>. Semejante afirmación constituye un desatino. La “intención” de los particulares implicados es, solamente, un dato más que el juez tendrá presente en un proceso de valoración y ponderación moderada de todos datos objetivos y subjetivos del supuesto, para inferir la existencia o inexistencia de una intención real de establecer la residencia habitual del adoptando en España o en otro país. Tras las anteriores consideraciones, puede afirmarse que la aplicación de la Ley de la residencia futura del adoptando no dependerá, exclusivamente, de la simple declaración de unos sujetos al respecto. Afirmar que la aplicación de una Ley estatal u otra depende de las “*declaraciones de voluntad de los interesados sobre su intención*” significa no haber entendido ab-

<sup>94</sup> En tal sentido, erróneamente, *vid.* R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), p. 14: “*En estos supuestos bastará con afirmar una voluntad de traslado futuro del niño a un Estado que permita tal adopción para conseguir el resultado querido*”. Claro que afirmaciones como la anterior no deben sorprender a los que se acerquen a esta valiosa contribución doctrinal, pues en su primera página los autores indican que “*en el presente trabajo se realiza un examen exhaustivo de las normas de DIPr. contenidas en la Ley 54/2007*”, para afirmar, quince líneas más abajo, que “*el objeto de este trabajo es realizar un somero análisis de las normas de DIPr. de la LAI*”. A menos que “*exhaustivo*” y “*somero*” tengan el mismo significado en la lengua de Cervantes, que va a ser que no, entonces no se comprende qué querían decir estos autores.

solamente nada del proceso de “ponderación abierta de información”. El juez debe llevar a cabo una valoración de la información pertinente para acreditar, sin sombra de duda, que el adoptando ha sido o va a “ser trasladado a España” o otro país con la finalidad de establecer allí su residencia habitual”<sup>95</sup>.

**68.** Cuarto. Las normas de la Ley 54/2007 que determinan la Ley aplicable a la constitución de la adopción por las autoridades españolas introducen un amplio margen de apreciación judicial. Las soluciones recogidas en los arts. 18 y 21 LAI implican al juez (= “*coinvolgimento creativo del giudice*”) en la creación de un DIPr. de calidad orientado a la Justicia del caso concreto. Sin embargo, tal proceder no pone en peligro el respeto a las soluciones legalmente recogidas ni la seguridad jurídica. La Ley crea soluciones generales (= para “supuestos-tipo”), y los jueces perfilan reglas específicas (= para los casos concretos, normalmente, para los supuestos más complicados, los *Hard Cases*). Pero que no cunda el pánico: la seguridad jurídica está a salvo. En esta línea, los jueces españoles deben poder valorar los datos del caso concreto para modular la respuesta de la norma de conflicto en supuestos específicos. Los jueces deben disponer de la facultad de introducir ciertas variantes en la determinación de la Ley aplicable a la adopción. Ahora bien, no debe olvidarse que los jueces españoles deben siempre “motivar” sus decisiones relativas a la determinación de la Ley aplicable a la adopción internacional. Dicha motivación debe, en todo caso, tener presentes dos variables, ambas recogidas en la Exposición de Motivos de la Ley 54/2007: 1º) El “interés superior del menor”, frente al que deben ceder cualesquiera otros intereses; 2º) La potenciación de la validez internacional de la adopción constituida en España en los países vinculados con el supuesto concreto. En tal sentido, la Ley 54/2007 deja que sean los tribunales españoles los que determinen: (1) El país de la residencia habitual “futura” del adoptando (art. 18.1.b y 21.1.a LAI), lo que puede presentar una incidencia de primer orden en la precisión de la Ley reguladora de la adopción; (2) La posibilidad de aplicar o “tomar en consideración” otras Leyes estatales distintas de la Ley estatal que rige la adopción (arts. 19.2, 20, 21.2 y 21.3 LAI); (3) La valoración del “impacto internacional” de la adopción constituida en España, de modo que el juez español debe evaluar las posibilidades de que la adopción que constituye en España surta efectos legales en otros países vinculados con el supuesto del que se trate y en la medida en que ello pueda redundar en interés del menor (art. 19.2, 20.a), 21.2 y 3 LAI); (4) La conveniencia de aceptar o negar un posible “reenvío de retorno” que las normas de conflicto extranjeras puedan hacer en favor de la Ley española (art. 21 LAI).

**69.** Con arreglo a lo expuesto, puede afirmarse que no hay ningún “subjetivismo” en la determinación del país de la residencia habitual futura del adoptando. Lo que realmente recogen los arts. 18 y 21 LAI es un “proceso de ponderación de elementos” a través del cual el juez competente para la constitución de la adopción determina, en su caso, cuál es el país de la residencia habitual futura del adoptando, de modo razonado y motivado (= en ningún caso, mediante una elección judicial *ad libitum* o mediante una selección “subjetiva” o voluntarista de la Ley aplicable).

**70.** Por otra parte, no está de más recordar que numerosas normas de DIPr. determinan la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales a través de “procesos flexibles de ponderación de elementos”. En tales procesos, el tribunal debe alcanzar la certeza moral que le permitan individualizar el país más estrechamente vinculado con una determinada situación privada internacional. No se trata de aplicar una fórmula matemática que permita determinar, con algebraica precisión, el país cuya Ley debe regir un supuesto internacional. Casos complicados exigen soluciones sofisticadas, no enfoques simplistas. Tal modo de precisión de la Ley aplicable no implica ningún “subjetivismo”. Implica aceptar que la determinación de la “sede de la relación jurídica” debe hacerse con atención a las circunstancias del caso concreto y mediante un proceso razonado en el que no sólo “se cuentan”, sino en el que también “se pesan” los contactos del caso con distintos países. En relación con los arts. 18 y 21 LAI la voluntad

<sup>95</sup> Es el caso de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*, así como de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 424, y es también el caso de R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), p. 14.

del legislador es lograr la aplicación de la Ley del país en cuya sociedad se integrará el adoptando (= Ley del país más vinculado con la situación concreta). Todos los sistemas actuales de DIPr. evolucionan en la dirección marcada por esquemas abiertos para la precisión de la Ley aplicable y abandonan, lenta pero inexorablemente, los puntos de conexión rígidos que pueden conducir a resultados inadecuados (= incremento de costes conflictuales, resoluciones claudicantes, etc.). Esta tendencia metodológica no tiene nada que ver con ningún “subjetivismo”. Llamar “subjetivismo” al espacio de libertad concedido al juez para la precisión de la Ley aplicable, espacio que cuenta con poderosos límites bien marcados, constituye una lamentable confusión de conceptos. Por otro lado, tras esta crítica lo que se esconde es un temor a los conceptos jurídicos indeterminados y a los conceptos flexibles como elementos o parámetros para fijar la Ley aplicable. Este temor comporta graves consecuencias, porque revela temor a operar y a convivir con la complejidad legal y social propias del DIPr. Debe, además, advertirse que es posible que más pronto que tarde, los autores que lanzan su clónicas críticas contra la Ley 54/2007 coloquen, en el ojo de sus críticas, innumerables preceptos del Código Civil, ya que en ellos se encuentran conceptos como “buena fe” (= *vid. ad ex. arts. 7.1, 18, 53, 61 CC, etc.*) o “arbitrio judicial” (= *vid. ad ex. art. 181, 184, 899 CC*), “diligencia de un buen padre de familia” (= *vid. ad ex. arts. 270 497, 1094 1104, 1719 CC*), “buenas costumbres” = *vid. ad ex. arts. 792, 1116, 1271 CC, etc.*), o el mismísimo “orden público internacional” (art. 12.3 CC e incontables Convenios internacionales en vigor para España). En efecto, visto que todos estos conceptos comportan una fuerte carga de “subjetivismo” (= según el incorrecto calificativo dado por estos autores a los conceptos jurídicos indeterminados o flexibles), resultará que “atentan contra la seguridad jurídica” (?). La gravedad de esta situación aconseja, naturalmente, y siguiendo el hilo argumental de estos autores, la eliminación de todos estos preceptos y su sustitución por conceptos perfectamente definidos y delimitados. De esta manera, en el caso del DIPr., podrá determinarse la Ley aplicable mediante un sistema de puntos de conexión rígidos, estáticos, fijos, inmutables, imperecederos y eternos. Un DIPr. “a la búlgara”. Sin fallos. Puede que sea injusto, pero, gracias a la eliminación de toda posible interpretación de las normas jurídicas, el sistema no tendrá fallos (?).

## **B) Distinción entre “aplicar” y “tomar en consideración” una Ley extranjera y para la aplicación distributiva de distintas Leyes a la constitución de una adopción.**

**71.** Según ciertos autores, los jueces serán incapaces de aplicar determinados preceptos de la Ley 54/2007, debido a la complejidad de los mismos.

**72.** En primer término, se dice que los jueces no sabrán apreciar la sutil diferencia entre “aplicar” una Ley extranjera y “tomar en consideración” o “tener en cuenta” una Ley extranjera (= diferencia que recoge el art. 20 LAI)<sup>96</sup>. Frente a ello, y para rebatir esta crítica, debe insistirse en que la diferencia terminológica no es un mero “juego de palabras”, sino que parece haber sido conscientemente buscada por el legislador (= *vid. Exposición de Motivos LAI*, que explica las razones de ello, y cuya lectura es aconsejable). Las palabras que las Leyes emplean son importantes (= reflejan la “ideología del enfoque”). Cuando se emplean palabras distintas, normalmente se quieren comunicar mensajes diferentes. Debe subrayarse que el mismo TS sí ha sabido captar esta diferencia entre “aplicar” una Ley y “tener en cuenta” una Ley extranjera en sus famosas sentencias relativas al reenvío en materia sucesoria (STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999, STS 22 septiembre 2003), que tanto disgustan a los detractores del reenvío. En diversas ocasiones, el TS supo interpretar la expresión “tener en cuenta” que consta en el art. 12.2 CC como expresión sinónima de “tomar en consideración” y evaluar la conveniencia de la aplicación de una Ley extranjera reclamada por la norma de conflicto española. Esta desconfianza que los autores responsables de estas críticas contra la Ley 54/2007 muestran contra los jueces, revela una oscura preferencia por el positivismo legalista más retrógrado que concede a los jueces un “protagonismo cero” en la aplicación del DIPr. Se trata de un enfoque contrario a la realidad de la práctica de los tribunales (= el positivismo legalista es un mito: no existe). Un enfoque reaccionario, afortunadamente

<sup>96</sup> Así lo indica S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 53. También, en idéntico sentido, P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008;, p. 6

ignorado por los tribunales que aplican cada día el DIPr. español. Por tanto, el temor a que los jueces españoles no puedan captar las sutilezas del art. 20 LAI, resulta plenamente infundado y es producto, exclusivamente, de condicionantes ideológicos y de prejuicios cognitivos.

**73.** En segundo término, también se dice que los jueces bien pueden no saber apreciar el significado de una aplicación distributiva de Leyes (= que se recoge en el art. 19 LAI). En relación con esta cuestión, cabe recordar que, al establecer la regulación de la Ley aplicable a la adopción, el legislador dio entrada a las tesis de la aplicación distributiva de Leyes estatales, sostenidas con singular acierto, por P. RODRÍGUEZ MATEOS<sup>97</sup>, frente a otras posturas más radicales que apostaban por una aplicación cumulativa de Leyes estatales. De manera paralela a ello, el legislador acogió la diferencia entre “aplicar” y “tener en cuenta” o “tomar en consideración”, que habían sido ya defendidas por el profesor J.D. GONZÁLEZ CAMPOS<sup>98</sup>. En tal sentido, la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española, en estos casos: 1º) Si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción; 2º) Si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España. Debe recordarse que la aplicación de Leyes extranjeras por el juez español *ex art. 19 LAI* sólo procede si ello potencia la validez extraterritorial de la adopción. Y, naturalmente, la “aplicación” o “toma en consideración” de las Leyes de los países que prohíben o no contemplan la adopción, en nada ayuda y en nada potencia la validez extraterritorial de la adopción constituida en España. En relación con la cuestión de la adopción de menores cuya Ley nacional desconoce o prohíbe la adopción, pero permite la *kafala* musulmana, otros países siguen un criterio radicalmente opuesto, ya que no permiten constituir la adopción (art. 370-2 *Code civil* Francia; Sent. Cass Francia 25 febrero 2009 [*kafala* de niño argelino]). Sin embargo, no es ése el caso de España, pues el art. 19.2 LAI, *a contrario*, admite la posibilidad de adoptar en España al menor cuya residencia habitual se concreta en España aunque su Ley nacional no contemple o prohíba la adopción, como se verá más adelante.

### C) Dificultad de precisión de la Ley aplicable a la nulidad de la adopción.

**74.** Se dice por ciertos autores, que la redacción del art. 22 LAI (= Ley aplicable a la conversión, nulidad y revisión de la adopción), no distingue situaciones y que, por lo tanto, la Ley aplicable a la nulidad de la adopción es, en todo caso, la que determinan los arts. 18 a 21 LAI<sup>99</sup>.

**75.** Esta crítica resulta especialmente fácil de rebatir. Por dos motivos. En primer lugar, la nulidad de un acto jurídico constituye el reverso de su validez. En otras palabras, un acto es válido o es nulo con arreglo a la misma Ley. En efecto, atentaría contra la seguridad jurídica más elemental que un acto jurídico fuera válido con arreglo a una Ley estatal X pero pudiera declararse nulo con arreglo a otra Ley estatal Y (= que podría contener un diferente régimen jurídico de dicho acto). Se trata de una afirmación “lógica”. La nulidad de la adopción consiste en declarar que una adopción constituida en el pasado no reunía, en dicho momento, los requisitos sustanciales necesarios para ser constituida (= para “existir como adopción” o producir su “efecto constitutivo”). El legislador, arranca, como no puede ser de otro modo, de dicho presupuesto básico (= “presupuesto implícito” para la correcta intelección del art. 22 LAI). Dicho presupuesto constituye una “premisa general” de toda interpretación jurídica, razón por la que debe proyectarse también en relación con el art. 22 LAI. Este precepto parece haber tomado como modelo el art. 71 § 2 Ley belga DIPriv. 2004, en el que está claramente inspirado, y que se pronuncia en este senti-

<sup>97</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Adopción internacional”, *EJB*, 1995, pp. 353-354; Id., “Art. 9.5 CC”, *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., 1995, pp. 242-259.

<sup>98</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Filiación y alimentos”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., 1995, pp. 366-375.

<sup>99</sup> En tal sentido, S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 53-56. De modo idéntico, R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), pp. 16-17.

do<sup>100</sup>. Se trata, además, de una solución ya seguida por el legislador español en relación con la validez / nulidad del matrimonio (= *vid.* art. 107.1 CC<sup>101</sup>). Por otro lado, no existen motivos específicos que inviten a apartarse de tan sensata regulación ahora en relación con la adopción internacional. Interpretar en otro sentido el art. 22 LAI, como han hecho ciertos autores, significa complicar la solución más sencilla mediante ardidés artificiales y con evidente intención de alcanzar un resultado absurdo. En segundo lugar, debe también recordarse que la redacción del art. 22 LAI está enfocada, primordialmente, a la declaración de nulidad en los casos en los que la adopción haya sido constituida por autoridad española (= de ahí la llamada a escena de los “*criterios anteriores*” contenidos en los arts. 18-21 LAI, preceptos que nunca pudo haber aplicado una autoridad extranjera si la adopción hubiera sido constituida por dicha autoridad). En consecuencia, el mandato recogido en el art. 22 LAI no impide al operador jurídico sostener que la nulidad de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras puede regirse por una Ley distinta a la que se refiere el art. 22 LAI (= pues tales adopciones exceden del “círculo de preocupaciones” de dicho precepto). Por lo tanto, y en aplicación del principio según el cual “validez y nulidad del acto jurídico” se deben regir por el mismo “conjunto normativo”, deben diferenciarse dos supuestos.

**76. a) Primer supuesto: adopción constituida por autoridad judicial española.** En este caso, las circunstancias empleadas como puntos de conexión por los arts. 18-21 LAI (= residencia habitual del adoptando y, en su caso, nacionalidad y residencia habitual del adoptado y de otros sujetos), deben valorarse en el “momento de la constitución de la adopción”. En efecto, de ese modo, encuentra aplicación a la nulidad de la adopción la Ley efectivamente aplicada a la constitución de la adopción por el juez español o, mejor dicho, la Ley que debió aplicar el juez español para que la adopción fuera válidamente constituida. Naturalmente, la Ley que rige la creación o constitución de una relación jurídica es la que debe regir su nulidad, pues ello significa que lo que debió nacer como ajustado a la Ley, no nació de tal modo. Así, se aplicará a la nulidad de la adopción, la Ley material que se aplicó a su presunta constitución. Varias consideraciones son necesarias: 1º) La Ley aplicada a la adopción y que rige su nulidad puede ser la Ley sustantiva española si el adoptando tenía su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción o había ya sido o iba a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España (art. 18 LAI); 2º) La Ley aplicada a la adopción y que rige su nulidad puede ser “doble” si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción o si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España (art. 19 LAI). En dicho caso, la Ley aplicada a la adopción y que regirá también su nulidad, será, por una parte, la Ley nacional del adoptando en lo que se refiere a la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, y por otra parte, será la Ley sustantiva española en relación con el resto de las cuestiones, circunstancias y requisitos necesarios para la constitución de la adopción. Un ejemplo puede ayudar a comprender este supuesto. Se insta ante juez español la extinción de una adopción constituida en España en 2009 por adoptantes ucranianos en relación con adoptando menor también ucraniano. En el momento de constitución de la adopción, los adoptantes tenían su residencia habitual en Getafe y el adoptando en Kiev, y dicho adoptando iba a ser trasladado a España para fijar en Getafe su residencia habitual. El juez español aplicó la Ley sustantiva española a la constitución de la adopción (*ex* art. 18.1.b LAI), si bien aplicó también la Ley ucraniana a la capacidad del adoptando y a los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción (*ex* art. 19.1.a LAI), ya que el adoptando tenía su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción (= residencia habitual en Ucrania). En 2010 se insta la nulidad de dicha adopción por parte de la madre biológica del adoptando, que afirma que no le fue requerido su consentimiento con arreglo a las normas legales ucranianas. Pues bien, la nulidad de esta adopción, solicitada por dicho motivo, debe quedar sujeta a la Ley sustantiva ucraniana, que es la Ley que se aplicó por el juez español a los consentimientos necesarios para la constitución de la adopción en 2009

<sup>100</sup> Art. 71. § 2 Ley belga de Derecho internacional privado de 16 julio 2004: “*La révocation d’une adoption est régie par le droit applicable en vertu des articles 67 à 69. Toutefois, les facteurs de rattachement sont appréciés en fonction de leur concrétisation au moment de l’établissement de l’adoption*”.

