

XI. 1.E. PRINCIPALES REFORMAS DE LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Carlos Gómez Martínez

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre sustituye la regulación sobre la adopción internacional que hasta ese momento se incluía, en sus aspectos de derecho internacional privado, en el artículo 9.5 del Código Civil, sucesivamente modificado desde 1987 (Ley 21/1987 de 11 de noviembre, Ley 11/1990 de 15 de octubre, Ley orgánica 1/1996 de 14 de enero de Protección jurídica del Menor y Ley 18/1999, de 18 de mayo de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código civil).

La nueva ley pretendía dar respuesta a un fenómeno, como el de la adopción internacional, calificado por alguna doctrina como un auténtico “boom”⁴⁰. A él se alude en la exposición de motivos de la ley cuando se refiere al “aumento de adopciones constituidas en el extranjero”. El legislador lo explica como consecuencia de dos causas convergentes: las dificultades económicas y demográficas de ciertos países (por el lado de los adoptandos) y el descenso de la natalidad en España (con relación a los adoptantes).

La Ley de Adopción Internacional de 2007 corresponde a un modelo de “legislación social” que refleja la intervención del Estado en las relaciones entre particulares, una de cuyas características es, según apuntan A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, la de ser leyes efímeras por su propia naturaleza, por lo que “están sometidas a continuos cambios y reformas”⁴¹.

40.- Adroher Biosca, Salomé. “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los “santos inocentes””. Revista crítica de derecho inmobiliario núm. 711, 2008, pp. 13-55

41.- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier. “Críticas y contra-críticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: El ataque de los clones”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2010), vol. 2 N°1, pp. 73-139.

Sin embargo, dicho pronóstico, no se ha cumplido con relación a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional puesto que su primera modificación no se ha producido hasta casi ocho años después de su promulgación, por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, lo que no es un plazo demasiado corto a la vista de lo que ha sucedido con otras leyes, incluso de ámbito general y enorme incidencia práctica, como la Ley de Enjuiciamiento Civil, sometida a múltiples y sucesivas reformas en los últimos tiempos de la anterior legislatura.

Otra de las características que A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González atribuyen a las que denominan “leyes sociales”, como lo sería la de adopción internacional, es que mediante ellas se introducen regulaciones que afectan a distintas ramas del ordenamiento jurídico (derecho administrativo, civil, internacional privado, penal, procesal).

Pues bien, el presente trabajo se va a centrar en los cambios introducidos en la Ley 54/2007 por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en materia de derecho internacional privado, obviando aspectos administrativos que también trata la Ley de Adopción Internacional relativos, especialmente, a las entidades públicas y a los organismos acreditados.

En efecto, la adopción en nuestro país, y también en otros muchos, singularmente los signatarios del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, viene precedida por la intervención de las autoridades públicas y organismos acreditados que tienen como función garantizar la capacidad jurídica y aptitud para adoptar, y velar porque la adopción obedezca al interés superior del menor.

Este aspecto de la adopción no será analizado en el presente trabajo, en primer lugar porque, como se ha dicho, su regulación es de naturaleza esencialmente administrativa y, en segundo lugar, porque la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia no ha transformado esencialmente esta materia, más allá de deslindar las competencias de la Administración General del Estado –política exterior, decisión de iniciar, suspender o limitar la tramitación de adopciones internacionales con determinados países y acreditación, control y seguimiento respecto de su actuación en el extranjero de los “organismos para actuar como intermediarios en las adopciones internacionales”⁴²–; y de las Administraciones

42.- Nueva terminología, tomada del Convenio de la Haya, que sustituye a la anterior de “Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional”.

Autonómicas –control, inspección y seguimiento de los organismos acreditados respecto de su actuación en su territorio–.

El sustrato sociológico sobre el que descansa la adopción internacional sí ha sufrido transformaciones importantes desde la promulgación de la ley de 2007. Así, en primer lugar, no se puede hablar ya de “boom” de las adopciones internacionales. Al contrario, desde 2005 las adopciones internacionales ya habían empezado a descender en España⁴³, y esa tendencia no ha hecho sino acentuarse después. Así, entre 2010 y 2014, las nuevas solicitudes de adopción se han reducido a la mitad, descenso calificado en términos periodísticos como “desplome”⁴⁴.