<sup>101</sup> Art. 107.1 CC: “*La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración*”. *Vid.*, al respecto, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 183-186.

según el art. 19 LAI. No debe sorprender que la nulidad de la adopción deba, en su caso, “fragmentarse” y regirse por Leyes estatales distintas según cuál sea la causa de la nulidad. Este sistema se sigue también, por ejemplo, en relación con la nulidad del matrimonio. En efecto, en DIPr. español, no existe una única Ley que regule la “validez del matrimonio” (*Lex Matrimonii*), y de igual modo, puede suceder que no exista una única Ley que regule la constitución de la adopción (*vid.* arts. 18-19 LAI). Así, en relación con la nulidad del matrimonio, la referencia que realiza el art. 107.1 CC debe entenderse hecha a “las Leyes” que regulan la “celebración del matrimonio” (B. CAMPUZANO DÍAZ, M<sup>a</sup>.P. DIAGO DIAGO)<sup>102</sup>. De este modo, la autoridad judicial que debe decidir acerca de la nulidad o validez del matrimonio, aplicará el art. 9.1 CC para determinar la Ley aplicable a la capacidad matrimonial, los arts. 49 y 50 CC para precisar la Ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio, y de nuevo el art. 9.1 CC para fijar la Ley reguladora del consentimiento matrimonial. Un sistema similar “fragmentado” ha sido el acogido por el legislador en relación con la nulidad de la adopción (= *vid.* arts. 18-21 LAI, aplicados por remisión del art. 22 LAI); 3º) La Ley sustantiva aplicada a la adopción y que rige su validez y nulidad puede ser también la Ley sustantiva extranjera designada por el art. 21 LAI, a menos que opere el reenvío de retorno (art. 12.2 CC), caso en el que la nulidad de la adopción se regirá por la Ley española, que también fue la Ley aplicada a la constitución de la adopción; 4º) Las Leyes designadas por los arts. 20 y 21, párrafos 2 y 3, LAI, son Leyes cuya aplicación o toma en consideración sólo tiene el propósito de potenciar la validez internacional de la adopción. Estas normas de conflicto no presentan “propósito localizador”, por lo que las Leyes a las que remiten no “rigen” en exclusiva ni la totalidad ni tampoco cuestiones concretas de la adopción. En consecuencia, las Leyes a las que conducen los arts. 20 y 21.2 y 3 LAI no son aplicables a la nulidad de la adopción, pues no se trata de Leyes que “rigen” la adopción. Las dudas suscitadas en la doctrina al respecto arrancan del error de no distinguir entre Leyes aplicables “con propósito localizador” y Leyes tomadas en consideración “con propósito no localizador” (= esto es, como “refuerzo de la validez extraterritorial de la adopción”<sup>103</sup>).

**77. b)** Segundo supuesto: adopción constituida por autoridad extranjera. En este caso, dos precisiones son importantes. (1) Para proceder a la declaración de nulidad de la adopción constituida en el extranjero, la resolución extranjera de adopción debe haber sido “reconocida en España”. No se puede anular una adopción que “no existe” en España (= que no surte “efectos constitutivos” en España); (2) Debe procederse a un prudente desarrollo judicial contenido de los arts. 18-21 LAI. En efecto, este desarrollo judicial es necesario, pues el juez o autoridad pública extranjera que constituyó la adopción no habrá aplicado, lógicamente, la Ley designada por los arts. 18-21 LAI (= principio de exclusividad del DIPr., art. 12.6 CC)<sup>104</sup>. Por tanto, visto que la teleología inmanente del art. 22 LAI es, en relación con la nulidad de la adopción, y como no puede ser de otra manera, la aplicación de la “Ley aplicada” en su momento a la adopción (= validez y nulidad del acto jurídico deben regirse por la misma Ley reguladora), debe afirmarse que, en el caso de adopción constituida por juez o autoridad extranjera, un juez español debe aplicar a su posible declaración de nulidad, la Ley que fue aplicada por la autoridad pública extranjera en virtud de sus normas de conflicto sobre adopción internacional (= o, en su caso, la Ley estatal que debió aplicar la autoridad extranjera con arreglo a su sistema de normas de conflicto). Esta solución refuerza la certeza legal de la adopción internacional, cuya validez será valorada con arreglo a una sola Ley, la Ley que debió aplicarse a la constitución de la misma por la autoridad, española o extranjera, que constituyó la adopción. Un argumento sistemático

<sup>102</sup> B. CAMPUZANO DÍAZ, “Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 Cc.”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 177-193; ID., “Del fenómeno de la migración y cómo esto incide en la vitalidad del Derecho internacional privado”, en J.L. COLLANTES GONZÁLEZ / F. SERRANO MIGALLÓN, *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, Ed. Porrúa - UNAM, México, 2005, pp. 619-639; M<sup>a</sup>.P. DIAGO DIAGO, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 271-294.

<sup>103</sup> Es el caso, *ad ex.*, de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*. Sobre la cuestión, *vid.*, también, E. ALONSO CRESPO, “Ley de adopción internacional: formas de dejar sin efecto -o variar- una adopción de este tipo (nulidad, modificación o revisión, conversión), y sus consecuencias en la adopción nacional”, *Diario La Ley*, núm. 6925, 15 abril 2008, versión *on line*.

<sup>104</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 7-8.

apoya, igualmente, esta interpretación, ya que encaja con precisión de relojero suizo, con el art. 26.1.2º LAI, precepto que indica que una adopción constituida en el extranjero surtirá efectos en España como adopción, sólo si se acredita “*Que [la adopción] se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción*”. Ejemplo: si una adopción constituida en Francia por autoridad local con arreglo a la Ley sustantiva francesa debió haber sido constituida, según las normas de conflicto francesas, con arreglo a la Ley española por ser ésa la Ley nacional de los adoptantes, el juez español deberá aplicar la Ley sustantiva española para valorar la validez o nulidad de la adopción. A pesar de lo afirmado por algún autor<sup>105</sup>, no se produce ninguna “paradoja”, sino que se observa una elegante y equilibrada solución jurídica de la cuestión por parte del legislador.

#### **D) La Ley aplicable, por parte de las autoridades españolas, a las condiciones jurídicas de las adopciones que se van a constituir en el extranjero.**

**78.** Ciertos autores han indicado en el caso de adopciones que se inician ante autoridades españolas (= no judiciales, sino administrativas), pero relativas a menores que se hallan en otros países y que, probablemente se trate de adopciones que se constituyan en el extranjero, la Ley 54/2007 no contiene ninguna norma que señale cuál es la Ley aplicable a las “condiciones jurídicas” de los adoptantes. Esta laguna legal ha sido calificada, por dichos autores, como un defecto de la Ley 54/2007<sup>106</sup>.

**79.** Esta crítica resulta particularmente fácil de rebatir. La Ley 54/2007 no contiene regulación alguna sobre la cuestión porque, en estos casos, las autoridades españolas competentes (= autoridades “administrativas” y no “judiciales”, a pesar de que este dato es obviado por los críticos), deben realizar una serie de controles administrativos para acreditar que el entorno familiar de destino del menor es el adecuado (= deben corroborar que los futuros padres adoptivos son “adecuados y aptos para adoptar”), pero tales controles se realizan desde el punto de vista psicológico, social, médico, personal, sociológico y ético, y desde la doble perspectiva del Estado de origen. Se trata de acreditar la “adecuación psico-social de los solicitantes para ser padres adoptivos”. Por lo tanto, en general, dichas autoridades administrativas competentes no pueden practicar, porque no es su función, un control “legal” exhaustivo sobre la futura adopción internacional (= pues la capacidad jurídica debe ser acreditada por el juez competente mediante la aplicación de la Ley reguladora de la adopción cuando ésta se constituya)<sup>107</sup>. Es decir, tales autoridades no valoran, en ningún momento, la “legalidad” de la futura adopción. El control legal de la adopción escapa a sus funciones. Con otras palabras, puede afirmarse que dichas autoridades realizan un control de carácter psicológico, médico, personal, sociológico y ético, y no realizan ningún control “legal” de la adopción. Las autoridades (administrativas) del Estado de recepción (= normalmente, España) deben limitarse a realizar una “consideración general” sobre la capacidad de los adoptantes (= una mera aproximación sobre el sí/no de la capacidad legal de los adoptantes, un mero “juicio básico” sobre dicha capacidad). Dicho “juicio básico sobre la capacidad” tiene como objetivo descartar los supuestos más evidentes de incapacidad para evitar seguir adelante con un expediente relativo a una adopción que resultaría legalmente inviable. Así, por ejemplo, las autoridades administrativas españolas podrían descartar la emisión del informe favorable sobre los adoptantes en los supuestos en los que el solicitante sea una persona incapacitada judicial o legalmente, o una persona jurídica, y también se evitaría, por ejemplo, que se emitiera un informe favorable a la adopción de un sujeto que es evidentemente mayor de edad. De ese modo, la autoridad que ejerce funciones administrativas ya sea en aplicación o no, del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993, no suplanta en sus funciones a la autoridad que debe proceder a la constitución de la adopción (=

<sup>105</sup> Es el caso de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*.

<sup>106</sup> Así lo subraya S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 58-59.

<sup>107</sup> En este sentido, muy correctamente, E. GÓMEZ CAMPELO, *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate*, Ed. Reus, Zaragoza, 2009, p.49: “*se pretende asegurar una capacidad genérica, global, casi social-no jurídica...*”.

que es la que realmente ostenta la función legal de “constituir la adopción”: en España, los jueces y tribunales, no las autoridades administrativas competentes para la aplicación, en España del referido Convenio de La Haya de 1993). Debe recordarse que estas autoridades administrativas no son competentes para “constituir la adopción”. En consecuencia, deben limitarse a una mera “apreciación general” de la capacidad de adoptantes y adoptando, ya que tales normas están diseñadas para ser “aplicadas” por las autoridades que, realmente, son las únicas competentes para constituir la adopción. Dicha apreciación general está regulada por el Derecho Administrativo español (art. 8 CC)<sup>108</sup>.

**80.** Esta tesis puede sostenerse tanto en los casos en los que es aplicable el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional], como en los casos en los que no resultare aplicable. Ello explicaría, además, el hecho, aparentemente extraño, de que el citado Convenio no precise qué Ley estatal debe aplicar las autoridades competentes en virtud de los arts. 4, 5, 15 y 16 de dicho Convenio para acreditar los extremos que aconsejan entregar en adopción a un concreto niño a unos padres adoptivos específicos. En efecto, el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] no concreta esta cuestión porque los extremos que deben acreditar tales autoridades de los Estados de origen y de recepción constituyen meras “cuestiones de hecho” (= por ejemplo, la situación social de la familia receptora, el perfil psicológico del niño, la situación económica de los adoptantes, sus cualidades sociales, psicológicas, éticas y morales, y otras cuestiones de este tipo). Por lo tanto, tales extremos se acreditan mediante meros “exámenes fácticos” de la situación que no requieren la aplicación de ninguna Ley estatal concreta. Además, resulta extraordinariamente llamativo que un Convenio elaborado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado guarde silencio en relación con dicho extremo. Estaríamos en presencia de una presunta laguna legal “de Derecho internacional privado” en un Convenio elaborado por una Organización especializada “en el Derecho internacional privado”. Pues bien, no hay ninguna laguna legal y no la hay porque, en general, las autoridades de los Estados partes no necesitan aplicar ninguna Ley estatal para cumplir con las funciones de carácter no jurídico que les asigna el Convenio. En todo caso, las apreciaciones de tipos psico-social que realizan las autoridades administrativas españolas, se ajustarán a los *standards* jurídicos españoles (= las autoridades administrativas españolas intervienen, en todo caso, con arreglo a los criterios jurídicos y fácticos “españoles”)<sup>109</sup>.

**81.** Esta tesis permite afirmar, igualmente, que, visto que el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] no regula ni la competencia judicial internacional ni la Ley aplicable a la adopción internacional, en el caso de que las autoridades competentes en virtud de Convenio deban acreditar la “capacidad jurídica básica” de los adoptantes y del adoptado, tales autoridades no deben aplicar ninguna concreta norma de competencia judicial internacional y ninguna concreta norma de conflicto. La precisión de la norma de DIPr. aplicable, en efecto, no es necesaria. Ello permite explicar de manera adecuada el silencio que mantiene el Informe Explicativo del Convenio en relación a las normas de conflicto que deberían, teóricamente, resultar aplicables a estos extremos. En efecto: la acreditación de la capacidad jurídica de adoptantes y adoptando que realizan las autoridades competentes según el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] no es más que una “aproximación básica” que, en modo alguno, vincula a la autoridad competente para constituir la adopción internacional. La autoridad que constituye la adopción internacional decidirá de modo independiente y con plena libertad, sobre la capacidad jurídica de tales sujetos. De hecho, puede suceder que, superada la fase administrativa recogida en el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] (= un conjunto de controles regulados por normas de Derecho Administrativo, no de DIPr.)<sup>110</sup>, la autoridad (= normalmente, una autoridad judicial) competente para la constitución de la adopción, decida no proceder a la misma por

<sup>108</sup> N. BOUZA VIDAL, “La nueva ley 21/1987 de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado”, *RGLJ*, 1987, núm.6, pp. 897-931, esp. pp. 914-918.

<sup>109</sup> Como ha apuntado muy correctamente N. BOUZA VIDAL, “La nueva ley 21/1987 de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado”, *RGLJ*, 1987, núm.6, pp. 897-931, esp. p. 916.

<sup>110</sup> Con acierto, 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*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 21.



falta de capacidad de los adoptantes o adoptando, o por cualquier otra causa recogida legalmente. Por otra parte, la adopción puede constituirse en el país de recepción del niño, con lo que puede suceder que la Ley reguladora de la capacidad de éste para ser adoptado se rija, en dicho país, por una norma de conflicto distinta y por una Ley material distinta a la que aplicará la autoridad que realmente, constituye la adopción en el Estado de recepción del niño. Y viceversa: la adopción puede constituirse en el Estado de origen del menor, con lo que la Ley reguladora de la adopción será la fijada por la norma de conflicto de dicho Estado, que bien puede ser diferente de la norma de conflicto y de la Ley material que aplicó la autoridad del Estado de recepción del niño a la hora de valorar la capacidad legal de los adoptantes. Por ello, puede afirmarse que las referencias de los arts. 4, 5, 15 y 16 del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] a la capacidad jurídica para adoptar de los adoptantes y a la adoptabilidad del niño, no son más que “aproximaciones generales” cuyo sentido es permitir que la autoridad que aplica dicho Convenio acredite que, en general, los padres adoptivos y el menor, no parecen incurrir en incapacidades legales para la adopción (= aproximación básica sobre la capacidad legal para adoptar y ser adoptado), sin que sea preciso que la autoridad que aplica el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] realice un control legal estricto, con arreglo a la Ley designada por sus normas de conflicto, de la capacidad legal de niño y potenciales padres adoptivos. Finalmente, cabe recordar que las autoridades competentes en virtud de los arts. 4, 5 15 y 16 del tantas veces citado Convenio de La Haya suelen ser autoridades administrativas, carentes de la formación jurídica y de las funciones legales propias de los jueces y tribunales. Este dato aconseja limitar su intervención a la acreditación de la conveniencia psico-social de la adopción sin permitir que se pronuncien sobre la legalidad de constitución de la adopción.

**82.** En conclusión, puede afirmarse que la Ley 54/2007 no presenta ninguna laguna en relación con esta cuestión (= se trata, más bien de una “cuestión fáctica”). En cuanto al ejemplo ofrecido por algún autor en relación con estos casos y en aplicación del art. 17.c del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional]<sup>111</sup>, cabe señalar que no está correctamente planteado. Dicho autor se preguntaba en torno a “*cuál es la ley que determina la diferencia de edad que ha de existir entre adoptante y adoptado para estos supuestos*” en los que las autoridades centrales (= normalmente, autoridades administrativas y no judiciales) que aplican el referido Convenio internacional, deben alcanzar un consenso sobre la cuestión de si debe proseguir el procedimiento de adopción. La respuesta es sencilla: ninguna Ley. La pregunta de dicho autor está incorrectamente formulada. En efecto, es oportuno recordar de nuevo, como antes se ha dicho, que resulta muy llamativo que un Convenio elaborado por la Organización internacional más especializada del mundo en Derecho internacional privado no precise la Ley aplicable a una cuestión internacional como es la “diferencia de edad” entre adoptante y adoptado (= cuestión de Derecho internacional privado no regulada por un Convenio de Derecho internacional privado elaborado por una Organización especializada en Derecho internacional privado). Ello es así porque las autoridades encargadas de la implementación de este Convenio no deben aplicar ninguna Ley estatal a esta cuestión (= ni la Ley que regula la adopción, ni la Ley que rige la capacidad de obrar “en general” según las normas de conflicto del Estado de origen o del Estado de recepción). Las autoridades administrativas deben limitarse a proyectar, sobre esta cuestión, criterios puramente fácticos, de modo que, según el parecer de tales autoridades administrativas, se trate de una diferencia de edad “suficiente” o “aceptable” y no necesariamente, de la diferencia de edad necesaria para adoptar según la Ley del país de origen o la Ley del país de recepción. Esa cuestión estrictamente jurídica ya la determinará la autoridad que la tiene que determinar que es, en el caso de España, la autoridad judicial competente para constituir la adopción, y en el caso de que la adopción se formalice en país extranjero, la autoridad competente, en tal país, al efecto.

### **E) La aplicación de la Ley nacional del adoptando a la capacidad del adoptando y consentimientos necesarios para la adopción.**

**83.** Algún autor ha señalado que la previsión recogida en el art. 19.3 LAI y a tenor de la cual,

<sup>111</sup> Que puede verse en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 59 y nota [51].

“[n]o procederá la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo cuando se trate de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada” constituye una “aclaración totalmente innecesaria” (sic), pues en tal caso, “habrá que considerar como Ley personal la de su residencia habitual” (sic)<sup>112</sup>.

**84.** La crítica se comenta por sí sola. El propósito del legislador en el art. 19 LAI ha sido someter “la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción” a la “Ley nacional” del adoptando, no a la “Ley personal” del mismo. Por ello, la referencia contenida en el art. 19.3 LAI sirve para evitar que, en caso de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada, se aplique una Ley extranjera<sup>113</sup>. El legislador indica que, en el caso de adoptandos apátridas, no debe aplicarse su “Ley personal”, sino su “Ley nacional”. Como es evidente, la “Ley personal” no es, necesariamente, la “Ley nacional”. Un estudio sereno del art. 9 CC así lo revela<sup>114</sup>.

**85.** Existen poderosas razones que explican el contenido del art. 19.3 LAI: (a) Como es obvio, es imposible aplicar la Ley nacional de un adoptando que carece de nacionalidad; (b) Estos menores, precisamente por su apatridia, suelen encontrarse escasamente integrados en un concreto Estado (= son menores “socialmente desubicados” que incluso pueden también carecer de residencia habitual en un Estado concreto). Esta circunstancia hace que carezca de sentido también aplicar la Ley del país de la residencia habitual o de la mera “situación física” o “estancia” del adoptando (= el recurso a la “Ley personal” del sujeto resultaría inconveniente). En efecto, pierde también interés la validez de la adopción constituida en España en países con los que el adoptando no presenta una conexión relevante. Por tanto, en los supuestos de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada la adopción se constituirá con arreglo, exclusivamente, a la Ley material española si los adoptandos tienen su residencia habitual presente o futura en España (art. 18 LAI).

#### **F) Exigencia de proximidad del supuesto con España para la intervención del orden público internacional.**

**86.** Ciertos autores han indicado que el art. 23 LAI contiene una solución equivocada ya que, para permitir la intervención del orden público internacional contra la aplicación de una Ley extranjera, el precepto exige tener en cuenta “los vínculos sustanciales del supuesto con España”. Se dice que tal enfoque es erróneo, ya que, según ciertos autores, están en juego “derechos absolutos” (= que deben respetarse sean cuales fueren los vínculos del supuesto con España) y también porque se aprecia una profunda “dificultad de determinar la existencia de esos vínculos”<sup>115</sup>.

**87.** La crítica es insustancial, pues carece de argumento alguno que la sostenga. El art. 23 LAI indica que, para que intervenga el orden público internacional español y se descarte la aplicación en España de la

<sup>112</sup> P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008; p. 6. La misma errónea observación se contiene, con ciertos matices, en R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), p. 12 y nota [27], que califican de previsión “innecesaria” la regla recogida en el art. 19.3 LAI, a tenor de la cual, “[n]o procederá la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo cuando se trate de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada”.

<sup>113</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRECTORES), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Ed. Comares, 2009, pp.

A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 217-273, esp. pp. 229-236.

<sup>114</sup> Es el caso de P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008; p. 6.

<sup>115</sup> P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 8. En igual sentido, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, es. p. 425: “el interés del menor se conecta con derechos fundamentales difícilmente graduables por razones de conexión territorial”.

Ley extranjera designada por la norma de conflicto española en materia de adopción, el supuesto fáctico debe presentar una “mínima conexión” (= *Inlandsbeziehung* o *Binnenbeziehung*), con España (= país cuya sociedad resulta amenazada y cuyo orden jurídico resulta perturbado)<sup>116</sup>. Esta tesis del orden público internacional “de proximidad” español logra disminuir el radio de acción del orden público internacional (= y confirma su carácter de “excepción”). En efecto, el orden público internacional sólo debe operar en relación a casos “cercaños” al país cuyos tribunales conocen del asunto. La justificación es clara: la aplicación de la Ley extranjera a casos que resultan “lejanos” al país cuyos tribunales conocen del asunto, no puede dañar el orden público internacional “de tal país”, porque no afecta a “su” sociedad. La Resolución del *Institut De Droit International* de 25 agosto 2005 (sesión de Cracovia), cuyo título es “*Cultural differences and ordre public in family private international law*” (Rapporteur: Prof. P. LAGARDE), y cuya lectura resulta altamente aconsejable, ha proporcionado un impulso muy significativo a esta tesis. Así, por ejemplo, la citada resolución indica, en materia de filiación, que “*Les Etats pourront opposer l’ordre public aux lois étrangères prohibant l’établissement de la filiation hors mariage, en tout cas lorsque l’enfant se rattache par sa nationalité ou sa résidence habituelle à l’Etat du for ou à un Etat permettant l’établissement de cette filiation*”. Por tanto, si la norma de conflicto española (*ad ex.*, el art. 9.4 CC) conduce a la Ley egipcia y dicha Ley impide el establecimiento de la filiación de un sujeto egipcio con residencia habitual en Egipto, carece de sentido oponer el orden público internacional “español” contra la aplicación de la Ley egipcia. Idénticas consideraciones pueden realizarse, *mutatis mutandis*, en el campo de la adopción internacional. Por todo ello, cabe indicar que es “*muy adecuada la redacción que se da a la cláusula de orden público internacional*”, como ha sido subrayado por doctrina autorizada (S. ADROHER BIOSCA)<sup>117</sup>.

**88.** La precisión de la necesaria “vinculación” que el caso debe presentar con el país cuyas autoridades conocen del asunto es una cuestión que no puede fijarse previamente por el legislador. Es necesario, por lo tanto, conceder a los tribunales una autorización para precisar, *in casu*, cuándo y en qué circunstancias, un supuesto presenta “vínculos sustanciales” con España. Afirmar que dicha precisión comporta “dificultad” es como lamentarse del escollo que supone para los tribunales precisar, cuando procede, qué se entiende por “diligencia de un buen padre de familia”, o “buena fe” o “buenas costumbres”, o por “país más vinculado con la situación privada internacional”. Es decir, se trata de un lamento que esconde un prejuicio cognitivo del entero sistema de DIPr.

#### 4. Cuestiones relativas a la validez en España de adopciones constituidas en el extranjero.

##### A) Exigencia del certificado de idoneidad, exclusivamente, para los adoptantes españoles.

**89.** Se ha criticado por ciertos expertos legales que el art. 26.3 LAI exija que la Entidad Pública española competente deba “*declarar la idoneidad del adoptante previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero*” pero solamente “[*c*]uando el adoptante sea español y residente en España”. Se ha señalado que hubiera sido conveniente que la exigencia de dicho “certificado de idoneidad” se hubiera extendido, por dicho precepto, también a los extranjeros residentes en España o a todos los adoptantes, “*con independencia de la nacionalidad o residencia*”<sup>118</sup>.

**90.** La crítica presenta una estructura miope (= por olvido de alternativas: es la falacia del “falso dilema” o “falacia booleana”) y resulta sencillo mostrar que la intención del legislador es sólida y la regula-

<sup>116</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 4ª ed., 2006, p. 262; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *BIMJ*, 2008, núm. 2065, pp. 2351-2378.

<sup>117</sup> 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*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 45.

<sup>118</sup> En este sentido, S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 60-61. Mismas observaciones pueden encontrarse en P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 10. Idénticas aseveraciones se hallan en R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), pp. 27-28.

ción contenida en el art. 26.3 LAI, más que razonable y con encaje sistemático con las normas registrales.

**91.** En primer lugar, cabe recordar que el objetivo de este requisito es evitar que sujetos no declarados “idóneos” para ser adoptantes acudan a países que no controlan con rigor la idoneidad de los adoptantes e insten en tales países una adopción que, posteriormente, intentan “introducir” en España. La exigencia de este certificado de idoneidad responde, por lo tanto, al “interés del menor”, pues dicho certificado asegura que los adoptantes presentan las circunstancias apropiadas para asumir la adopción de un concreto menor y ejercer la patria potestad (= el certificado de idoneidad debe acreditar los extremos exigidos por la Ley española: *vid.* art. 176.2 CC, art. 10 LAI, art. 1829 LEC 1881 y normas autonómicas correspondientes).

**92.** En segundo lugar, conviene no olvidar que extender esta exigencia a todos los adoptantes, con independencia de su nacionalidad y/o residencia habitual, resultaría ser una exigencia requerida de modo “imperialista”. Debe recordarse que el precepto exige el certificado de idoneidad “español”. Por ello, parece excesivo exigirles el certificado de idoneidad “español” a los sujetos extranjeros y/o que no residen en España. Así, en primer término, no se debe ignorar que las adopciones en las que los adoptantes y el adoptando no son españoles, no acceden al Registro Civil español. Extender la exigencia de este certificado de idoneidad a los sujetos extranjeros no residentes en España supondría exigir un certificado de idoneidad a todos los adoptantes del mundo. En segundo término, exigir este certificado a los españoles sin residencia en España, no parece razonable (= la adopción surtirá efectos, sustancialmente, en el país donde residen los adoptantes, que no es España). Finalmente, en tercer término, exigirlo a los extranjeros con residencia habitual en España podría resultar más razonable, pero ello colisiona con el hecho de que tales adopciones no serán inscritas en el Registro Civil español (art. 15 LRC), salvo que el adoptando sea español.

**93.** En tercer lugar, y para comprender bien el criterio de política legislativa que ha seguido el legislador español, conviene no olvidar que la Ley 54/2007 arranca, para la regulación de esta cuestión, de un “postulado escénico” que se aprecia en toda la Ley 54/2007: el legislador español no está solo en el planeta Tierra. Otros legisladores también elaboran normativas jurídicas sobre la adopción internacional y también controlan la “idoneidad” de los adoptantes que se trasladan a países extranjeros con la intención de adoptar. Visto que estas normas se aplican con arreglo a criterios unilaterales (= “unilateralismo introveso”: el legislador español señala qué adoptantes deben obtener el certificado de idoneidad “español” y cuáles no deben hacerlo, y así proceden todos los demás legisladores), es preciso tener en cuenta este dato (= múltiple regulación unilateral de la cuestión). La manera en la que el legislador español ha tenido presente este hecho se refleja en intentar no sobrecargar de “exigencias de idoneidad” a los adoptantes. Por ello, sólo aquéllos que estén clara e indudablemente vinculados con España, claramente integrados en la sociedad española, deben obtener el certificado de idoneidad “español”.

La precisión de cuáles son los sujetos claramente vinculados con España (= plenamente integrados en la sociedad española de tenerlo en cuenta) la realiza el legislador español a partir de dos criterios. Primer criterio: los sujetos a los que se exige el certificado de idoneidad español deben ser sujetos “españoles”. Ello garantiza que se tratará de adopciones que, necesariamente accederán al Registro Civil español. Se detecta aquí un razonamiento propio de “Derecho conflictual registral”: al Registro Civil español sólo acceden las adopciones en las que adoptantes o adoptando son españoles (= es el “ámbito de la Ley nacional” que todavía marca el sistema español de DIPr.: *vid.* art. 15 LRC). Los actos relativos al estado civil que tienen lugar en países extranjeros sólo acceden al Registro Civil español si afectan a ciudadanos “españoles”. No si afectan a ciudadanos extranjeros. Por ello, la exigencia recogida en el art. 26.3 LAI sintoniza sin problemas con el art. 15 LRC (= “encaje sistemático” entre el art. 26.3 LAI y el art. 15 LRC). Segundo criterio: además de ser españoles, los adoptantes deben residir en España. La mera nacionalidad del adoptante no garantiza un “estrecho vínculo real” de tales adoptantes con España que justifique la aplicación unilateral de las normas españolas que regulan el certificado de idoneidad. El legislador español restringe aquí, con sabia prudencia, la aplicación unilateral de sus normas y exige, para ello, el cumplimiento del binomio “nacionalidad española + residencia en España” (= con lo que puede estimarse que se elimina “el vértigo de la Ley nacional”). No se exige que la residencia sea “habitual” ni que tengan los adoptantes su “domicilio” en España.

El resto de los adoptantes se encuentran “menos vinculados con la sociedad española”, por lo que la Ley española que regula la expedición del “certificado de idoneidad” del adoptante, no resulta de aplicación. Proyectar la Ley española en relación con estos adoptantes que adoptan fuera de España podría resultar, efectivamente, “imperialista”. El texto del art. 26.3 LAI ya ha amplificado el radio de acción de esta exigencia respecto del art. 9.5 CC (= pues el certificado de idoneidad “español” se exige a los sujetos “realmente vinculados con España”, esto es, a adoptante “español” y “residente en España”, sin que sea necesario exigir su residencia “habitual” o su “domicilio” en España). Pero en el caso de adoptantes no españoles y no residentes en España, parece excesivo exigirles el certificado de idoneidad “español”. Por ello, el art. 26.3 LAI no lo requiere, porque arranca del presupuesto de que lo más habitual, es que se trate de adoptantes más vinculados con otros países, y que las normativas de tales países que regulan la expedición de los certificados de idoneidad les resulten aplicables a través de las “normas unilaterales” de dichos países. Exigir el certificado de idoneidad a estos sujetos podría comportar una “sobre-regulación de la adopción”, es decir, llevaría a requerir el “cumplimiento cumulativo de requisitos de idoneidad” a los mismos adoptantes (= los previstos en las Leyes españolas y los previstos en las Leyes extranjeras). Ello tendría como desenlace una complicación de la adopción y un endurecimiento legal, probablemente innecesario, de la misma, lo que en nada beneficiaría al interés del menor.

## B) Severidad del control exigido a la adopción constituida en el extranjero.

94. Ciertos expertos jurídicos han subrayado que los criterios contemplados en el art. 26 LAI para otorgar el reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero debían haber sido similares a los que contiene el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional]. De ese modo, según estos autores, se habría facilitado el reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Estados extranjeros que no son partes en el citado Convenio de La Haya y “*se habría mantenido la coherencia del conjunto del sistema*”<sup>119</sup>. Por el contrario, el art. 26 LAI no ha seguido dicha línea de política legislativa (= el art. 26 LAI no ha copiado ni se ha inspirado en los controles que recoge el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional]). En consecuencia, ciertos autores critican: 1º) Que el art. 26 LAI acoge controles jurídicos mucho más exigentes que los que contiene el citado Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, con lo que se dificulta el reconocimiento en España de adopciones constituidas en Estados no partes en el Convenio mencionado; 2º) Que tales controles no transparentan la “confianza” presente en dicho Convenio<sup>120</sup>; 3º) Que “*hubiese sido conveniente que la norma de origen autónomo se hubiese inspirado en los principios que rigen el reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero en dicho instrumento [Convenio de La Haya de 9 mayo 1993]*”<sup>121</sup>; 4º) Que el art. 9 LAI no ha sido observado por el mismo legislador al redactar el art. 26 LAI (= ya que dicho precepto debería haber extendido los principios inspiradores de tal Convenio, también a los Estados no partes en el mismo, en sintonía con el citado art. 9 LAI)<sup>122</sup>; 5º) También se afirma que el art. 4.1.c) LAI impide que prosiga el procedimiento de adopción en el extranjero en el caso de que “*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*”, “*garantías*

<sup>119</sup> R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), p. 4.

<sup>120</sup> S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 62.

<sup>121</sup> R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), p. 4.

<sup>122</sup> Art. 9 LAI: “*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, 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”.*

*adecuadas para la adopción*”, con lo que, entonces, el régimen jurídico del reconocimiento en España de la adopción extranjera debería haber sido menos estricto y menos complejo que el que finalmente vio la luz en el art. 26 LAI, ya que si la adopción se constituye en un país extranjero, ello significa que dicho país ofrece garantías para una adopción adecuada<sup>123</sup>.

**95.** Esta crítica aparece construida, como se verá a continuación, sobre diversos presupuestos erróneos. Por ello, su refutación no resulta especialmente complicada.

**96.** En primer lugar, los Estados partes en el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional], son Estados que han introducido en sus legislaciones una “fase previa” a la constitución de la adopción transnacional que se contempla en los arts. 4-22 de tal Convenio. De ese modo, la adopción constituida en un Estado parte en el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional], es una “adopción reforzada”, pues garantiza la “adecuación psico-social de los solicitantes para ser padres adoptivos” y la “adecuación psico-social del niño a adoptar”. La adopción constituida por autoridades de Estados no partes en dicho Convenio no garantiza tales “*standards* psico-sociales”. Por lo tanto es una adopción que presenta un perfil más débil desde el punto de vista de la protección del menor. De ese modo, la confianza hacia tal adopción extranjera por parte del legislador español debe ser, necesariamente, menor, y todo ello, en interés del adoptando. El régimen de reconocimiento de las adopciones recogido en el art. 26 LAI (= que se proyecta sobre adopciones formalizadas en Estados no partes en el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional], Estados que no pertenecen al “selecto club de Estados” que garantiza, *ex* Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, un control administrativo previo que evita el tráfico de niños), debe ser, en consecuencia, más severo y rígido que el recogido en tal Convenio<sup>124</sup>. No puede existir una “alta confianza” hacia las adopciones formalizadas en Estados que no han querido ajustarse a las reglas que aseguran la “adecuación psico-social de adoptantes y adoptandos” y que tratan de impedir el comercio de menores, reglas que sí han aceptado y asumido los Estados partes en el Convenio citado. Esta decisión de política legislativa seguida por el legislador de la Ley 54/2007 es obvia y acertada. En efecto, los criterios contenidos en el citado Convenio de La Haya de 1993 sólo deben resultar operativos en relación con Estados que se han comprometido a practicar una serie de controles previos exigentes relativos a la adopción internacional, pero no en relación con Estados que no se han comprometido a nada con España. En consecuencia, la eficacia en España de las resoluciones de adopción procedentes de estos “otros Estados” debe estar sujeta a requisitos más severos que los contenidos en el citado Convenio de La Haya de 1993. También los requisitos para lograr el reconocimiento en España de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil son más severos en el art. 954 LEC 1881 que en el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000, por la misma razón (= los Estados que se han comprometido a satisfacer una serie de *standards* legales a través de dicho Reglamento son los únicos cuyas resoluciones disponen de una circulación internacional privilegiada, frente las resoluciones procedentes de otros terceros Estados).