Pero es más, en los últimos tiempos se han venido poniendo de manifiesto algunos efectos colaterales de la adopción internacional que pudieran redundar en perjuicio de la protección del interés del menor, último fin de la institución. Así, el Consejo holandés para la Protección de la Juventud, en su informe de 2 de noviembre 2016 recomendaba suprimir las adopciones internacionales con los siguientes argumentos: La adopción internacional favorece que en los países de origen no se desarrollen sistemas de protección de los menores que sean realmente de calidad, genera intereses financieros que entrañan riesgos de malas prácticas y de oferta de niños ingresados en orfanatos para ganar dinero, y favorece el incumplimiento del principio de que la mejor solución para el menor es hallar una familia para él en su propio país, con su cultura y su lengua⁴⁵.

Con todo, la reforma operada en la adopción internacional por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ignora estas evoluciones sociales y continúa en la línea de 2007, favorecedora de la adopción internacional considerada como beneficiosa para el menor, por lo que las novedades introducidas son fundamentalmente técnicas, derivadas de la crítica a que la doctrina había sometido a la ley, algunas veces feroz⁴⁶.

43.- Adroher, Biosca Salomé, ob. cit. pp. 15 y 16.

44.- El País de 12 de septiembre de 2016. “Las solicitudes de adopción nacional e internacional se desploman en España”.

45.- https://www.rsj.nl/binaries/Samenvatting%20Interlandelijke%20adoptie%20Engels%2020161101_tcm26-176572.pdf.

46.- Vid, Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, ob. cit., p. 80: “Las críticas vertidas contra la Ley 54/2007 han sido numerosas y variadas y, como antes se ha dicho, han creado la sensación falsa y artificial de que dicho texto legal es deficiente”.

Si algún cambio puede apuntarse a nivel de principios es la renuncia a un cierto legefórmismo, a un “imperialismo jurisdiccional”, y una consiguiente mayor apertura a la interculturalidad propia del derecho de familia.

Las principales modificaciones operadas por la Ley 26/2015 de 28 de julio en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional, se refieren al ámbito de aplicación de la ley, definición de la adopción internacional, cambio de lenguaje al referirse a la pretensión de los adoptantes, eficacia interior y exterior de los principios inspiradores de la adopción, supresión de las figuras de la modificación y revisión de la adopción, mejora de la regulación de la adopción consular, reunificación de la regulación de la ley aplicable, prohibición de constituir adopciones de menores cuando su ley nacional la prohíba, reformulación del control de competencia para el reconocimiento de la adopción constituida por autoridad extranjera, sustitución del control de la ley aplicable por el criterio de no contrariedad con el orden público español y, en relación con las otras medidas de protección de menores, introducción de la oportuna referencia al Convenio de la Haya y al derecho de la Unión Europea, esencial en esta materia.

A todos estos concretos extremos nos referimos a continuación.

Ámbito de aplicación de la ley

De acuerdo con el preámbulo de la Ley 54/2007 en su texto original, su objeto eran las normas de derecho internacional privado. Así, en el segundo párrafo leemos: *“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 legislación completa de las cuestiones de derecho internacional privado necesariamente presentes en todo el proceso de adopción internacional”*.

Siguiendo tales propósitos el artículo 1.1 establecía que: *“La presente ley regula la competencia de las autoridades judiciales y consulares españolas y la determinación de la ley aplicable a las adopciones internacionales, así como la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras”*.

Conforme a este precepto nos hallaríamos ante una ley de derecho internacional privado, comprensiva de los tres pilares que forman esta rama del derecho: competencia, ley aplicable y reconocimiento de resoluciones extranjeras.

Lo cierto es, sin embargo, que el Título I de la ley regula la fase administrativa de la adopción transfronteriza, normativa de protección de menores, que no es derecho internacional privado.

Por ello, la reforma de la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al definir el ámbito material, da nueva redacción al apartado 1 del artículo 1 de la Ley de Adopción Internacional de manera que queda claro ahora que el derecho administrativo de la adopción internacional (su título I) se incluye también en la norma. Así, con arreglo al nuevo artículo 1.1. *“La presente ley regula la intervención de la Administración General del Estado, de las Entidades Públicas y de los organismos acreditados para la adopción internacional, la capacidad y requisitos que deben reunir las personas que se ofrecen para adoptar, así como las normas de Derecho internacional privado relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores en los supuestos en que exista algún elemento extranjero”*.

No estamos, pues, ante una ley solo de derecho internacional privado, sino ante una norma con pretensión de regular de manera integral el fenómeno de la adopción internacional, aunque es evidente que existen todavía materias que quedan fuera del alcance de la Ley de Adopción Internacional que sigue sin abarcar aspectos como las necesidades específicas de estas familias en materia laboral, de Registro Civil, de extranjería o de nacionalidad.