**97.** En segundo lugar, el art. 9 LAI, al que inoportunamente se alude por algún autor<sup>125</sup>, no tiene nada que ver con la cuestión del reconocimiento y de la validez legal en España de las adopciones constituidas en Estados no partes en el citado Convenio de La Haya de 1993. En efecto, como se puede observar, dicho precepto sólo aborda la cuestión de la “*comunicación entre autoridades competentes españolas y autoridades competentes de otros Estados*” (= *vid.* su rúbrica, que delimita de modo muy claro, el radio de acción operativa del precepto, rúbrica que es aconsejable no perder de vista). El art. 9 LAI introduce dos

<sup>123</sup> En tal sentido, S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 62.

<sup>124</sup> Como muy bien subrayan R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), p. 5: “[I]a ausencia de esta normativa compulsoria explica que el Derecho autónomo deba establecer mecanismos en la fase de reconocimiento que permitan garantizar que tanto el adoptado como los adoptantes resultan idóneos y que la adopción se ha realizado con las debidas garantías”.

<sup>125</sup> Es el caso de S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 62.

ideas distintas. La primera idea es “meramente recordatoria”. El precepto advierte a los aplicadores de la Ley 54/2007 que “[l]a 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, 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”. La segunda idea, contenida en el párrafo siguiente del art. 9 LAI, se limita a expresar el *desideratum* de que, en relación con las autoridades de Estados no partes en el Convenio de La Haya de 1993, se siga el mismo “procedimiento de comunicación entre autoridades”. Nada que ver, por tanto, con la cuestión del reconocimiento. Por otra parte, la extensión de los parámetros del tantas veces citado Convenio de La Haya de 1993 a la regulación de las comunicaciones entre autoridades competentes a los Estados no partes en tal instrumento legal, resulta razonable (= la adopción todavía no se ha formalizado y la cooperación entre autoridades puede coadyuvar al “buen fin jurídico” de la adopción). Como ha sido indicado de modo muy oportuno<sup>126</sup>, la “fase española” de la cooperación administrativa con un Estado no parte en el Convenio de La Haya de 1993 o en cualquier otro Convenio internacional ratificado por España, puede ajustarse a lo recogido en el Convenio de La Haya de 1993. Ello, sin duda, potenciará el interés del adoptando. Por el contrario, la extensión, a la Ley 54/2007, de los principios del Convenio de La Haya de 1993 en materia de reconocimiento de adopciones comunicaciones entre autoridades competentes, es completamente desaconsejable: la adopción ya se ha constituido en el tercer país y nada garantiza que en ella se haya asegurado la “adecuación psico-social de adoptantes y adoptando”. No hay analogía posible entre ambas situaciones (= comunicación entre autoridades competentes en materia de adopción, por un lado, y validez extraterritorial de adopciones, por otro). En consecuencia, el legislador español, con una adecuada *prudentia juris* y con un buen saber hacer jurídico, “aconseja” extender los criterios del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] en materia de comunicaciones entre las autoridades españolas y las autoridades de terceros Estados. Pero evita hacerlo en relación con los principios o condiciones del reconocimiento en España de adopciones formalizadas en terceros países.

**98.** En tercer lugar, el art. 4.1.c) LAI es un precepto que ordena no tramitar solicitudes de adopción en relación con menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado “[c]uando 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...”. El precepto trata de impedir que se constituya la adopción internacional cuando ello depende de las autoridades españolas (= que pueden negarse a colaborar con las autoridades extranjeras si se verifican las circunstancias recogidas en el art. 4.1.c) LAI). Ahora bien, conviene recordar que el art. 4.1.c) LAI sólo vincula a las autoridades españolas. Si la adopción se constituye en un Estado extranjero en el que no se respetan las garantías adecuadas para la adopción y cuyas autoridades no han tenido contacto alguno con las españolas (= por ejemplo, porque los adoptantes españoles se han trasladado temporalmente a dicho país para formalizar la adopción, razón por la que no ha existido ninguna “fase española” de la adopción internacional), el art. 4.1.c) LAI no impedirá que, finalmente, se constituya la adopción en el extranjero. Por ello, existe el riesgo de que, efectivamente se constituya una adopción en un “tercer país” que no ofrezca garantías jurídicas para una adopción “adecuada”. Ésta, simplemente, es la razón por la que el art. 26 LAI se muestra especialmente exigente con los requisitos que deben superar la adopción formalizada en un tercer Estado. Tras esta especial dureza del art. 26 LAI descansa el “interés superior del menor”. Es aconsejable no olvidarlo.

**99.** Así pues, la crítica resulta desmantelada al haber quedado demostrado que el “carácter interpartes” del Convenio de La Haya impide que los principios de confianza que presiden la regulación de

<sup>126</sup> 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*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 22 y nota [31]; F. CALVO BABÍO, “Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional”, *Iuris*, n. 125, marzo 2008, p. 59.

la validez de adopciones entre los Estados partes puedan proyectarse a las adopciones procedentes de “terceros Estados”; al haberse probado que el art. 9 LAI nada tiene que ver con el reconocimiento de adopciones extranjeras y que no puede aplicarse por analogía a estas cuestiones, dado que no se aprecia ni la más lejana “identidad de razón” entre la cuestión que regula y la relativa al reconocimiento de adopciones extranjeras; y, finalmente, al haber quedado claro que el art. 4 LAI bien puede no impedir la constitución de una adopción en un tercer país que no ofrece garantías para una adopción adecuada, adopción que, posteriormente, se intenta introducir y hacer valer en España.

### C) Reconocimiento de la adopción en España y control de la competencia judicial internacional del juez de origen.

**100.** Ciertos autores han lanzado críticas contra el sistema de reconocimiento recogido en el art. 26.1.1º LAI, y en cuyo contexto se controla la competencia judicial internacional de la autoridad del Estado que constituyó la adopción<sup>127</sup>.

Una primera crítica indica que este modo de controlar la competencia de la autoridad de origen es un “*elemento extraño al sistema de control de la competencia de la autoridad de origen y no garantiza que la adopción sea válida en el país de origen, ni que esté limpia de fraude o irregularidades*”<sup>128</sup>. En esta línea, se añade que esta exigencia podría llevar a negar efectos jurídicos en España a las adopciones en las que la autoridad de origen no ha respetado sus foros de competencia judicial internacional a pesar de que tal adopción puede no ser nula o inválida en el Estado de origen.

Una segunda crítica ha subrayado que el control a través del sistema de los “contactos razonables” introduce “*una cierta inseguridad jurídica*”, ya que el legislador nada dice sobre el significado de la expresión “*conexión razonable*”<sup>129</sup>.

**101.** En cuanto a la primera crítica, no resulta difícil su refutación, pues los argumentos que presuntamente la sostienen, no constituyen argumentos, sino un entramado de tautologías coloreadas con un uso extendido de la muy conocida “falacia de la casuística” (= se rechaza una afirmación general mediante la invocación de excepciones irrelevantes o poco significativas).

**102.** En primer lugar, cabe señalar que no demuestra nada afirmar que un nuevo modo de controlar la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera produce consecuencias negativas, simplemente, porque es “*extraño al sistema de control de la competencia de la autoridad de origen*”<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> Art. 26 LAI: “*Requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales.*”

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

1.º *Que haya sido constituida por autoridad extranjera competente.*

*La adopción debe haberse constituido por autoridad pública extranjera, sea o no judicial. Se considera que la autoridad extranjera que constituyó la adopción es internacionalmente competente si se respetaron, en la constitución de la adopción, los foros recogidos en su propio Derecho.*

*No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso en que la adopción no presente conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad haya constituido la adopción, se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional”.*

<sup>128</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 65-66. En igual sentido, P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 9 y de modo también clónico, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. pp. 426-427. Al igual que R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*). p. 24.

<sup>129</sup> C. ESPLUGUES MOTA, “La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?”, *RDIPP*, 2008-2, pp. 363-380, esp. p. 375.

<sup>130</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos



Lo que realmente quieren indicar estos autores es que este modo de controlar la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera rompe con el sistema tradicional (= el método bilateralista), modo que, por cierto, ya fue abandonado por el TS en aplicación del art. 954 LEC 1881 (= el TS introdujo, en 1998, un nuevo método, el método de los “contactos razonables”, que deja atrás la utilización de las normas españolas de competencia judicial internacional para controlar la “razonabilidad” del contacto de la autoridad extranjera con el caso, pese a los clamorosos errores de ciertos autores al respecto<sup>131</sup>). Este sistema de control recogido en el art. 26.1.1º LAI representa un “tercer nivel” en la evolución del control de la competencia judicial internacional de la autoridad de origen. Pero en resumidas cuentas, la crítica se fundamenta (?) en que este método es “nuevo” y porque, por tanto, no se ajusta a la tradición jurídica española. Naturalmente, esta afirmación no es un “argumento” (= entendido como “razonamiento empleado para convencer a alguien o para demostrar algo”), ya que no prueba ni justifica nada y nada dice sobre la bondad o perversidad del nuevo sistema de control ni del tradicional sistema de control de la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera. Se trata de una afirmación gratuita y anticientífica.

**103.** En segundo lugar, lo afirmado por ciertos críticos de la Ley 54/2007 constituye una aseveración apodíctica que reduce y falsea la realidad del alcance, de las ventajas y de los presupuestos metodológicos del sistema de control de la competencia judicial internacional de la autoridad de origen en el art. 26.1.1º LAI. Para poder demostrar el carácter vacuo de la crítica, resulta conveniente recordar que todo el sistema de reconocimiento de adopciones “extranjeras” recogido en el art. 26 LAI está construido sobre un enfoque metodológico muy definido: el método del *Annerkennungsprinzip*. Este enfoque indica que una adopción situación legalmente constituida en un Estado debe ser “reconocida” en España mediante un “control en origen” de dicha adopción. La adopción debe haberse ajustado a las exigencias legales requeridas en el Estado cuya autoridad constituyó tal adopción (= en el fondo se trata de un “conflicto de sistemas” resuelto *ab origine*)<sup>132</sup>. Eso debería ser suficiente para que la adopción sea considerada “válida” y “existente” en España (= efecto constitutivo en España de la adopción constituida por autoridad extranjera). Este nuevo enfoque metodológico facilita la vida internacional de las personas y su circulación transnacional (D. BUREAU / H. MUIR WATT<sup>133</sup>) y sus bases metodológicas se encuentran

y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 65.

<sup>131</sup> Es el caso de P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 3.

<sup>132</sup> A. BUCHER, “Über die räumlichen Grenzen der Kollisionsnormen”, *Festschrift Frank Vischer*, Zürich, 1983, pp. 93-105; PH. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, pp. 189-203; Id., “Nota sent. Rabat 24 octubre 1950”, *RCDIP*, 1952, p. 89; Id., “Nota sent. Paris 7 julio 1954”, *RCDIP*, 1954, pp. 582 ss.; Id., “Conflits de lois (Principes généraux)”, *E.Dalloz DI*, vol.I, París, 1968, pp. 470-497. En lengua castellana, la más completa y mejor exposición de la cuestión se debe a E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Comares, Granada, 2001.

<sup>133</sup> D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 264, 269 y 579-593. Sobre este nuevo *Approach* metodológico, *vid.* D. HENRICH, “Anerkennung statt IPR. Eine Grundsatzfrage”, *IPRax*, 2005, pp. 422-429; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 355; D. COESTER-WALTJEN, “Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf”, en *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 121-132; Id., “Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht”, *IPRax*, 2006, vol. 26, núm.4, pp. 392-402; E. JAYME / CH. KÖHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPRax*, 2001, pp. 501-512; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 8ª ed., Granada, Ed. Comares, 2007, pp. 329-333; P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RebelsZ*, 2004, pp. 225-243; H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l’ordre juridique français*, Paris, L.G.D.J., 2005; S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004; P. PICONE, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”, *RCADI*, 1999, pp. 9-296; G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-520; S. BOLLÉE, “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *RCDIP*, 2007, pp. 307-355; A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *RCADI*, 2000, vol. 283, pp. 19-186; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973; H.-P. MANSSEL, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, *RebelsZ*, 2006, núm. 4, pp. 1-40; A. BONOMI, “Globalización y Derecho internacional privado”, *Globalización y*

recogidas, con precisión, en la misma Exposición de Motivos LAI<sup>134</sup>. Y en relación con las adopciones internacionales, este enfoque potencia el interés superior del menor adoptando. El anclaje teórico del nuevo método es fuerte. El art. 8 CEDH constituye una base jurídica sólida para afirmar que los Estados no deben utilizar sus normas de DIPr. (= tanto sus normas de competencia judicial internacional como sus normas de conflicto) para romper la “continuidad transfronteriza de las situaciones individuales”.

En consecuencia, las normas de competencia judicial internacional españolas y las normas de conflicto españolas no deben jugar ningún papel en el reconocimiento en España de adopciones constituidas por la competente autoridad extranjera. La bilateralización de los foros españoles de competencia judicial internacional para comprobar si la autoridad extranjera que constituye la adopción era “competente” y la utilización de un control de la Ley aplicada por la autoridad extranjera a realizar con arreglo a las normas de conflicto españolas, es un error metodológico grave, producto de una visión hoy superada de la función y los métodos del DIPr. (= un imperialismo jurídico escondido en el procedimiento de reconocimiento: la Justicia extranjera debe haber intervenido “como lo hubiera hecho la Justicia española”, lo que es absurdo). El control de la competencia y de la Ley aplicada con arreglo a parámetros que no son los del Estado de origen, no garantiza la “legalidad originaria” de la adopción y por ello, no permite asegurar que la adopción no encubre un supuesto de tráfico de menores (= una adopción constituida en Congo sin respetar las reglas jurídicas de dicho país muy probablemente esconde prácticas ilegales que vulneran el interés del menor adoptando).

En efecto, una adopción constituida por una autoridad extranjera debe “circular” y superar el “cruce de frontera” si ha sido, efectivamente, constituida legalmente en el “país de origen”. El control en origen (= “*la position de l'ordre juridique source*”) debe ser verificado por segunda vez en el Estado de destino (= un “doble control” que acredita que la adopción fue legalmente constituida en un país extranjero). Existe un “primer control” porque la autoridad extranjera debió realizar, en su momento, un control de la legalidad, con arreglo a sus normas de competencia judicial internacional y con arreglo a sus normas de conflicto, de la adopción que constituyó. Posteriormente, la autoridad española ante la que se solicita el reconocimiento de la adopción vuelve a controlar la legalidad de dicha adopción (= “segundo control”). Existe, por lo tanto, un “doble control” realizado, en todo caso, con arreglo al mismo *standard* legal (= el DIPr. del Estado de origen de la adopción). El nombre “doble control” está tomado de la jurisprudencia del TJCE relativa al modo de controlar la regularidad de la notificación como requisito para acreditar el respeto de los derechos de defensa y poder, así, otorgar el *exequatur* en relación a la resolución extranjera en otro Estado miembro, todo ello en aplicación del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 (= la regularidad de la notificación se precisaba con arreglo al Derecho del Estado de origen de la resolución: STJCE 16 junio 1981, *Klomps*, STJCE 15 julio 1982, *Plastic*, STJCE 3 julio 1990, *Lancray*, STJCE 12 noviembre 1992, *Minalmet*). El esquema metodológico es el mismo: dos controles de la regularidad de la adopción (= uno llevado a cabo por la autoridad del Estado de origen y otro realizado por la autoridad del Estado de recepción de la adopción) y ambos controles se realizan con referencia al mismo sistema legal (= las normas de competencia judicial internacional y las normas de conflicto del Derecho del Estado de origen de la adopción). Una lectura de esta jurisprudencia resulta muy ilustrativa al respecto desde un punto de vista metodológico.

Cada país dispone de sus reglas jurídicas en materia de adopción internacional. Tales reglas constituyen la “perspectiva nacional” de lucha contra el tráfico de menores (= el modo en que cada Estado

---

*comercio internacional*, XX Jornadas AEPDIRI, Madrid, 2005, pp. 223-237; B. ANCEL, “Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères”, *TCFDIP*, 1986/1987, pp. 25-56; B. ANCEL, “Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères”, *RDIPP*, 1992, pp. 201-220; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “Le Forum Shopping devant les juridictions françaises”, *TCFDIP*, 1998-1999, 2001, pp. 49-70; P. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Forum Shopping in the European Judicial Area*, 2007.