Definición de adopción internacional

El artículo 1.2 de la Ley, en su texto original de 2007 define la adopción internacional como: *“el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos”*.

Esta asimilación de la adopción internacional a la “filiación con un elemento extranjero” parecía inadecuada dado que puede haber también una “filiación por naturaleza con elemento extranjero”, que no por eso es “adopción internacional”.

Ni siquiera el Código civil se atreve a dar una definición de adopción. En su artículo 108 distingue entre los dos tipos de filiación que pueden darse: por naturaleza y por adopción, pero no conceptúa ni el uno ni el otro sino que se limita, nada más –y nada menos–, que a equipararlos en efectos⁴⁷.

47.- Por ello, algunos autores habían sostenido que la definición de adopción como filiación amagaba la intención del legislador de excluir la “kafala” del ámbito de aplicación de la Ley (Arenas García, Rafael y González Beilfuss, Cristina. “La Ley 24/2007, de 28 de diciembre de Adopción internacional: Entre la realidad y el deseo”. Revista electrónica de estudios internacionales 2009, pp. 1 a 39).

A esta institución se hará referencia más adelante.

A ello debe añadirse que el concepto legal de adopción internacional, tal como se recogía en el artículo 1.2 del texto de 2007, no guardaba correspondencia con 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, que no contiene propiamente una definición de adopción internacional sino que describe el modo en que esta tiene lugar describiendo el supuesto de hecho de aplicación de la norma, en los siguientes términos:

“cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante («el Estado de origen») ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante («el Estado de recepción»), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen”.

Pues bien, el nuevo artículo 1.2 tras la reforma operada por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia establece, en términos coincidentes, que:

“A los efectos del título I de la presente ley se entiende por adopción internacional aquella por la que un menor considerado adoptable por la autoridad competente extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España”.

Se trata de una definición legal que evita dar un concepto abstracto –lo que siempre resulta peligroso en el ámbito legislativo–, obvia cualquier referencia a la filiación –y por tanto, evita adelantar cualquier incidencia en la posibilidad de reconocimiento de la “*kafala*”, a la que se hará referencia más adelante–, y asimila la adopción “internacional” a la “transfronteriza”, siguiendo de cerca la estela del mencionado Convenio de La Haya de 1993.

El cambio en la denominación de la pretensión de los adoptantes para resaltar el interés superior del niño

El artículo 2 de la Ley de 2007, tras consagrar en su apartado primero el interés superior del menor como principio inspirador de la regulación de la adopción internacional, establecía en su apartado segundo que “*La finalidad de la presente 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”.

Pues bien, el nuevo apartado 2 del artículo 2 no habla ya de “*solicitantes de adopción*” sino que, utilizando, en cuanto al resto, las mismas palabras que el texto anterior, se refiere a los adoptantes como “*las personas que se ofrecen para la adopción*”. Ello supone la utilización de una terminología más acorde con el principio de interés superior del menor en cuanto que coloca a quienes pretender adoptar en el papel de “*personas que van a ser evaluadas y, en su caso, asignadas a un niño y no viceversa*”⁴⁸, y desvanece cualquier confusión que pudiera llevar a pensar que existe un derecho a adoptar o a ser padre, resaltando esta nueva terminología que lo que existe es, en todo caso, un derecho del niño a vivir en familia.

El cambio en la denominación de los adoptantes o de su pretensión de adoptar se ha llevado a los correspondientes restantes artículos de la ley.

Se afirma así la prevalencia del derecho del menor sobre el de los adoptantes que resalta la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 2007. Se trataba de una adopción constituida en Perú en la que la adoptante era una ciudadana luxemburguesa y el adoptado un niño peruano. Luxemburgo denegó el reconocimiento con el argumento de que la autoridad peruana, al constituir la adopción, no había tenido en cuenta que el derecho luxemburgués prohíbe a los solteros la adopción plena. Pues bien, el Tribunal de Estrasburgo entendió que la decisión de la autoridad peruana había hecho surgir una familia que resultaba protegida por el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950⁴⁹, y que el no reconocimiento de la adopción vulneraba dicho precepto al suponer una injerencia no justificada en la vida familiar.

Nótese que lo determinante no fue aquí el derecho de la mujer soltera a adoptar sino el derecho del niño a vivir en familia.

48.- Adroher Biosca, Salomé. Ob. cit.