<sup>134</sup> Exposición de Motivos LAI (III): “(...) Con base en lo anterior, la Ley establece un régimen para el reconocimiento en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normativa internacional aplicable. Dicho régimen gira en torno a una idea elemental: la adopción sólo será reconocida en España si se ha constituido válidamente en el Estado de origen y si, además, satisface determinadas exigencias de regularidad jurídica o que giren en torno al interés del adoptando. De ese modo, se evita que una adopción que no haya sido regularmente constituida en un país extranjero, pueda desplegar efectos legales en España y que las adopciones constituidas sin un respeto suficiente a los mínimos niveles de justicia, con especial atención al interés del menor, surtan efectos en España”.

regula la adopción para garantizar que no encubre un tráfico de menores). Pues bien, para asegurarse de que la constitución de la adopción en un país extranjero fue correcta y no escondió ningún tráfico de menores, resulta necesario articular un “segundo control de legalidad” en España que acredite que las normas de DIPr. del Estado de constitución de la adopción fueron correctamente aplicadas a la misma. Además, debe añadirse un “control adicional” de respeto a ciertos “standards de Justicia” (= ya que, a diferencia de la situación en Europa, caracterizada por la presencia de una cierta “comunidad legal”, el sistema legal extranjero puede diferir muy notablemente del sistema legal español). Este enfoque se enmarca en el escenario metodológico propio de la Ley 54/2007: el legislador español es consciente de que no está solo en el planeta Tierra. Existen otros legisladores estatales que regulan la adopción como tienen por conveniente y, en principio (= es decir: salvo externalidad negativa que dañe la estructura de la sociedad española y provoque la intervención del orden público internacional), tales regulaciones son tan válidas como la española. No se trata, por lo tanto de imponer una “adopción a la española” a todos los países del mundo, de modo que no se reconozcan en España las adopciones extranjeras que no hayan sido constituidas con arreglo a los foros de competencia judicial internacional “españoles” ni con arreglo a las normas de conflicto “españolas”. Este sistema es absurdo, retrógrado, imperialista, reaccionario, provinciano, penaliza la circulación internacional de las adopciones y perjudica, por ello, el interés del menor, por mucho que se haya seguido en España durante numerosos años. El art. 26.1.1º LAI supera ese estadio legal decimonónico e introduce al DIPr. español en el siglo XXI desde el punto de vista del control de la competencia judicial internacional del juez de origen. Las críticas que entonan cantos de retorno en favor de un control “a la española” de la legalidad de la adopción extranjera, son críticas decimonónicas, superadas, pasadas de moda y metodológicamente pobres, cuyo carácter sesgado resulta patente.

**104.** Sobre tales bases de método, es fácil deducir que el art. 26.1.1º LAI impide que surta efectos legales en España una adopción que se ha pronunciado de manera contraria a la Ley en el Estado de origen, por no haberse respetado los foros de competencia judicial internacional de dicho Estado. En consecuencia, “adopción ilegal en el Estado de origen por no haberse ajustado a tales foros de competencia judicial internacional” significa “adopción que no surge efectos legales en España”. Naturalmente, el juez de origen puede cometer errores (= como los puede cometer un juez español), y naturalmente, ello no evita la presencia de fraudes u otras irregularidades en la adopción constituida en el extranjero. Naturalmente, es posible que la adopción constituida en el extranjero sin respetar los foros de competencia judicial internacional de dicho país puede no ser nula, pero sin duda, será jurídicamente irregular (= constituida, *per definitionem*, contra las Leyes del Estado de origen en materia de competencia judicial internacional). Pero es indudable que al controlar “dos veces” y con arreglo a las mismas normas, la legalidad de los foros de competencia judicial internacional utilizados para pronunciar la adopción, se reduce el riesgo de una adopción fraudulenta o ilegal y se potencia el ajuste a la legalidad de la adopción constituida por autoridad extranjera. Así, con ello se evita que una adopción no constituida regularmente en un país extranjero, pueda desplegar efectos legales en España (= pues podría encubrir un caso de “tráfico de menores”). En efecto, carece de sentido y vulnera el principio de “libre circulación de adopciones internacionales” admitir el reconocimiento en España de una adopción que no es válida o que es irregular en el Estado de origen (= Estado cuyas autoridades han constituido la adopción). Este control de la competencia judicial internacional según los parámetros legales del Estado de origen refuerza la legalidad de la adopción extranjera (= adopción “preparada para cruzar la frontera”), por lo que potencia la validez internacional de la adopción. Es obvio que este requisito de ajuste de la adopción extranjera a las normas de competencia judicial internacional extranjeras se justifica en el interés del menor. Las autoridades extranjeras deben ejercer sus competencias dentro de los límites marcados por su propio legislador a través de tales normas de competencia judicial internacional. También es evidente que ello exigirá una prueba, por parte de los interesados, del Derecho extranjero que regula la competencia judicial internacional. Aunque ello aumente la carga burocrática de la adopción internacional, no es un obstáculo insalvable, ya que si las ECAIs hoy día acreditan sin especiales dificultades las condiciones de fondo que se exigen a los adoptantes españoles en un país extranjero, podrán también acreditar si demasiados problemas, cuáles son los foros de competencia judicial internacional de la legislación de dichos países. Y ello, como se ha dicho, en interés del adoptando.

**105.** En cuanto a la segunda crítica, que no cunda el pánico. Aunque el legislador no haya definido qué debe entenderse por “*conexión razonable*”, que no cunda el pánico. También el TS utiliza dicho sistema para controlar la competencia del juez de origen en el contexto del art. 954 LEC 1881 y la noción no se halla definida en la LEC. Es preciso conceder un espacio operativo a los jueces con el objetivo de que puedan precisar dicho concepto en relación con el caso concreto, ya que la multiplicidad de supuestos y matices que pueden surgir en la práctica de las adopciones internacionales supera cualquier intento sistematizador y cualquier intento de “colocar en una lista” los supuestos en los que se verifica una conexión razonable”. El legislador emplea con extrema frecuencia dichos conceptos en las normas de DIPr. precisamente, por la riqueza fáctica de los casos reales de la vida internacional (= imposible de encerrar en normas escritas y cerradas). El concepto de “orden público internacional” es paradigmático al respecto. Ningún texto legal de DIPr. contiene una “lista de casos” en los que la aplicación de la Ley extranjera provoca infracción del orden público internacional. Y ello no tiene por qué conducir a una “inseguridad jurídica”. Numerosas normas de DIPr. son deliberadamente “abiertas” en su “textura legal” para permitir ese “desarrollo judicial” (= normas que recurren a “*unbestimmte Begriffe*”). Como expresa H. MUIR-WATT, “*la mayor parte de las leyes recientes en materia de Derecho internacional privado consagran reglas de textura abierta, que dejan una parte importante a la apreciación del juez, llamado, ya a concretar o ya a corregir la conexión prevista*”<sup>135</sup>. En la misma línea, G.S. MARIDAKIS ha indicado que “*el juez completa la obra del legislador cada vez que, sin salir del cuadro trazado, [el juez] crea la regla individual de DIPr. válida para el caso concreto*”, idea que se encuentra ya en la *Política* de Platón<sup>136</sup>. Igualmente, F. RIGAUX ha remarcado la extrema importancia de los “conceptos jurídicos indeterminados” en DIPr., que “*abren un campo prácticamente ilimitado al ‘savoir-faire’ de los jueces*”<sup>137</sup>. Legislador y jueces colaboran a través de la formulación y concreción de los conceptos jurídicos indeterminados que utilizan las normas de DIPr., con el objetivo de alcanzar el mejor resultado.

#### **D) Reconocimiento de la adopción en España y control de la Ley aplicada por el juez de origen.**

**106.** Ciertos autores han indicado que el modo en que el art. 26.1.2º LAI controla la Ley aplicada por la autoridad de origen para constituir la adopción no es adecuado porque se trata de un control que no evita que la adopción sea declarada inválida en el Estado de origen, que no garantiza que la adopción sea válida en el país de origen y que no evita el reconocimiento en España de adopciones fraudulentas<sup>138</sup>. Debe recordarse que el art. 26.1.2º LAI precisa que, para ganar el reconocimiento en España, es necesario que la adopción constituida en país extranjero, “*se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción*”. A ello se añade que “*si la autoridad española comprueba que no se ha prestado alguna declaración de voluntad o no se ha manifestado el consentimiento exigido por la ley extranjera*

<sup>135</sup> H. MUIR-WATT, “Les principes généraux en droit international privé français”, *JDI Clunet*, 1997, pp. 403-415, esp. p. 407: “*la plupart des lois récentes en matière de droit international privé consacrent des règles à texture ouverte. laissant une part importante à l’appréciation du juge, appelé soit à concrétiser, soit à corriger le rattachement prévu*”.

<sup>136</sup> G.S. MARIDAKIS, “Introduction au Droit international privé”, *RCADI*, 1962, vol. 105, pp. 375-515, esp. p. 413: “*C’est dire que le juge complète l’oeuvre du législateur toutes les fois que, sans sortir du cadre ainsi travé, il crée la règle individuelle de droit international privé valable pour le cas d’espèce*”.

<sup>137</sup> F. RIGAUX, “Les concepts indeterminés en droit international privé et en droit communautaire”, *Estudios em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 623-647, esp. p. 636: “*les concepts utilisés dans ces règles [règles de rattachement] sont eux-mêmes indéterminés et ouvrent dès lors un champ à peu près illimité au savoir-faire des juges*”. Vid. también, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Sobre la vinculación del juez a la Ley en Derecho internacional privado”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thompson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 6309-6322, esp. p. 6315.

<sup>138</sup> En este sentido, S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 63-65, y en idéntica línea clónica, P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 9, así como J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 427. y también, R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), pp. 26-27.

*reguladora de la constitución de la adopción, dicho requisito podrá ser completado en España, ante las autoridades competentes españolas con arreglo a los criterios contenidos en esta Ley, o ante cualquier otra autoridad extranjera competente*". Pues bien, frente a tales afirmaciones, cabe oponer los siguientes argumentos.

**107.** Primero: el art. 26.1.2º LAI permite combatir con eficacia las adopciones fraudulentas, irregulares y resultado de prácticas de corrupción judicial y administrativa que pudieran haberse dado en la adopción constituida por la competente autoridad extranjera. En efecto, una adopción que no se ajustó a la Ley que debió aplicar la autoridad extranjera con arreglo a su sistema de normas de conflicto, por mucho que se haya dictado en dicho país extranjero, es una adopción pronunciada "fuera de la Ley", una adopción "jurídicamente irregular en origen". Por ello no debe producir efectos legales en España.

El precepto recoge la necesidad de practicar un "control conflictual con arreglo a las normas de conflicto extranjeras" (*Anerkennungsprinzip*). El art. 26.1.2º LAI exige que la autoridad española controle que la autoridad extranjera aplicó a la constitución de la adopción internacional la Ley a la que conducen sus propias normas de conflicto de Leyes. Este modo de controlar la Ley aplicada a la constitución de la adopción internacional es plenamente lógico. Carecería totalmente de sentido exigir que una autoridad extranjera hubiera aplicado una Ley que no es la Ley que debió aplicar con arreglo a sus normas de conflicto. El art. 26.1.2º LAI requiere que la autoridad española acredite que la autoridad extranjera aplicó a la "constitución de la adopción", sus normas de conflicto y en consecuencia, las Leyes estatales designadas por tales normas. El control se detiene ahí, porque una mayor profundidad del mismo desvirtuaría el procedimiento de reconocimiento de la adopción en España ya que lo acercaría peligrosamente a una "revisión total del caso" ya fallado por la autoridad extranjera. Y no se trata de "volver a revisar" todo el proceso de adopción, ya que en tal caso, resultaría inútil todo el sistema de reconocimiento de adopciones y se obligaría a los interesados, en la práctica, a constituir una nueva adopción en España. La autoridad española debe proyectar el "control conflictual" sobre todos los aspectos legales de la "constitución de la adopción": capacidad, fondo y forma de la adopción. Por otro lado, la "no revisión del fondo" de la resolución extranjera por la que se constituye una adopción presenta una excepción muy específica (art. 26.1.2º.II LAI): el necesario control de los consentimientos y declaraciones de voluntad exigidos por la ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción. Resulta así necesario controlar, por la autoridad española, *ex art. 26.1.2º.II LAI*, los "consentimientos", las "audiencias" y los "asentimientos" exigidos por la Ley reguladora de la constitución de la adopción. Esta interpretación refuerza el "interés del menor". Se trata, en consecuencia, de "reforzar los controles" de la adopción extranjera pero sin caer en la perversión de un sistema de *révision* a la francesa. Se trata de llegar hasta donde es razonable llegar en el control de ajuste a la Ley extranjera (= "control conflictual"). Exigir el control material de la corrección de la aplicación de la Ley aplicable y exigir, vigilar y controlar la corrección de la observancia de una posible "fase administrativa" previa de la adopción constituida en el extranjero, equivaldría a dinamitar todo el sistema de reconocimiento, a destruir toda confianza en la Justicia extranjera y a supondría un enorme incremento de costes para los particulares implicados (= obligados, en la práctica, a constituir la adopción "dos veces": una en el Estado de origen y otra, en España, ya que un control muy profundo de la legalidad de la adopción extranjera, se semeja, peligrosamente, a una constitución de la adopción).

Debe recordarse que la STEDH 28 junio 2007, *Wagner*, declaró que las autoridades de Luxemburgo habían vulnerado el art. 8 CEDH 1950 [derecho al respeto a la vida familiar] al haber negado el reconocimiento en Luxemburgo a una adopción constituida en Perú, por la razón de que las autoridades del Perú no habían aplicado a la constitución de la adopción la Ley nacional del adoptante, que es el criterio que se sigue en Luxemburgo, Ley que prohíbe adoptar a personas solteras. El TEDH indicó que existía una "familia" legal y válidamente formada con arreglo al Derecho aplicable según el DIPr. peruano, por lo que negar su existencia en Luxemburgo, suponía vulnerar el art. 8 CEDH. La negativa a reconocer la adopción peruana en Luxemburgo surgió por el simple hecho de que, para decidir si la adopción peruana surtía efectos legales en Luxemburgo, las autoridades luxemburguesas aplicaron "sus normas de conflicto" (luxemburguesas). Ello resultaba completamente ilógico y absurdo, ya que las autoridades peruanas aplican, para constituir una adopción, "sus" normas de conflicto (peruanas). Al establecer un control conflictual con arreglo a las normas de conflicto del "Estado de origen de la adopción", el art. 26.1.2º LAI, evita que España pueda incumplir el art. 8 CEDH. El art. 26.1.2º LAI, de este modo, respeta la "legalidad"

surgida en otro país (= la adopción constituida en un Estado extranjero a través de la aplicación de las normas de conflicto extranjeras). El art. 26.1.2º LAI respeta la familia adoptiva que nace con arreglo a las normas de conflicto de otros países. No se exige que las autoridades extranjeras que han constituido una adopción, hayan aplicado las normas de conflicto “españolas”, lo que carecería de todo sentido y resultaría imperialista, chauvinista y contrario a la circulación internacional de los modelos familiares. Eso fue lo que vino a decir, con claridad cristalina, el TEDH en su STEDH 28 junio 2007, *Wagner*: que los Estados partes en el CEDH 1950 deben respetar y asumir los modelos de familia constituidos legalmente y nacidos legalmente en otros países con arreglo a su sistema de normas de conflicto.

**108.** Segundo: el art. 26.1.2º LAI evita, efectivamente, que la adopción sea declarada inválida en el Estado de origen, lo que podría suponer la invalidez de la misma también en España. Este objetivo no se puede conseguir con un mero control de ajuste de la adopción extranjera al orden público internacional español. En efecto, una adopción que se constituye en un país X mediante la aplicación de un Derecho (L1) que, según las normas de conflicto del Estado X, no es el Derecho que debe regir la adopción, corre el riesgo de ser declarada nula en el Estado X. El control del ajuste a la Ley aplicable recogido en el art. 26.12º LAI impide reconocer dicha adopción extranjera en España, lo que a su vez, evita que una ulterior declaración de nulidad de la adopción en el Estado X conduzca a la indeseable situación de contemplar que la adopción resulta nula en el Estado X, pero es válida en España.

**109.** Tercero: visto que el “control conflictual” recogido en el art. 26.1.2º LAI se limita, en efecto, a comprobar que la autoridad extranjera ha aplicado a la adopción las Leyes designadas por las normas de conflicto extranjeras del país al que pertenecen tales autoridades (= “control conflictual”), es posible que se hayan constituido adopciones nulas en el extranjero en relación con las cuales se hayan inobservado o se hayan aplicado de modo incorrecto, las normas materiales que rigen la adopción. Ejemplo: puede haberse constituido una adopción por autoridad rusa que no respetó los requisitos de capacidad de los adoptantes exigidos por la Ley rusa, pero puede suceder que la resolución rusa de adopción logre superar el control de Ley aplicable recogido en el art. 26.1.2º LAI y que alcance su reconocimiento en España. Pues bien, este posible supuesto no debe conducir a afirmar, apresuradamente, que el art. 26.1.2º LAI no impide el reconocimiento o la validez en España de adopciones nulas en el país de origen, como han indicado incorrectamente algunos autores<sup>139</sup>. En efecto, la Ley 54/2007 constituye un “todo sistemático” (= dotado de un completo arsenal entrelazado de herramientas jurídicas para lograr sus objetivos). Por ello, hay que leer este art. 26.1.2º LAI en su contexto global (= sin aislarlo del “escenario jurídico” en el que se inserta). Ello permite recordar que, ante estas adopciones nulas en el Estado de origen pero que sí pueden superar el control conflictual del art. 26.1.2º LAI, dos soluciones, expresamente contempladas en la Ley 54/2007, pueden activarse: (a) Instar, ante los tribunales españoles (arts. 15.1 y 22 LAI), la nulidad de la adopción; (b) Instar la nulidad de la adopción extranjera ante los tribunales extranjeros y, posteriormente, solicitar en España el reconocimiento de dicha sentencia extranjera de nulidad de la adopción. De ambos modos, la adopción será nula tanto en el Estado cuyas autoridades la constituyeron como en España.

### **E) Eficacia en España de adopciones constituidas en país extranjero y excepción de orden público internacional.**

**110.** Determinados autores han señalado que el art. 31 LAI resulta inexacto porque dicho precepto se olvida de señalar que indica que se denegará el reconocimiento en España de la adopción “plena” que produzca efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español”, pues el art. 31 LAI sólo alude a la “*adopción simple, o menos plena*”<sup>140</sup>.

<sup>139</sup> Es el caso de P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 9.

<sup>140</sup> S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 66-67. También P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 11.