49.- “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

La eficacia interior y exterior de los principios inspiradores de la adopción

Al establecer los “principios informadores” de la ley, el artículo 3 del texto de 2007 se remitía a dos convenios internacionales, la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, y establecía que la adopción internacional de menores habría de respetar los principios recogidos en dichos tratados, con lo cual daba a estos una suerte de eficacia ultra partes, pues si bien estrictamente solo pueden vincular a los Estados firmantes, el legislador español ha querido que los principios que los inspiran sean ser respetados por toda la legislación sobre la materia, incluida, obviamente, el derecho internacional privado autónomo.

El elenco de tratados internacionales se ha ampliado en el texto reformado por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ya que ahora el mismo precepto alude, además de a los dos anteriores, al Convenio de La Haya de, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, al Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, y al Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Además, si en el texto anterior se establecía que los principios inspiradores de estos instrumentos internacionales debían ser respetados por materia de adopción internacional, en general (artículo 3, párrafo primero) el nuevo texto establece una distinción en cuanto a la fuerza expansiva de tales principios que se proyecta tanto hacia el interior (“*La regulación contenida en esta ley, así como en el resto del ordenamiento jurídico español relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores, respetarán los principios inspiradores de...*”, párrafo primero del nuevo artículo 3), como hacia el exterior, hacia los tratados internacionales que puedan suscribirse en el futuro (“*El Estado [no la Entidad pública competente, como se decía en el texto anterior], en la medida de lo posible, incluirá los estándares y salvaguardas previstos en estos instrumentos en los acuerdos o Convenios bilaterales relativos a la adopción y protección internacional de menores [materia esta que no se incluía en el texto anterior] que suscriba con Estados contratantes u obligados por los mismos*”, párrafo segundo del nuevo artículo 3).

Supresión de las figuras de la modificación y revisión de la adopción

El artículo 15 en su texto inicial regulaba la competencia de los juzgados y tribunales españoles para “la modificación, revisión, declaración de nulidad o conversión en adopción de plena de una adopción en supuestos internacionales”. Pues bien, en el texto de la ley, tras la reforma de la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia no aparece referencia alguna a la modificación y la conversión, figuras que se han suprimido por no existir en derecho español.

En efecto, la doctrina había sostenido que, una vez que el niño ha adquirido la nacionalidad española como consecuencia de la adopción, la única modificación posible es la conversión de la adopción simple en plena, conforme al propio régimen de la Ley de Adopción Internacional por lo que “*no se alcanza a vislumbrar a que se puede estar refiriendo el legislador con el término modificación como categoría distinta a la conversión*”⁵⁰.

Por otro lado, parece evidente que el tribunal competente para conocer de la declaración de nulidad de una adopción o para la conversión de una adopción no plena ha de ser el mismo que es competente para su constitución. Sin embargo, en el texto inicial esta regla no estaba tan clara ya que parecía admitirse que la ley aplicable para la conversión y modificación fuese distinta de la de la constitución de la adopción⁵¹.

Una consecuencia de la supresión de la “modificación y revisión” de la adopción ha sido la eliminación del artículo 22, relativo a ley aplicable a estas figuras. Curiosamente, la rúbrica y el cuerpo de dicho precepto no se adecuaban en el texto anterior al artículo 15 dado que en el artículo 22 se hacía referencia a la “conversión, nulidad y revisión de la adopción”, sin mención alguna a la modificación que, en cambio, sí se mencionaba en el 15.

En cualquier caso, dicho defecto aparece ya corregido tras la reforma de Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de modo que en el nuevo artículo 22, tanto la rúbrica como el texto son concordantes con el nuevo artículo 15 y se refieren a la “conversión y nulidad de la adopción”. El nuevo texto establece, como no podía ser de otra manera, que “*la ley aplicable a la conversión de la adopción no plena en plena y a la nulidad de la adopción será la aplicada*”

50.- Arenas García Rafael y González Beilfuss, Cristina. Ob. cit, p.16.

51.- Arenas García Rafael y González Beilfuss, Cristina. Ob. cit, p. 16.

para su constitución”, con lo cual se descarta el denunciado equívoco sobre la posibilidad de que resultase aplicable una ley distinta.

Reforma de la regulación de la adopción consular

La adopción consular se creó para que los colonos occidentales desplazados a América y otros países alejados de la metrópoli pudieran constituir adopciones en países que no disponían de autoridades a tal efecto⁵².

La doctrina la ha venido considerando como una antigualla que se ajusta con dificultad a la actual concepción de la adopción como una institución de protección de menores puesto que la actuación de los cónsules españoles se justifica a partir de la nacionalidad española del adoptante, que no es sujeto de protección, lo que, según la doctrina, es “*una anomalía en relación a todos los demás supuestos de atribución de competencia judicial internacional*”⁵³.

Quizás debido a tales críticas, la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha restringido notablemente el ámbito de aplicación de esta forma de adopción internacional.

Antes, la adopción consular cabía “*siempre que el Estado local no se oponga a ello ni lo prohíba su legislación, de conformidad con los Tratados internacionales y otras normas internacionales de aplicación ... en el caso de que el adoptante sea español y el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente*”. Ahora se mantienen esas mismas reglas y, además, se añade, un nuevo requisito legal que actúa como importantísima restricción: que no sea necesaria la propuesta de la Entidad Pública, de acuerdo con lo establecido en las circunstancias 1ª, 2ª y 4ª del artículo 176.2 del Código Civil.

Recordemos que el artículo 176.2 del Código civil establece que:

“Para iniciar el expediente de adopción será necesaria 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. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.”

52.- Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier. Ob cit., p. 87.

53.- Arenas García Rafael y González Beilfuss, Cristina. Ob. cit, p. 9.

No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.

3.ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.

4.ª Ser mayor de edad o menor emancipado”.

En consecuencia la adopción consular se admite solo en aquellos casos en los que el interés superior del adoptando parece no estar en riesgo por la previa existencia de vínculos familiares con el adoptante o porque la mayoría de edad del adoptando no le hace ya merecedor de la protección que se reserva, precisamente, a los menores.

Reunificación de la regulación de la ley aplicable

El capítulo II del título II de la Ley dedicado a la “*Ley aplicable a la adopción*”, en su primitiva versión, venía dividido en dos secciones. La primera llevaba por rúbrica la de “*Adopción regida por la ley española*” y la segunda la de “*Adopción regida por una ley extranjera*”. De modo prácticamente unánime la doctrina había criticado esta sistemática porque es posible que existan adopciones regidas por más de una ley, y no solo por la española y, correlativamente, puede suceder que una adopción se rija por más de una ley extranjera, supuestos que no se hallarían comprendidos en ninguna de las secciones.

En consecuencia, la eliminación de las dos secciones y el establecimiento de un régimen único sea cual sea la ley sustantiva que al final resulte ser la aplicable, es una mejora técnica y resulta más acorde con el derecho internacional privado, tal como fue inspirado por Savigny, uno de cuyos principios es que los ordenamientos jurídicos privados de cada país son iguales e intercambiables por lo que cuando un tribunal nacional ha de aplicar una ley extranjera ha de hacerlo como si fuera la ley nacional, con idéntico tratamiento, con la única excepción del orden público.

El texto del actual artículo 18, con el que comienza la regulación de la ley aplicable, es idéntico al de la primera versión de la Ley, sin más variación que la puntual de la frase con la que se inicia su apartado 1. Así, si en el texto de 2007 el precepto comenzaba con las palabras “*La adopción constituida por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos*”, y a continuación recogía los dos supuestos clásicos, esto es, el adoptando tenga su residencia habitual en España y que el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de fijar aquí su residencia habitual. En cambio, la frase inicial del actual artículo 18.1 de la Ley de Adopción Internacional es: “*La constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá ...*” y a continuación el texto es idéntico al anterior. La actual redacción parece más adecuada puesto que el precepto tiene por objeto no una adopción ya “constituida”, como rezaba la inicial dicción, sino una adopción que está constituyéndose o se va a constituir.

Pero sobre todo, desde la desaparición de la “doble regulación” (aplicación de la ley española, aplicación de la ley extranjera) lo que resulta es que cuando por no concurrir e los puntos de conexión del artículo 18 no resulte aplicable la ley española, lo será la ley extranjera. Por tanto, esta última se aplicará cuando el adoptando ni resida ni vaya residir en España. Se trata de un supuesto marginal en el que ni siquiera parece justificada la competencia de los tribunales españoles puesto que, como dicen Rafael Arenas García y Cristina González Beilfuss, en tales casos “*el sujeto de protección carece de vínculos suficientes con el foro*”⁵⁴.

Por todo ello, la desaparición de la división del capítulo en secciones distintas según que la ley material aplicable fuese la española o la extranjera ha de ser valorada positivamente.