**111.** Esta crítica es ajustada y certera. Aunque resulta, sin duda, exagerada, por lo que se adivina, con facilidad, que dicha crítica persigue un propósito no explicitado. Es cierto, en efecto, que el art. 31 LAI contiene un “error por omisión”. Debía haber mencionado, igualmente, tanto la adopción “simple” o “menos plena”, como la adopción “plena” y no lo hizo. La propuesta del Gobierno contenía dicha referencia, que fue eliminada, sin duda, por un error en la tramitación parlamentaria. En todo caso, sin embargo, la situación no debe alarmar. Para resolver la cuestión, es perfectamente posible recurrir a diversos expedientes<sup>141</sup>. En primer lugar, cabe aplicar ese mismo art. 31 LAI por *analogía legis* a las adopciones “plenas”. En segundo lugar, es posible también recurrir a la *analogía juris*, de modo que el principio general del DIPr. español y según el cual no pueden surtir efectos jurídicos en España las resoluciones extranjeras que producen efectos contrarios al orden público internacional español, puede proyectarse sin problemas, también, a las adopciones plenas. En tercer lugar, cabe igualmente, recordar que, visto que en virtud del art. 26.1.2º LAI debe controlarse la aplicación de la Ley correspondiente según las normas de conflicto del Estado de origen, puede “tomarse en consideración” el círculo hermenéutico del art. 23 LAI, y proyectarlo ahora a las cuestiones de reconocimiento de adopciones extranjeras en España<sup>142</sup>. De ese modo, cuando la aplicación de la Ley que debió regir la constitución de la adopción “*resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español*” (art. 23 LAI), se rechazará el reconocimiento en España de esa adopción plena.

## 5. Cuestiones relativas a la adopción simple y *kafala*.

### A) El concepto de adopción simple y el art. 15.4 LAI.

**112.** Ciertos autores han criticado el concepto de “adopción simple” que se contiene en el art. 15.4 LAI. El precepto establece que: “*A efectos de lo establecido en esta Ley, se entenderá por adopción simple o menos plena aquélla constituida por autoridad extranjera competente cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española*”. Indican estos autores que, con tal definición, quedaría excluida la adopción simple que pudiera ser constituida por la autoridad española<sup>143</sup>.

**113.** Para rebatir esta crítica resulta necesario recordar ciertos datos preliminares relativos al régimen de la adopción simple en la Ley 54/2007.

1º) Las adopciones “no plenas” cubren, en realidad, un arco muy amplio de supuestos heterogéneos, no iguales entre sí, como muy bien ha sido puesto de relieve por F. CALVO BABÍO<sup>144</sup>. Debe por tanto deslindarse entre: (a) La adopción simple o adopción con efectos atenuados (= como la adopción del Derecho de Guatemala o la que existe también en Argentina, Uruguay y Venezuela). Esta adopción simple crea un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado pero no entre éste y la familia de aquél; (b) La adopción plena revocable o semiplena. Y naturalmente, la regulación de todos estos tipos de adopciones en los distintos Derechos estatales difiere en no pocos aspectos sustanciales.

2º) Resulta indudable que la adopción simple o menos plena sólo puede constituirse por aplicación de una Ley extranjera, ya que en España, y salvo ciertos supuestos de Derecho transitorio hoy ya muy residuales, sólo existe la “adopción plena” (= llamada por el Código civil, “adopción”, sin más), desde la entrada en vigor de la Ley 21/1987 de 11 noviembre, sobre modificación del Código civil y de

<sup>141</sup> 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*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. pp. 34-35.

<sup>142</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, pp. 193-194.

<sup>143</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*; Id., “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 66. En idéntico sentido, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp.p. 423.

<sup>144</sup> F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Univ. RJC, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 123-178.

la Ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores<sup>145</sup>.

3º) El art. 1.2 LAI incluye, sin duda ninguna, en el concepto de “adopción internacional”, tanto la adopción plena como la adopción simple. En consecuencia, las reglas sobre competencia judicial internacional para la constitución, revisión, y nulidad de la adopción contenidas en los arts. 14-17 LAI son aplicables a la adopción simple. Igualmente, las normas de conflicto recogidas en los arts. 18-23 LAI señalan la Ley aplicable tanto a la adopción plena, como a la adopción simple. En el caso de que el adoptando tenga su residencia habitual presente o futura en España, la Ley que rige la adopción es la Ley sustantiva española, por lo que no cabrá constituir una adopción simple por juez español (= esa adopción se integra en la sociedad española y la sociedad española se rige por la Ley española, que no admite la adopción simple). Sin embargo, en el supuesto de que el adoptando tenga su residencia habitual presente fuera de España y no vaya a ser trasladado a España para fijar su residencia habitual en España, la adopción se registrará por una Ley extranjera (= pues dicha adopción afecta a la sociedad “extranjera”, no a la sociedad “española”). Si en dicha Ley se contempla la adopción simple, el juez español podrá constituir dicha adopción simple. Debe recordarse que el concepto español de “filiación” comprende tanto las adopciones plenas (= la “adopción” hoy reguladas por el Código Civil), como la adopción “simple” (= cuyos efectos son reconocidos con carácter transitorio por el mismo Código Civil español como casos, también, de “filiación adoptiva”). Por ello, puede decirse que la adopción “simple” no es una institución desconocida para el legislador español<sup>146</sup>. Por otro lado, el juez español podrá, sin embargo, rechazar la constitución de tal adopción simple contemplada por una Ley extranjera si considera que dicho ordenamiento produce consecuencias contrarias al orden público internacional español y en particular porque la adopción simple no encaje con el interés superior del menor (= ya que la adopción simple podría perjudicar al menor si otra institución de protección del mismo le resulta más conveniente). La posibilidad de constituir una adopción simple por parte de autoridades españolas es lógica, pues si se permite que tengan eficacia legal en España las adopciones simples como tales “adopciones simples”, resulta difícil negar la constitución en España de tales adopciones simples cuando una Ley extranjera así lo determine<sup>147</sup>.

**114.** Con arreglo a lo expuesto, la crítica anterior resulta fácilmente rebatible mediante dos argumentos complementarios.

Primero. El número de adopciones simples que puede constituir un juez español por aplicación de una Ley extranjera que lo permita, conformará una minoría muy reducida en comparación con la inmensa mayoría de casos de adopciones simples cuyos efectos se intentan hacer valer en España (= que serán las constituidas por autoridades extranjeras). Ésa es la razón de que el art. 15.4 LAI indica que la “adopción simple” es aquella que “*ha sido constituida por autoridad extranjera competente*”. El legislador se detiene en el tipo de adopción simple más usual, es decir, en la adopción constituida por autoridades extranjeras (= le legislador se ha fijado en la “adopción simple más frecuente”). En consecuencia, no procede realizar una interpretación *a contrario* de dicho precepto y excluir del concepto de “adopción simple” aquella que puede ser constituida por un juez español por aplicación de una Ley extranjera que así lo contemple (= que sólo muy raramente se planteará ante las autoridades españolas). Basta comprobar que la jurisprudencia española que se ha referido a las adopciones simples ha recaído en relación con adopciones simples constituidas por autoridades de otros Estados y que las decisiones judiciales españolas relativas a adopciones simples acordadas por jueces españoles, son rarísimas, si no inexistentes.

Segundo. El art. 30 LAI se refiere a los efectos jurídicos en España de la “*adopción simple o menos plena legalmente constituida por autoridad extranjera*” (= *vid.* la rúbrica del precepto). Significa ello que el legislador asume que existen adopciones simples que pueden no haber sido constituidas por autoridades extranjeras sino por los jueces españoles. En caso contrario, el precepto se referiría, simplemente, a las “adopciones simples”, lo que no hace. Por lo tanto, las adopciones simples pueden haber sido constituidas por autoridad extranjera o por autoridad española y si el art. 15.4 LAI se concentra en las primeras

<sup>145</sup> BOE núm.275 de 17 noviembre 1987.

<sup>146</sup> Otra perspectiva en J.M. ESPINAR VICENTE, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, núm.18, 24 octubre 2008, tomo II, versión on line ([www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)).

<sup>147</sup> Sobre la cuestión, *vid.* J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, p. 370.



es, simplemente, porque serán las que, con mayor asiduidad, susciten cuestiones jurídicas en España.

## B) La Ley reguladora de la conversión de la adopción simple en adopción plena.

**115.** El art. 30.4 LAI indica que las “*adopciones simples o menos plenas constituidas por autoridad extranjera competente podrán ser transformadas en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello*” y que “[l]a conversión se regirá por la ley determinada con arreglo a las disposiciones de esta Ley”. Para que la adopción simple surta efectos legales en España, la LAI no obliga a los interesados a instar el procedimiento de “conversión de la adopción simple en adopción plena española” recogido en el art. 30.4 LAI (*contra*: AAP Toledo 15 junio 2009 [adopción guatemalteca y nueva adopción plena en España], que estima que, en estos casos, el procedimiento recogido en el art. 30.4 LAI es obligatorio y excluyente). En efecto, los interesados podrían también instar *ex novo* la constitución de una adopción plena “española” en relación con un sujeto que ha sido adoptado en forma simple o menos plena en un país extranjero.

**116.** Con esta regulación, el art. 30.4 LAI ha acogido expresamente las propuestas que ciertos autores habían realizado, de modo muy certero, en orden a permitir la transformación de la adopción “simple” extranjera en adopción “plena” española<sup>148</sup>. Y ha seguido la sugerencia recogida en el art. 27 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993<sup>149</sup>. La opción seguida por el legislador español representa “*una indudable apertura a la diversidad de medidas posibles existentes en países con tradición cultural diversa*”<sup>150</sup>. Sin embargo, otros autores sostienen que este precepto no exige ninguna consulta del Derecho extranjero que reguló la constitución de la adopción simple, y que por tanto, podría aplicarse y “forzar a una transformación” de la adopción simple extranjera en adopción plena española. No sería preciso, en consecuencia, considerar si la Ley extranjera permite o no permite la conversión de la adopción simple en plena. Sostienen, igualmente, estos autores que exigir que la Ley extranjera aplicada a la adopción simple deba “permitir” la transformación de dicha adopción en adopción “plena” supone “viajes jurídicos innecesarios” y “obstáculos aleatorios”, y que resulta, en definitiva, un mero “peaje”<sup>151</sup>.

**117.** La refutación de esta crítica resulta sencilla. Para ello es preciso no olvidar que, a los efectos de “convertir” una adopción simple en una adopción plena, existe un amplio arco de posibilidades jurídicas. El procedimiento previsto en el art. 30.4 LAI para la “conversión de la adopción simple o menos plena en una adopción plena española” es sólo una de tales posibilidades. Pues bien, el procedimiento regulado en el art. 30.4 LAI supone un “cambio de la Ley aplicable a la adopción” (= una adopción “simple” regida, inevitablemente, por un Derecho extranjero con arreglo al cual se constituyó dicha adopción “simple” pasa a ser una adopción “plena” regida por el Derecho español. Este procedimiento de transformación de

<sup>148</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “La eficacia extraterritorial de la adopción simple (el reconocimiento en España de las adopciones simples constituidas al amparo de ordenamientos iberoamericanos)” en N. GONZÁLEZ MARTÍN, *Estudios sobre adopción internacional*, México 2001, pp. 365-385; 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*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 50.

<sup>149</sup> Texto del Convenio en BOE núm.182 de 1 agosto 1995. El art. 27 de dicho Convenio establece: “1. Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio dicha adopción podrá ser convertida en un adopción que produzca tal efecto, si: a) La Ley del estado de recepción lo permite. b) Los consentimientos exigidos en el artículo 4, apartados c) y d), han sido o son otorgados para tal adopción. 2. El artículo 23 se aplicará a la decisión sobre la conversión de la adopción”. Vid. también el art. 4.1.c) de dicho Convenio, cuyo contenido parece haber sido seguido muy de cerca por el legislador español en el art. 30.4 LAI.

<sup>150</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 54-55.

<sup>151</sup> 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*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 51.

adopción simple en adopción plena recogido en el art. 30.4 LAI es un procedimiento totalmente voluntario. Los interesados pueden optar por una conversión de la adopción simple en adopción plena regida por el Derecho extranjero o por una constitución *ex novo* de una adopción plena española que tiene presente la situación legal del adoptando en forma simple. La opción varía en función del “impacto espacial”, perseguidos por los interesados, en relación con los efectos jurídicos de la adopción. Si se pretende que la adopción plena surta efectos única o primordialmente en el país cuya Ley regula la adopción simple, los interesados optarán por prescindir del art. 30.4 LAI y elegirán transformar la adopción con arreglo a la Ley extranjera regulada en los arts. 18-21 LAI, si ello es posible (= el Derecho español no es aplicable porque no interesan los efectos legales de la adopción en España, de modo que la adopción simple “extranjera” se transforma en adopción plena también “extranjera”). Si se pretende que la adopción plena surta efectos, exclusivamente, en España, es preferible optar por la constitución *ex novo* de la adopción en España (= caso en el cual, son de aplicación los arts. 16-21 LAI, que conducirán con un grado muy elevado de probabilidad, a la aplicación de la Ley sustantiva española). Si, por último, se pretende que la adopción plena “española” produzca efectos jurídicos tanto en España como en el país extranjero cuya Ley rigió la constitución de la adopción simple, el art. 30.4 LAI es el procedimiento adecuado. En efecto, dicho procedimiento conduce a una adopción plena “española” (= los plenos efectos legales de dicha adopción en España quedan garantizados), pero que no ignora la realidad, insoslayable, de que dicha adopción plena española arranca de una previa adopción simple regulada por el Derecho extranjero. Así es, se toma como punto de partida dicha realidad (= la plataforma jurídica para la adopción plena española es, siempre, una adopción simple “extranjera”), y se trata de “sintonizar” con dicha realidad. Se trata de no soslayar que la adopción simple extranjera existe y se trata de procurar que la transformación en plena de tal adopción surta efectos legales en el país extranjero del que se trate. De ahí la necesidad de interpretar que la Ley extranjera con arreglo a la cual se constituyó la adopción simple debe “permitir” la transformación de tal adopción simple extranjera en adopción plena española. Así, ésta última podrá extender sin dificultad sus efectos jurídicos tanto en España como en el país de origen. Esta “tesis acumulativo-distributiva” aparece claramente confirmada por la letra del art. 30 LAI. En efecto, este precepto remite, en primer lugar, a la Ley extranjera (= “*la conversión se regirá por la ley determinada con arreglo a las disposiciones de esta Ley*”), y en segundo lugar, a la Ley española (= “*En todo caso, para la conversión de una adopción simple o menos plena en una adopción plena, la autoridad española competente deberá examinar la concurrencia de los siguientes extremos (...)*”). Esta previsión (= que es una “aplicación contemporánea de Leyes”) resulta plenamente lógica: se trata de convertir una adopción simple en adopción plena y de garantizar, en la medida de lo posible, que dicha nueva adopción plena será considerada como tal y surtirá efectos jurídicos como tal, tanto en España como en el extranjero, y especialmente, en el Estado cuyas autoridades constituyeron la adopción simple. La Ley extranjera “ya aplicada” a la constitución de la adopción simple debe ser consultada a los efectos de “permitir” la conversión de la adopción de “simple” en adopción “plena”. Debe tratarse de la Ley extranjera “ya aplicada”, como se infiere del art. 15.2 LAI<sup>152</sup>, pues se trata de sintonizar la Ley española que “ahora” va a aplicarse para convertir una adopción simple en plena, con la Ley extranjera que se aplicó “en su momento” para constituir la adopción simple (= el principio del que deriva el art. 30 LAI, y que vertebró dicho precepto, es la “coordinación” entre la Ley extranjera aplicada a la adopción simple y la Ley española que ahora se aplicará a la adopción plena).

**118.** Por lo tanto, si la consulta del Derecho extranjero que reguló la constitución de la adopción simple resulta más compleja que la pura aplicación de la Ley sustantiva española a la conversión en plena de la adopción simple, ello está perfectamente justificado. Por varios motivos.

Primero: porque la consulta previa al Derecho extranjero constituye un “requisito necesario” para la validez internacional de la adopción plena surgida de la transformación de la adopción simple y dicha validez resulta fundamental para el respeto del derecho a la “identidad única del menor”. Por tanto, dicho requisito no constituye ni un “viaje jurídico innecesario”, ni un “obstáculo aleatorio” ni tampoco un “peaje”. Constituye un presupuesto para la validez internacional de la adopción, que, a su vez, es la garantía

<sup>152</sup> Art. 15.2 LAI: “*Si la ley aplicada a la adopción prevé la posibilidad de adopción simple, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la conversión de adopción simple en adopción plena en los casos señalados en el apartado anterior*”.

para potenciar el derecho a la identidad única del menor. En consecuencia, la “validez internacional de la adopción plena” no es “cuestión menor” ni es ningún “fantasma” ni es ninguna “obsesión” del legislador<sup>153</sup>. La validez internacional de la adopción es, como el mismo Convenio de La Haya de 29 mayo 1993<sup>154</sup> admite, una cuestión capital, pues de la misma depende el derecho a la identidad única del menor, que es un derecho de todo menor recogido en los arts. 3 y 8 de la art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (CDN), en vigor para España<sup>155</sup>. En efecto, el menor tiene derecho a disponer de una “identidad única” (= derecho a ser considerado “el mismo sujeto”, con iguales datos de identidad en los países con los que presenta una “conexión vital”), como ha sido indicado anteriormente (E. JAYME, A. GATTINI)<sup>156</sup>. Así lo ha indicado el TJCE en STJCE 16 octubre 2008, *Grunkin-Paul*. Interpretar el art. 30.4 LAI en el sentido que han sugerido ciertos autores, supone vulnerar este derecho subjetivo de todo menor, lo que resulta particularmente grave. Por el contrario, este derecho subjetivo, tal y como se contiene en los arts. 3 y 8 de la referida Convención de los derechos del niño, constituye un auténtico “parámetro aplicativo del Ordenamiento Jurídico”, una insoslayable “clave hermenéutica de interpretación del Derecho” (F. MORO)<sup>157</sup> que debe guiar la interpretación de todas las normas de DIPr.