Prohibición de constituir adopciones de menores cuando su ley nacional la prohíba o desconozca

Una de las finalidades del legislador de 2015, expresadas en el preámbulo de la ley, es la de evitar adopciones claudicantes, es decir, no reconocidas en el país del adoptado, ya que se considera que atentan gravemente contra la seguridad jurídica del menor.

⁵⁴.- Ob. cit, p. 14.

A tal efecto se ha reformado el artículo 19.4 de la Ley de Adopción Internacional en cuyo ámbito de aplicación se incluye, aunque no la menciona expresamente, la institución de la “kafala”.

Puesto que esta institución, la “kafala”, aparece en el subtexto de la ley una y otra vez, haremos un breve excursus para describirla.

Y para no adentrarnos en el campo complejo de la sociología o la antropología, nos referiremos a esta institución trayendo a colación la descripción que de la misma hace la Dirección en su Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 en la que se señala que:

“La kafala del Derecho de los países de inspiración coránica es una institución que no crea un vínculo de filiación entre el “kafils” o la persona que asume la “kafala” del menor y este último, y que se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación, de forma similar a la situación de acogimiento o prohijamiento del Derecho español... En efecto, el Derecho islámico clásico no regula ninguna institución como la adopción plena del Derecho español, esto es, equiparando la posición jurídica del hijo adoptivo con la propia de la filiación natural en cuanto a la creación de vínculos de parentesco y cambio subsiguiente del estado civil de las personas. Ello se debe a que el Corán prohíbe que el hijo adoptivo se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales (vid. versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII), tan solo se admite que el niño acogido, que no adoptado, se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia de acogida. No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio”.

La “kafala” es una medida de protección del menor que incluso ha recibido reconocimiento internacional (artículo 20, apartado 3 del Convenio sobre los derechos del niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y artículo 3.a del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños) y cuya conversión a adopción plena resulta, sin embargo, problemática dados que en la mayoría de los países musulmanes (con alguna excepción como Túnez y Turquía) no se admite otra filiación que

la biológica y, por tanto, la institución que asimila la filiación por adopción a la adopción por naturaleza está prohibida, es “*haram*”⁵⁵.

La cuestión del reconocimiento de la “*kafala*” o de su consideración como base para la constitución de una adopción por parte de los tribunales españoles se ha planteado desde los trabajos de redacción de la Ley 24/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional.

Así, el anteproyecto de dicha Ley establecía en su artículo 17.4 que: “...*en el caso de adoptando cuya ley nacional prohíbe o desconoce la adopción, se denegará la constitución de la adopción. Ello se entiende sin perjuicio, en su caso, de la constitución de otras medidas de protección del menor*”. La prohibición se incorporó al artículo 19.4 del Proyecto de Ley, aunque con una excepción: “*cuando el menor encuentre en desamparo y tutelado por la Entidad Pública Española de protección de menores y no sea posible su repatriación, después de haberse puesto la situación del menor en conocimiento de las autoridades de su país*”. Pues bien, las propuestas legislativas prohibicionistas fueron finalmente eliminadas del texto de la ley.

Si a lo anterior unimos que el artículo 18.1.a de la Ley 54/2007 al regular la ley aplicable a la adopción establece que la ley nacional española es la aplicable cuando el adoptando tenga su residencia habitual española, habremos de concluir que en caso de menor residente en España, sometido a una “*kafala*”, la ley sustantiva a aplicar es la española y, por tanto, la posible prohibición o desconocimiento, en el derecho del país de origen, de la adopción, no impedía que esta pudiese ser constituida.

Esta situación ha cambiado radicalmente con la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que da una nueva redacción al artículo 19.4: “*En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción, se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública*”.

Nótese que este artículo 19.4 se extiende a los supuestos en los que la adopción está prohibida y también a los casos de países que no contemplan la institución en su legislación.

55.- De esta materia trata el Dictamen de la Fiscalía General del Estado 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, respecto al tratamiento de la *kafala*.

En el texto anterior la “kafala” podía ser considerada como adopción simple o menos plena y, como tal, asimilada al “acogimiento familiar”, tal como se preveía en el antiguo artículo 30.4. Esta posibilidad ha desaparecido del texto del mencionado precepto tras la reforma de la Ley 26/2015, lo que parece perseguir la adecuación de la Ley de Adopción Internacional al Convenio de la Haya de 1993, que parte del principio de que la adopción simple o no plena debe ser reconocida como tal, sin equiparación a otras instituciones más o menos equivalentes.