Segundo: porque esta consulta previa al Derecho extranjero como un “requisito necesario” para la validez internacional de la adopción plena surgida de la transformación de la adopción simple, constituye un requisito que es consecuencia del enfoque general de la Ley 54/2007. En efecto, el Derecho extranjero “existe”, las adopciones constituidas con arreglo a un Derecho extranjero “existen” (= y existen con arreglo a tal Derecho extranjero). El legislador español no impone “por la fuerza” la aplicación de su Derecho sustantivo a la conversión de la adopción simple en plena. Por el contrario, el legislador español trata de sintonizar su regulación de la adopción plena (= regulación española reflejada en el art. 30.4 LAI), con la regulación de la adopción simple propia del Derecho extranjero (= regulación jurídica de la “ya existente” adopción simple). Es una cuestión de enfoque: para el legislador español, la “coordinación de Leyes estatales” (= resultante de la interpretación del art. 30.4 LAI que aquí se sostiene), es preferible a la “imposición radical de una Ley estatal sobre otra” (= perspectiva que sostienen otros autores). La segunda perspectiva opta por ignorar la existencia de una adopción simple regida por un Derecho extranjero, y por despreciar temerariamente la validez internacional de la adopción y el derecho a la identidad única del menor. La primera perspectiva se inclina por opta por el respeto del Derecho extranjero y de la coherencia de la situación individual del menor afectado (A. GOUTTENOIRE<sup>158</sup>). No resulta difícil preferir la primera y desechar la segunda, carente de argumentos y plagada de consecuencias indeseables.

### C) Equiparación entre la adopción simple y el acogimiento familiar.

119. Algún autor ha estimado que la Ley 54/2007 procede a equiparar la adopción simple con el acogimiento familiar, y que tal proceder es “*contrario al Convenio de La Haya de 1993*” (*cuyos principios pretende seguir la LAI*), en el que la adopción simple debe ser reconocida como tal”, de modo que “*la equiparación es incorrecta y degenera la adopción simple*”<sup>159</sup> (sic). Debe admitirse que la citada crítica presenta el mérito de reunir muchos errores en poco texto, lo que no es fácil.

<sup>153</sup> P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 2

<sup>154</sup> Art. 1 c) CH 1993: “*El presente Convenio tiene por objeto: ... c) Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio*”.

<sup>155</sup> BOE núm. 313 de 31 diciembre 1990.

<sup>156</sup> E. JAYME, “Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca”, *Rivista di Diritto civile*, 1995, núm.1, pp. 71-80, esp. p. 72; A. GATTINI, “Diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza”, *RDI*, 1996, pp. 93-109, esp. p. 95.

<sup>157</sup> F. MORO, “Observations sur la communitarisation du droit de la famille”, *RDIPP*, 2007, pp. 675-712.

<sup>158</sup> Vid. comentario de A. GOUTTENOIRE en [www.blog.dalloz.fr](http://www.blog.dalloz.fr), 30 noviembre 2007, en relación con la Sent. cour d’Appel de Paris de 25 octubre 2007: “*le respect du droit étranger et la cohérence de la situation individuelle des enfants concernés*”.

<sup>159</sup> P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2008, p. 10. En igual sentido se pronuncian, gracias al procedimiento de la “clonación de la crítica”, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 430.

**120.** Sobre la cuestión debe indicarse lo siguiente: 1º) Las adopciones simples surten efectos jurídicos en España “como tales adopciones simples”, y no son, en ningún caso, “degeneradas” a ninguna otra figura o institución legal. El art. 30.1 LAI, cuya lectura es aconsejable por los que lanzan la crítica que consta en el número anterior, acoge la tesis del “reconocimiento material a través de la Ley nacional del adoptando” (Res.Circular DGRN 15 julio 2006). Esta tesis significa que la adopción simple será considerada “existente” y “válida” en España si la misma se ajusta a la Ley nacional del adoptando. En dicho caso, la adopción simple será considerada “existente” y “válida” en España, pero como una “adopción simple”. No se la reconoce como un “acogimiento familiar” ni tampoco se la reconoce “como adopción”. No se la “degrada”, pero tampoco se la reconoce como “lo que no es” (= porque no es una “adopción plena” tal y como la regula el Derecho español); 2º) La equivalencia entre “adopción simple” y “acogimiento familiar” es una equivalencia meramente “funcional”, esto es, se realiza a los solos efectos y en la medida en que ello puede facilitar la conversión de una adopción “simple” en adopción “plena”. La adopción simple o menos plena será considerada como un “acogimiento familiar” aunque sólo a los efectos de su conversión en una adopción plena española, puesto que si ése no es el objetivo perseguido, la adopción simple surte en España los efectos de una adopción simple, y no de un “acogimiento familiar”: art. 30.1 y 2 LAI. No hay ninguna “equiparación incorrecta” ni ninguna “degeneración” de la adopción simple.

#### **D) El tratamiento jurídico de la *kafala* musulmana.**

**121.** Ciertos autores han indicado que la Ley 54/2007 propicia que se constituyan adopciones, en España, en relación con menores que han sido entregados en régimen de *kafala* en países musulmanes, países que prohíben o desconocen la adopción<sup>160</sup>. Según estos autores, “*la ‘conversión’ de las kafalas en adopciones se realiza sin apenas garantías y controles*”<sup>161</sup>.

**122.** Esta crítica es exagerada e incurre en diversos errores. Un análisis sereno del art. 34 LAI permite descubrir que el régimen jurídico de la cuestión es adecuado, ya que la constitución de la *kafala* en un país musulmán no supone, en ningún caso, que el *makful* pueda, por ese mero hecho, ser adoptado posteriormente en España. En efecto, el art. 34 LAI presenta dos objetivos: 1º) Impedir una equiparación directa, sin más, entre la *kafala* constituida por autoridades extranjeras y la adopción española; 2º) Permitir la “equiparación funcional” de la *kafala* a un acogimiento “español” o a una tutela “española”, como plataforma legal para facilitar la constitución *ex novo*, en España, de una adopción regida por la

<sup>160</sup> Es el caso de R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*). p. 6: “... esta exclusión contribuye a facilitar la constitución de adopciones respecto a niños trasladados a España en régimen de *kafala* sin asegurar que se hubieren otorgado los consentimientos a tal efecto y sin proteger de manera adecuada el interés superior del niño”, y p. 18: “[e]n la LAI se ha perdido la ocasión de tratar de manera directa una cuestión candente en la práctica española y susceptible de crear problemas, incluso diplomáticos, en el futuro. Existen en España asociaciones que promueven que personas que desean adoptar a un niño constituyan en países del Magreb *kafalas*, habida cuenta que en dicho países la adopción es una institución desconocida, respecto a la cual rige una prohibición de origen religioso. Posteriormente los niños acogidos bajo esta fórmula, se trasladan a España, tramitándose la correspondiente adopción (...) [e]n cualquier caso lo que es obvio es que los consentimientos y autorizaciones otorgados en el Estado de origen no contemplaban ni la extinción de vínculos jurídicos con la familia de origen ni la creación de vínculos jurídicos con la familia de recepción y que en la tramitación de la *kafala* se prescinde de los controles y garantías que rigen en materia de adopción internacional. Por tanto, las cautelas para proceder a tales “conversiones” de las *kafalas* en adopciones deberían ser mayores que las que rigen en el caso de la conversión de la adopción simple en plena, pues en dicho caso se ha autorizado al menos la constitución de un vínculo de filiación respecto a los adoptantes (...). Si bien la LAI regula en su Título III el reconocimiento de la *kafala* estableciendo su equiparación, según los casos, a un acogimiento familiar o tutela, guarda silencio sobre la posterior tramitación de la adopción, por lo que hay que entender que se aplican las reglas ordinarias previstas en la propia LAI para la adopción de niños de nacionalidad extranjera. Tratándose de niños extranjeros residentes en España la ley rectora de la adopción será la española (art. 16 LAI). Puesto que la regularización de las *kafalas* no se plantea como conversión de una adopción no está garantizado que se exijan las condiciones establecidas en el art.30.4 LAI...”.

<sup>161</sup> R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*). p. 20.

Ley española sobre el menor *makful*. La posibilidad de constituir *ex novo* una adopción española sobre el menor *makful* se rige por el art. 34 LAI y se fundamenta en los siguientes puntos.

1º) La *kafala* se equipara al “acogimiento familiar” o, en su caso, a una “tutela”, regulados en el Derecho español. El precepto sigue la tesis de la “calificación por la función”, muy bien explicada y utilizada con gran profusión por la DGRN. La DGRN entendió, en el pasado, que la *kafala* del Derecho musulmán desarrolla en Derecho musulmán una función jurídica similar a la que despliega, en Derecho español, el “acogimiento familiar” (RDGRN 14 mayo 1992, RDGRN 18 octubre 1993, RDGRN 13 octubre 1995, RDGRN 1 febrero 1996, RDGRN 21 marzo 2006 y SAP Granada, Sec.4ª, 25 abril 1995, Res.Circular DGRN 15 julio 2006, STSJ Madrid 31 enero 2008 [*kafala* marroquí]). Ahora la LAI prevé además, que la función que desarrolla puede ser similar a la tutela. Pero para poder practicar esta “equiparación funcional”, es preciso que concurren los requisitos recogidos en el art. 34 párrafos 1 a 4 LAI.

Debe subrayarse con el mayor énfasis que esta equiparación de la *kafala* extranjera con la tutela o con el acogimiento del Derecho español es una mera “equiparación funcional”, lo que presenta un doble significado. Primero: que no se trata de encontrar, en Derecho español, una institución legal que sea “igual” a la *kafala* islámica, porque tal institución no existe. Tampoco se trata de encontrar una institución legal española que desempeñe “la misma función” que la *kafala* desarrolla en Derecho musulmán, pues ello será, con frecuencia, también imposible. Se trata, realmente, de encontrar una institución legal española que cumpla, en Derecho español, una función “similar” a la *kafala* del Derecho islámico. Segundo: que dicha equiparación funcional sólo se realiza y sólo es operativa para facilitar la adopción posterior del menor *makful*. Por tanto la equiparación funcional con una tutela o un acogimiento es una solución meramente instrumental o transitoria, que sirve para potenciar y facilitar la adopción “española” del menor. Por otra parte, los interesados pueden solicitar dicha equiparación, simplemente, si ello les conviene. Pero esta equiparación funcional no es “obligatoria”. Los interesados pueden hacer valer en España la *kafala* como tal *kafala* (= siempre que la decisión extranjera en virtud de la cual se constituye la *kafala* haya superado su reconocimiento en España), sin necesidad alguna de transformarla en una institución legal española de protección de menores.

2º) Una vez reconocida en España la *kafala* como tutela o acogimiento familiar español, sus efectos jurídicos no se rigen por el art. 9.4 CC, ya que la *kafala* no genera “vínculo de filiación”, a diferencia de las adopciones simples. La *kafala*, una vez reconocida en España y equiparada a una “tutela” o a un “acogimiento familiar”, surtirá los efectos jurídicos de estas instituciones legales “españolas”. Equiparar, con carácter general, la *kafala* con una filiación adoptiva constituye un grave error incluso si ello se hace a efectos de la concesión de una pensión pública de orfandad (STSJ Madrid 31 enero 2008 [*kafala* marroquí]).

3º) Una vez reconocida la *kafala* en España y equiparada funcionalmente la misma a un acogimiento familiar español o a una tutela española, queda facilitada de modo muy notable la constitución posterior, *ex novo*, de una adopción plena en España, regida por la Ley sustantiva española (art. 176.2.II regla 3ª CC) sobre el menor en cuestión. En efecto, en estos casos no será precisa la “propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad” (muy correctamente AAP Barcelona 8 julio 2008 [*kafala* sobre menor marroquí acordada por autoridad judicial marroquí: equivalencia a acogimiento familiar español y posibilidad de adopción en España sin propuesta previa]; con grave error, AAP Tarragona 23 junio 2008 [negativa a una adopción internacional de menor marroquí sobre el que se constituyó en Marruecos una *kafala*, al exigirse de modo incorrecto, una “propuesta previa de la entidad pública española para la iniciación del expediente de adopción”]). El art. 24 LAI no impide esta interpretación ni obliga a requerir la “propuesta previa de la entidad pública” española en la que se haya declarado “idóneos” a los sujetos que tengan acogido al menor o a los sujetos tutores del menor. Explicación: el art. 24 LAI sólo exige la propuesta previa en relación con la adopción consular, aunque, por error material, la referencia a la “adopción consular” no conste en la rúbrica de este precepto, si bien dicha referencia sí que consta en el texto del precepto. Por otra parte, al constituirse la adopción ahora en España y con arreglo a la Ley española, quedan preservadas las posiciones jurídicas de los padres biológicos. En efecto, el art. 177 CC indica que deberán asentir a la adopción “los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación”, si bien, no será necesario el asentimiento “cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello”.

### III. Causas de la perspectiva desenfocada de las críticas injustas vertidas contra la Ley 54/2007.

#### 1. El positivismo legalista como placebo anticientífico.

123. La inmensa mayoría de las críticas contra la Ley 54/2007 se edifican sobre un único presupuesto epistemológico, de muy simple factura (= simplificación extrema de la realidad): estos autores enfatizan repetidamente que la Ley 54/2007 “dice lo que dice”<sup>162</sup>. A su juicio, el sistema español de DIPr. es un conjunto de normas “rígidas” que derivan de la “tradicición”<sup>163</sup>. En consecuencia, para los autores de las críticas clónicas contra la Ley 54/2007, sólo resultan admisibles las soluciones derivadas de una aplicación literal de las normas jurídicas escritas. Para estos autores, no cabe defender soluciones jurídicas no contempladas expresamente en la Ley 54/2007. Un recurso interpretativo no es posible si “la Ley no lo dice”, porque, según estos críticos, ello dañaría la seguridad jurídica y, además, comportaría “complejidad”. Y según los autores críticos con la Ley 54/2007, dicha Ley no incorpora “mecanismos de flexibilización” expresos de sus soluciones escritas. Afirman, igualmente, que si es preciso acudir a instrumentos interpretativos para aplicar correctamente la Ley 54/2007, ello sucede porque la propia Ley presenta una “escasa calidad técnica”<sup>164</sup> o, como indican otros autores, por la “pésima técnica legislativa de esta Ley”<sup>165</sup> o porque la Ley 54/2007 es una Ley “tan pobre desde un punto de vista técnico que difícilmente podrá incidir en la realidad”<sup>166</sup>. Además, la mayor parte de estos autores indican que la utilización de “conceptos jurídicos indeterminados” en DIPr. conduce al “subjetivismo”, lo que, igualmente, según dichos sujetos, daña la seguridad jurídica.

Por lo que afecta a la “apelación a la tradición”, salta a la vista que dicha “llamada de socorro” constituye una falacia (= falacia *ad antiquitatem*): la preferencia por normas rígidas de DIPr. no es la mejor opción sólo por ser la que deriva de la “tradicición”. Y además, está por demostrar que ello sea así, pues son muy numerosos los ejemplos de normas de DIPr. “flexibles”<sup>167</sup> y de normas de DIPr. “flexibilizadas” por la jurisprudencia y por la práctica española ya desde hace más de cincuenta años. En suma, hace muchos años, los tribunales españoles han utilizado diversos mecanismos para evitar los “resultados inadecuados” a los que conducía la formulación literal de ciertas normas de DIPr.<sup>168</sup>

Por lo que se refiere a la apelación en favor del tenor literal de la norma escrita, resulta sencillo percibir la inconsistencia de esta construcción. En efecto, afirmar que no cabe ninguna otra solución que la derivada del Derecho escrito es su formulación literal, es una frase que presupone que sólo la Ley escrita y sólo la letra de dicha Ley escrita, es Derecho. En consecuencia, se procede a un sistemático desprecio del elemento judicial, de la creación de reglas adaptadas al caso concreto, del papel de la equidad, y de la labor del operador jurídico como intérprete de las normas escritas. Para estos autores, sólo cabe aplicar un DIPr. “a la búlgara”. Varias razones explican lo erróneo de esta construcción.

<sup>162</sup> En este sentido, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 423.

<sup>163</sup> S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 41, que alude a “un sistema, repito, en el que la tradición ha optado por normas rígidas”.

<sup>164</sup> S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 48.

<sup>165</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 427.

<sup>166</sup> R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, [www.reei.org](http://www.reei.org), 2009 (versión *on line*), esp. p. 39.

<sup>167</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2004, pp. 72-82.

<sup>168</sup> Un extraordinario ejemplo de flexibilización se encuentra en la RDGRN 1 diciembre 1950. En dicha resolución, la DGRN evita la aplicación de la “Ley nacional del padre” (marroquí), que era la solución seguida por la jurisprudencia española en aplicación del art. 9 CC, en favor de la Ley nacional de la madre (belga), porque «*debe ceder el estatuto personal de la nación que se encuentra en un inferior grado de civilización, la marroquí*». Con independencia de que se comparta o no el resultado perseguido por la DGRN, debe destacarse el proceso flexibilizador que la DGRN inyecta en el sistema de DIPr. en fecha ya tan lejana. *Vid.* el texto de la resolución en *Anuario DGRN*, pp. 420-421, y acerca de la misma, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario al art. 9.4 CC”, en M. PASQUAU LIAÑO (DIR.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, 2ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 137-145.

**124.** Primera: las “normas flexibilizadoras” que permiten llevar a cabo un desarrollo judicial de las soluciones positivas existen en el texto de la Ley 54/2007. Los autores de las críticas contra la Ley 54/2007, simplemente devalúan tales normas flexibilizadoras (= no las citan ni las recogen, no leen correctamente el texto legal o degradan tales expedientes flexibilizadores privándoles de su efecto útil, a pesar de que el tenor literal del elemento flexibilizador contenido en la Exposición de Motivos es evidente<sup>169</sup>). Pues bien, la habilitación del legislador para proceder a un desarrollo judicial de las soluciones escritas contenidas en la LAI, existe y resulta meridianamente clara. Los autores de las críticas clónicas contra la Ley 54/2007 rechazan lo evidente porque asumir tales datos destruiría todas sus críticas contra la Ley 54/2007. Sólo ven lo que quieren ver. O, mejor expresado, sólo ven lo que pueden ver. Y con ello, las críticas de estos autores se vuelven contra sus propios planteamientos, pues es la misma Ley 54/2007 la que acepta y permite su desarrollo judicial. El desarrollo judicial de la Ley 54/2007 se sitúa “dentro del sistema legal”.