Reformulación del control de competencia de la autoridad extranjera para el reconocimiento de la adopción constituida por autoridad extranjera

Una de las dificultades que presentaba la Ley de Adopción Internacional en su texto original es que, en sede ya del reconocimiento de adopciones internacionales, establecía en su artículo 26 como uno de los requisitos para la validez en España de las constituidas por autoridades extranjeras, en defecto de normas internacionales, que la autoridad que la hubiese constituido fuese la competente, y entendía que lo era “*si se respetaron, en la constitución de la adopción, los foros recogidos en su propio Derecho*”.

Esta previsión de control de competencia de la autoridad de origen había sido objeto de crítica doctrinal. Se consideró, en efecto, que se trataba de “*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*”⁵⁶.

En el nuevo artículo 26.1.1º se mantiene el principio del control de la competencia de origen pero el contenido de este es diferente. No se trata ya de verificar el cumplimiento de las normas de conflicto extranjeras sino que ese nuevo control de la competencia extranjera consiste en verificar que se dan “vínculos razonables” con el estado extranjero que ha constituido la adopción.

El legislador ha considerado que ese control es menos formal y más efectivo de cara a conseguir la finalidad de la norma que no puede ser otro que evitar el fraude y asegurar que la adopción es también válida en el país de origen, y todo ello para la consecución del superior interés del menor.

56.-Álvarez González, Santiago, “La ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunicación entre ambos”. Anuario de Derecho Internacional Privado 2007, pp. 65-66. file:///C:/Users/carlos/Downloads/La_ley_de_adopcion_internacional_Reflex.pdf.

Este control era, en la redacción inicial de la Ley, meramente corrector del de la correcta aplicación de las normas de conflicto extranjeras: *“No obstante lo establecido en la regla anterior, [decía el texto anterior], en el caso de que la adopción no presente conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes distintos con el país cuya autoridad haya constituido la adopción, se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional”*.

En el nuevo texto el de la razonabilidad de la conexión ha pasado a ser el único control de competencia extranjera al que se supedita el reconocimiento de la adopción constituida por una autoridad extranjera. Se ha suprimido el control de la aplicación de las normas extranjeras de competencia judicial internacional. Con ello ha desaparecido uno de los dos “controles cumulativos que el antiguo texto establecía sobre la competencia extranjera, de modo que solo pervive el control de la “razonabilidad” del foro utilizado.

Se ha pasado de un control que recaía sobre un elemento de derecho (normas de conflicto extranjero) que exigía tener que acudir a las normas de conflicto extranjeras, con las dificultades de conocimiento de ese derecho que ello suponía, a un control de que recae ahora sobre un elemento de hecho (vínculos razonables) cuya concurrencia o no dependerá de la acreditación de las circunstancias de que permitan concluir que la conexión con el foro existe, singularmente la residencia habitual –que, a diferencia del domicilio, no es un concepto normativo sino fáctico– de adoptante o adoptando.

Este control ya planteaba dudas a algunos autores⁵⁷ que entendieron que no responde al interés superior del menor que en ciertas circunstancias lo que demandará es que, aunque la autoridad extranjera presente una vinculación leve, asuma la competencia sobre la adopción para así posibilitar su reconocimiento en España.

Si lo que se persigue es que garantizar que el proceso de adopción se llevó a cabo por la autoridad de origen con toda garantía, con plena protección del interés del menor, quizás hubiera sido más eficaz, como sugiere Santiago Álvarez González, extender el control a la fase administrativa previa a la constitución de la adopción⁵⁸.

57.- Arenas García, Rafael y González Beilfuss, Cristina, ob. cit. pp. 23-24.

58.- Ob. cit. pp. 64 y 65.

Sustitución del control de la ley aplicable por el criterio de no contrariedad con el orden público español

El artículo 26.1.2º en su primitiva redacción imponía el control del derecho aplicado para el reconocimiento de la adopción constituida por autoridades extranjeras, al exigir que esta, *“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”*.

Santiago Álvarez González se había mostrado contrario a este control por entender que no garantiza que la adopción no fuese declarada inválida en el país de origen y no evitaba el reconocimiento en España de adopciones fraudulentas y señalaba que: *“puede conducir –lo que sería la otra cara de la moneda– a que una adopción plenamente válida en el país de origen (porque el vicio de aplicar una ley distinta a la prescrita por su sistema de DIPr sea valorado como menor o, en todo caso, no invalidante) no se reconozca en España, por la llamativa circunstancia de que nuestra Ley de adopción internacional valore la inobservancia de una norma extranjera más gravemente que el propio ordenamiento jurídico extranjero”*.⁵⁹

En el mismo sentido se habían pronunciado Rafael Arenas García y Cristina González Beilfuss señalando que el control de la ley aplicada por el juez de origen: *“puede conducir a negar eficacia en España a una adopción que es perfectamente eficaz desde la perspectiva del Estado extranjero en el que se ha constituido la adopción, y puede conducir a denegaciones de reconocimiento contrarias al interés del menor”*⁶⁰.