**125.** Segunda: los autores de las críticas contra la Ley 54/2007 se empeñan, incomprensiblemente, en buscar las interpretaciones más alambicadas y contrarias al sentido común, para lo cual, fuerzan la letra de la Ley en contra del espíritu de las normas (= y en contradicción con el art. 3.1 CC). La operación de interpretación de las normas jurídicas con arreglo a su *ratio* y finalidad y por la reducción teleológica de las mismas, no daña, en absoluto, la seguridad jurídica. Los males del desarrollo judicial, con un buen desarrollo judicial se curan. En efecto, en Derecho hay respuestas que “convencen más” y otras que “convencen menos”. Y convence la respuesta que aparece mejor argumentada. La argumentación no es una cadena de silogismos perfectos (= como sucede en las Matemáticas o en las Ciencias Naturales), porque lo que el Derecho estudia no son números o datos cuantificables de modo exacto, sino “comportamientos sociales”. Por ello, el razonamiento jurídico se construye sobre normas jurídicas (= que no son “verdades matemáticas”, sino meras “soluciones razonables” a conflictos sociales), que se proyectan sobre conductas humanas (= que no son datos aritméticos) y se expresa con el lenguaje (= que no es un sistema de ecuaciones algebraicas ni de fórmulas exactas, sino una herramienta de comunicación, con frecuencia, imperfecta). Una fórmula matemática no admite interpretaciones (= pues se expresa en términos objetivos y neutros, a través de un sistema de signos matemáticos), pero las normas jurídicas admiten y necesitan interpretaciones (= ya que se expresan a través del lenguaje, que es un sistema de comunicación, a su vez, interpretable subjetivamente y de significado variable). La interpretación sostenida en el presente trabajo se apoya en la “mejor argumentación”. Y la mejor argumentación es aquella que convence en mayor medida porque proporciona soluciones más razonables en el caso concreto. Es aquélla que usa en mayor y mejor medida la antigua y buena *prudentia juris* (= que debe traducirse como “sabiduría jurídica” y no como “cobardía” o “falta de valor jurídico”). La crítica que propone una lectura literal de la Ley 54/2007 ignora, de manera preocupante, las bases de la argumentación jurídica.

**126.** Tercera: los sujetos críticos con la Ley 54/2007 simplifican la realidad y optan por atrincherarse en un rancio positivismo legalista como baluarte para atacar la calidad de la Ley 54/2007. Varias consideraciones resultan oportunas al respecto.

**127.** a) Este enfoque relega al operador jurídico y en especial, a los jueces, a operar exclusivamente como la “boca de la Ley” (= la *bouche de la loi*, en famosa expresión de MONTESQUIEU). En efecto, para estos sujetos, el operador jurídico debe adoptar una *actitud pasiva* (= aceptar la norma positiva y aplicarla). Su margen de maniobra no existe: el juez es sólo la “boca de la Ley”. Se podría, incluso, ya puestos, prescindir de los jueces y de los juristas: bastarían los ordenadores, que practicarán el llamado “silogismo jurídico” de la subsunción de los hechos en las palabras de la Ley. Los autores de las críticas clónicas contra la Ley 54/2007 ocultan que el desarrollo judicial del DIPr. es una constante diaria en el quehacer de los operadores jurídicos. En efecto, si no se puede recurrir a expedientes no expresamente previstos en las leyes para flexibilizar las soluciones positivas de DIPr., resultaría que la Constitución

<sup>169</sup> *Ad ex.*, S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 67.

Española de 27 diciembre 1978 no es fuente del Derecho como tampoco los instrumentos legales de Derecho comunitario, porque el art. 1 CC “no lo dice” (= por supuesto, nadie en su sano juicio alcanzaría tal conclusión, diga lo que diga el art. 1 CC, precepto que contiene el elenco de las fuentes del Derecho español). Resultaría también que el “orden público” al que alude el art. 12.3 CC no es “internacional”, sino “interno”, porque el art. 12.3 CC no alude al carácter “internacional” del orden público (= naturalmente, doctrina y la jurisprudencia concuerdan sin fisuras en que el art. 12.3 CC se refiere al orden público “internacional”, aunque la letra del precepto “no lo diga”<sup>170</sup>). Resultaría también que el reenvío recogido en el art. 12.2 CC debe operar en relación con todas las materias y con todas las normas de conflicto, incluidas aquéllas que emplean la autonomía de la voluntad como criterio para designar el Derecho aplicable, y debería operar también el reenvío aunque la observancia del mismo condujera a fraccionar la sucesión *mortis causa*, porque el citado art. 12.2 CC aparece redactado en términos generales y “no dice” que no deba aplicarse en estos casos (= evidentemente, ello no es así, y doctrina y jurisprudencia son pacíficas a la hora de señalar que el reenvío de primer grado no debe aplicarse en relación con las normas de conflicto que permiten la elección de la Ley aplicable por las partes, y que tampoco debe observarse si conduce a fraccionar la Ley aplicable a la sucesión, aunque el art. 12.2 CC “no lo diga”). Resultaría, igualmente, que no sería posible sancionar el fraude a la Ley extranjera, porque el art. 12.4 CC nada indica al respecto (= por supuesto, ello no es así, pues abundante doctrina admite dicha posibilidad, aunque el precepto “no lo diga”<sup>171</sup>). Del mismo modo, no sería posible en ningún caso admitir un recurso contra el auto que deniega o admite el *exequatur* (art. 956 LEC 1881), puesto que dicho precepto lo niega radicalmente de modo transparente (= naturalmente, ello no es así, y jurisprudencia y doctrina concuerdan en admitir tal recurso, aunque el precepto “no lo diga”<sup>172</sup>). Resultaría que no debe admitirse el recurso de casación por infracción de la Ley extranjera, ya que el art. 477 LEC nada indica al respecto (= por supuesto, las cosas no son así y hasta el mismo TS lo admite [STS 4 julio 2006], aunque el precepto, clarísimo al respecto, pues basta leerlo atentamente, “no lo diga”).

**128. b)** Los autores de las críticas clónicas contra la Ley 54/2007 apelan a la intervención del legislador para lograr una solución jurídica adecuada. Sin embargo, y como demuestra la experiencia, dicha intervención puede llegar tarde, o más frecuentemente, puede no llegar nunca. Por lo tanto, estos sujetos prefieren aplicar la letra del Derecho vigente, aunque ello conduzca a resultados poco adecuados y/o injustos, antes que admitir que el desarrollo judicial del DIPr. escrito es necesario y conveniente. Estos autores se refugian en el mundo inexistente de las “propuestas de *lege ferenda*” (= indican “cómo debería ser”, en “su opinión”, la solución de DIPr.). Pero esta perspectiva resulta profundamente reaccionaria. En efecto, de ese modo, estos autores renuncian a una regulación adecuada de la adopción internacional a través del Derecho vigente y aplazan la solución de los problemas jurídicos a una reforma legal que no existe ni se la espera. Además, al formular soluciones *de lege ferenda*, sus propuestas se vuelven “no falsables”, y por lo tanto “no científicas”. En efecto, esta postura “legeferendista” no resuelve nada, pues confunde al lector y al aplicador del Derecho, ya que las propuestas *de lege ferenda* formuladas por estos autores constituyen una ficción, un DIPr. doctrinal *de lege ferenda* no falsable y que no puede ser aplicado, porque no es Derecho. Estos autores proponen “soluciones de futuro”, que son inaplicables *per ipsa natura sua*. Los autores de las críticas clónicas contra la Ley 54/2007 “juegan a ser legisladores” (= son “legeferendistas”), y equivocan el camino, ya que la alternativa al positivismo exacerbado es el desarrollo judicial. Que no es otra cosa, por cierto, que la aplicación de la Ley con sentido común.

**129. c)** La utilización de “conceptos jurídicos indeterminados” en DIPr. constituye una tendencia metodológica no tiene nada que ver con ningún “subjetivismo”. Llamar “subjetivismo” al espacio de libertad concedido al juez para la precisión de la Ley aplicable, espacio que cuenta con poderosos límites

<sup>170</sup> Vid. *ad ex.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, p. 143.

<sup>171</sup> Vid. *ad ex.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, p. 133.

<sup>172</sup> Vid. *ad ex.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, p. 210.



bien marcados, supone una lamentable confusión de conceptos. Negar esta tendencia supone negar el futuro del DIPr. Por otro lado, tras esta crítica lo que se esconde es un temor a los conceptos jurídicos indeterminados y a los conceptos flexibles como elementos o parámetros para fijar la Ley aplicable. Este temor comporta graves consecuencias, porque revela un profundo espanto a operar y a convivir con la complejidad legal y social que caracteriza el DIPr. del siglo XXI. Lo que algunos llaman “complejidad” o “riesgo para la seguridad jurídica” (S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ)<sup>173</sup>, es considerado por otros como los auténticos “órganos de respiración” del sistema legal.

**130.** d) Ciertos autores de las críticas contra la Ley 54/2007 llevan a cabo una extrema simplificación de las soluciones recogidas en la Ley 54/2007. Para ellos, y salvo excepciones contadas, todo el contenido de la Ley 54/2007 es técnica y valorativamente nefasto. Naturalmente, este planteamiento es un error. La simplificación se produce porque, al negar todo desarrollo judicial, la Ley suscita, como no puede ser de otro modo, resultados inadecuados y ello se extiende por todo el articulado de la Ley 54/2007. Se niega la evidente existencia de mecanismos de interpretación y de reducción teleológica del DIPr., con lo que las soluciones “se vuelven” rígidas y simples (= no es que lo “sean”, pero así resultan porque se niega toda operación de interpretación de las normas con arreglo a su *ratio*);

**131.** En suma, quedarse en una (falsa) interpretación meramente literal de las soluciones recogidas en la Ley 54/2007 supone apostar en favor de la aplicación ciega de las normas al viejo modo de la jurisprudencia de conceptos, un modo reaccionario de entender el sistema jurídico que no se corresponde con las buenas artes de la interpretación jurídica. Reducir el Derecho a “lo que dice la norma positiva” refleja una enorme e inquietante pobreza argumental. El positivismo normativista es, para estos autores, la excusa perfecta para criticar las soluciones contenidas en la Ley 54/2007. Es, para ellos, un “placebo anticientífico” que les evita tener que construir una “argumentación sobre valores”, una mera añagaza intelectual, una artimaña mental con forma de mero instrumento teórico. Pero es que, además, estas críticas manifiestan, como ha quedado demostrado, una clara inconsistencia interna, ya que el legislador permite, en el texto de la Ley 54/2007, el buen desarrollo judicial de las soluciones positivas.

## 2. Los prejuicios cognitivos del discurso crítico-clónico contra la Ley 54/2007.

**132.** El carácter pétreo de ciertas críticas contra la Ley 54/2007 (= “todo es malo en la Ley 54/2007”, es su mensaje), resulta altamente sospechoso desde un punto de vista jurídico. Para valorar el carácter científico o acientífico de las mismas, es preciso “deconstruir las críticas” (= la “descodificación del mensaje” es necesaria para comprender bien el significado último de tales críticas). Para llevar a cabo tal descodificación, existe una preciosa herramienta epistemológica: el mismo mensaje, pues en el mismo “mensaje escrito” se hallan, sin duda, las claves para describir el “mensaje no escrito”.

**133.** Un dato clave está constituido por la extrema agresividad y la exagerada virulencia de las críticas lanzadas contra la Ley 54/2007. Los autores críticos con la Ley 54/2007 están muy enfadados. Pues bien, dicha agresividad verbal refleja un claro temor por parte de los sujetos que formulan las críticas contra la Ley 54/2007. Se trata del temor que surge al haber sido desautorizados por el legislador (= que ni les ha consultado ni ha seguido sus tesis). Su discurso padece una incurable inflexibilidad cognitiva. Es un discurso que tiene que ser necesariamente así (= sesgado y erróneo) debido a que estos expertos no aceptan interpretaciones jurídicas que no sean las suyas. Estos autores críticos con la Ley 54/2007, en el fondo, no son responsables del discurso crítico que desarrollan contra dicha Ley. Las estructuras que determinan sus pensamientos, y no ellos, son las responsables de tal discurso ideológico.

Para lograr un desarrollo aparentemente científico de este discurso crítico anti-Ley 54/2007, los autores responsables del mismo han recurrido a una muy conocida *tabula in naufragio* metodológica: el positivismo legalista. Pero, para ellos, el positivismo legalista no es más que una excusa formal,

<sup>173</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*. También S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, *passim*.

una herramienta dialéctica para poder criticar. Si la Ley 54/2007 hubiera sido una Ley reglamentista, ellos habrían defendido la conveniencia de haber redactado una Ley sobre adopción internacional que permitiese un prudente y necesario desarrollo judicial. Ello explica que estos autores no duden en afirmar que la Ley 54/2007 es una “*monstruosidad*”, ya que, por ejemplo, dicha Ley sigue un sistema de control de la competencia judicial internacional que ellos no comparten o no comprenden, o porque admite el reenvío de primer grado, institución que ellos consideran que debería ser exterminada del panorama legal (= pese a que el legislador y el Tribunal Supremo, naturalmente, con buen criterio, opinan lo contrario)<sup>174</sup>.

Estos autores, realmente, no pueden afirmar lo contrario (= no pueden “dar la razón al legislador” porque ello supondría desautorizarse a sí mismos y su ideología se lo impide). Es decir, estos autores carecen de un enfoque científico, pero, precisamente por ello, no se les puede imputar culpa alguna ni mala fe en el análisis que realizan de las normas de DIPr. No disponen de alternativa metodológica porque la ideología que les inspira les produce una serie de prejuicios cognitivos que les impide ver la realidad como es. Además, este fenómeno (= inadaptación para el análisis científico de las normas positivas de DIPr. que se apartan de sus tesis), no se limita a la Ley 54/2007. Estos autores no dudan en acusar al legislador comunitario de cometer “*disparates*” si no acoge, por ejemplo, sus tesis en favor de un contrato internacional regido exclusivamente por la *Nueva Lex Mercatoria*<sup>175</sup>. En el fondo, las críticas clónicas contra la Ley 54/2007 no son más que ideología disfrazada de Ciencia, pequeñas pataletas doctrinales que se traducen en una “*evidente descalificación desproporcionada*” de la Ley 54/2007<sup>176</sup>. Ello refleja lo que denunciaba A. SCHOPENHAUER, es decir, que “*cuando un adversario se enfada es porque se ha tocado su punto débil*”<sup>177</sup>.

#### IV. Reflexiones finales.

**134.** La Ley 54/2007 refleja un modo de concebir el Derecho internacional privado como sistema de reglas jurídicas que se construye mediante una combinación de reglas generales diseñadas por el legislador y de reglas especiales creadas por los tribunales en atención a las circunstancias del caso concreto. En tal sentido, las normas de la Ley 54/2007 superan el positivismo legalista y se abren a la realidad del discurso práctico del Derecho internacional privado: en la Ley 54/2007, las soluciones de Derecho internacional privado son una perfecta combinación entre el producto que sale de la fábrica del legislador y la elaboración decisional de los tribunales. El empleo, por parte del legislador que redactó la Ley 54/2007, de “expresiones creativas” en las normas de DIPr. revela su firme voluntad de lograr la mejor localización y el mejor resultado material en interés del menor.

**135.** La Ley 54/2007 parece apostar de modo decidido por la “creación coral del DIPr.”, llevada a cabo, al mismo tiempo, por el legislador y por los aplicadores del DIPr. Dicha Ley arranca del postulado de que los jueces son los garantes de la legalidad en la constitución y demás vicisitudes de la adopción internacional y que, por tanto, deben poder operar como algo más que la “boca de la Ley”. El legislador que elaboró de la Ley 54/2007 parte de la premisa consistente en que el intérprete máximo de la Ley, el juez, debe disponer de un “poder legítimo” para desplegar un “desarrollo judicial de la norma positiva”. Por ello, puede afirmarse, que, en general, las soluciones contenidas en la Ley 54/2007 en relación con las cuestiones de DIPr. relativas a la adopción, no son reglamentistas, sino soluciones abiertas, flexibles y que permiten su aplicación ponderada y adaptada al caso concreto, con el objetivo de lograr la mejor solución de DIPr. posible para la realización del interés del menor en los supuestos relativos a la adop-

<sup>174</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, “Prólogo a J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Univ. Alcalá de Henares, 2008, pp. 7-12, esp. p. 12.

<sup>175</sup> Es el caso de S. SÁNCHEZ LORENZO, “Prólogo a J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Univ. Alcalá de Henares, 2008, pp. 7-12, esp. p. 11. También *Vid. ad ex.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, p. 488.

<sup>176</sup> Son palabras de 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*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 18.

<sup>177</sup> A. SCHOPENHAUER, *El arte de tener razón (expuesto en 38 estratagemas)*, Alianza Editorial, Madrid 2008, pp. 51-52.

ción internacional<sup>178</sup>. Una interpretación contenida de la Ley 54/2007, como se ha visto, contribuye a frenar la confusión y el desconcierto que, de manera infundada, había sido generado por ciertos críticos de la Ley 54/2007 y permite dotar de seguridad jurídica y de profundidad axiológica a las soluciones de DIPr. contenidas en la dicha Ley. Q.E.D.

---

<sup>178</sup> 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*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. pp. 34-35, indica: “Una valoración final sobre esta Ley debería responder a la pregunta fundamental de si mejora la situación de los principales protagonistas y destinatarios de la misma, los “santos inocentes”, dicho de otro modo, si acerca la regulación española de la adopción internacional al interés superior del menor respecto de la regulación anterior. La respuesta a esta pregunta es claramente afirmativa”.