Este criticado control de la ley aplicable a la adopción constituida en el extranjero es el que ha desaparecido tras la reforma. A cambio se ha introducido en el apartado 1.2º del artículo 26 la excepción de orden público para el reconocimiento de adopciones constituidas por autoridades extranjeras que no existía antes y que algún autor había considerado como un olvido del legislador⁶¹. Fuese esto cierto o no, al dejarse ahora abierto el reconocimiento de las adopciones constituidas por autoridad extranjera sin control de la ley aplicada, resultaba indispensable prever la posibilidad de acudir a la vulneración del orden público para evitar el reconocimiento de adopciones fraudulentas.

59.- Ob. cit. p 65.

60.- Ob. cit. p 26.

61.- Arenas García, Rafael y González Beilfuss, Cristina, ob. cit. p. 36.

El artículo 27, relativo al “*control de validez de la adopción constituida por autoridad extranjera*” ha sido enteramente remodelado, añadiéndose una referencia expresa al Convenio de la Haya, de 26 de mayo de 1996.

En su texto anterior el precepto establecía que:

“La autoridad pública española ante la que se suscite la cuestión de la validez de una adopción constituida por autoridad extranjera, y en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la inscripción de la adopción constituida en el extranjero, controlará, incidentalmente, la validez de dicha adopción en España con arreglo a las normas contenidas en esta Ley”.

El texto actual comienza de idéntica forma, suprime las palabras “con arreglo a las normas contenidas en esta ley” y continúa en los siguientes términos:

“con arreglo a las normas contenidas en el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, a través de la presentación del certificado de conformidad con lo previsto en su artículo 23 y de que no se ha incurrido en la causa de no reconocimiento prevista en el artículo 24 de dicho Convenio. En los casos de menores que provengan de países no signatarios del mismo, el Encargado del Registro Civil realizará dicho control incidental verificando si la adopción reúne las condiciones de reconocimiento previstas en los artículos 5.1.e), 5.1.f) y 26”.

Por un lado el precepto puede parecer superfluo por cuanto, en definitiva, lo que dice es que el Convenio de La Haya, se aplicará cuando el país de la autoridad extranjera que constituyó la adopción sea signatario de dicho Tratado, lo que no es sino concreción del artículo 96 de la Constitución, y cuando no sea de aplicación el tratado, el control de la validez de la adopción se hará conforme al derecho internacional privado autónomo, esto es, la propia Ley de Adopción Internacional.

La novedad, es sin embargo, que cuando sea aplicable la Ley de Adopción Internacional, por no regir el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, el control de validez incluirá, por remisión expresa del artículo que comentamos, algunos aspectos de la fase administrativa del proceso de adopción (art. 5.1 e) y f)), lo que permite un cierto control sobre la fase administrativa

previa a la adopción, más allá de aceptaciones y consentimientos, tal como deseaba parte de la doctrina⁶².

Otras medidas de protección de menores

La nueva redacción del artículo 32, relativo a la “*competencia para la constitución de otras medidas de protección de menores*”, es la siguiente:

“La competencia para la constitución de las demás medidas de protección de menores se regirá por los criterios recogidos en los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España, en particular por el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y por el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”.

Por su parte, el actual artículo 33 relativo a la “*ley aplicable a otras medidas de protección de menores*” señala que:

“La ley aplicable a las demás medidas de protección de los menores se determinará con arreglo a los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España, en particular por el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”.

Del primero de los preceptos mencionados se ha omitido la remisión al artículo 22. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para el caso de defecto de las normas internacionales que citaba, y del artículo 33 se ha omitido la remisión al artículo 9.6 del Código Civil para el caso de defecto de las normas internacionales que expresamente mencionaba.

De todo ello se infiere que el legislador da, de nuevo, al derecho de la Unión Europea y al Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 una eficacia más allá de la que alcanzaría a los Estados miembros de la Unión

62.- Álvarez González, Santiago, ob. cit.

Europea o signatarios del convenio, mediante la renuncia a la aplicación de las normas internas de competencia internacional y de derecho internacional privado autónomo.