

# Integrismo en las adopciones internacionales

Joaquín BAYO DELGADO  
Pascual ORTUÑO MUÑOZ

Hasta la Ley 30/1981, los tribunales, y en consecuencia los registros, españoles practicaban lo que podemos llamar integrismo matrimonilista. La inexistencia de divorcio en la legislación española impedía el reconocimiento e inscripción de cualquier sentencia extranjera de divorcio, porque lo impedía el orden público. Es obvio que tal actitud se basaba en una concepción integrista católica de la institución matrimonial. Como todo integrismo se partía de la propia verdad absoluta y con valor universal. La ideología religiosa se imponía al derecho. Afortunadamente esa situación está superada (aunque queden resabios en algunas interpretaciones actuales de la ley) pero ha aparecido otro integrismo, el adoptivo, inexplicable ideológicamente, lo cual lo hace todavía más sorprendente.

La exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil (entre ellos los relativos a la adopción, dice en su exposición de motivos: *El Código Civil, influido por las tendencias entonces dominantes, concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos. Situó a los adoptados entre dos círculos parentales, sin adscripción clara a ninguno de ellos...* Podríamos añadir que primaba la clásica concepción romana, donde la adopción tenía un sentido básicamente hereditario y de mutación de la pertenencia a patricios o plebeyos por motivos políticos. La Ley de 1958 introduce en España la dicotomía *adopción simple/adopción plena*, reservada ésta última a los hijos de padres desconocidos.

La Ley 7/1970, de 4 de julio, refuerza esa distinción. Señala en su exposición de motivos: *Como técnica dominante, la Ley persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo. Mientras en la Ley de 1958, en donde ya hizo irrupción ese propósito, entrañaba una considerable novedad respecto de las directrices imperantes en el año 1889, ahora lo nuevo no se traduce tanto en una mutación de rumbo como en la continuada y progresiva apertura de derroteros ya esbozados.*

Tras ligeros retoques introducidos por las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio,

el paso definitivo lo da la Ley 21/1987, de 11 de noviembre<sup>1</sup>, que invierte la finalidad de la adopción: ya no se pretende dar un hijo a unos padres sino una familia a un niño, con idénticos efectos que la filiación biológica, y la adopción de mayores de edad queda definitivamente sólo para reconocer legalmente vínculos afectivos preexistentes. A partir de esa reforma sólo existe en España la adopción plena, que por tanto pasa a denominarse adopción a secas.

Y entonces empieza el integrismo al que nos referimos, que viene sancionado con carácter legal en el nuevo párrafo quinto del artículo 9.5 del Código Civil, introducido por la reciente Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dice ese párrafo:

No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Tampoco lo será, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción.

Por si fuera poco, la LO 1/1996 se preocupa de recalcar una obviedad en su disposición adicional segunda al decir:

*Para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el encargado del registro apreciará la concurrencia de los requisitos del artículo 9.5 del Código Civil.*

Conviene reflexionar por separado sobre esas dos limitaciones, el perfil de la adopción y la declaración de idoneidad para adoptar.

## PERFIL DE LA ADOPCION

Digamos de entrada que estamos absolutamente de acuerdo con la filosofía de la adopción española: completa equiparación a la filiación biológica y lógica ruptura de los lazos de parentesco anteriores<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Que, por cierto, rompe con otro integrismo al permitir la adopción por parte de parejas de hecho (heterosexuales, pues no da un paso más), aunque de forma vergonzante, pues lo hace no en el articulado del Código Civil (debería ser en el art. 175.4) sino en una disposición adicional, la tercera, que establece que «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal». El artículo 20 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sí prevé las parejas de hecho heterosexuales.

<sup>2</sup> Salvo las lógicas excepciones de adopción por parte de un cónyuge o compañero/a del hijo del otro (art. 178 CC). Por eso es muy criticable el artículo 27.2.c. de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, que mantiene derechos hereditarios del adoptado respecto a su familia de origen, en armonía con las disposiciones del Código de Sucesiones. Resulta ininteligible puesto en relación con la reserva de la identidad de la familia adoptiva (salvo las adopciones, excepcionales, dentro de una misma familia extensa o hijos de cónyuges/compañeros).

pero que España haya llegado a esa feliz conclusión tras la evolución que hemos descrito no debe llevarnos a inadmitir cualquier otra institución que no sea idéntica. En derecho internacional privado los maximalismos jurídicos, verdaderos integristas, son fuente de problemas y de situaciones legales claudicantes, que en la materia que nos ocupa perjudican a menores y padres.

Nos referimos básicamente a las adopciones que españoles residentes en España al tiempo de la adopción hacen de menores extranjeros residentes en su país de origen, que constantemente dan titulares de prensa por la frecuencia de su práctica y los muchos avarates que conllevan<sup>3</sup>.

Ya antes de la LO 1/1996 la Dirección General de Registros y del Notariado, competente en esta materia al no requerir *exequatur* los actos de jurisdicción voluntaria, entre ellos la constitución de la adopción, venía manteniendo una postura estricta en el reconocimiento y consiguiente inscripción de las adopciones constituidas en el extranjero al amparo de sistemas jurídicos que no conocen la adopción plena. Como mucho, resoluciones como las de 14-5-92, 24-6-95, 1-9-95, 13-10-95, 25-10-95 y 27-1-96 (ésta última publicada ya la LO 1/1997, pero no en vigor) admitían la anotación, con sus limitados efectos, entre los que no está el implícito reconocimiento de validez del instituto jurídico anotado. El razonamiento de admisión de la anotación —antes, ni eso— se basa en la equivalencia de esas adopciones no homologables con la figura del prohijamiento. Pero, curiosamente, hay que destacar que en Navarra esa figura de prohijamiento es perfectamente legal, según sus leyes 73 y 74 de la Compilación de Derecho Foral, en redacción dada por la Ley foral 5/1987, de 1 de abril. Obsérvese la fecha, 1987, contemporánea a la reforma del Código Civil de supresión de la adopción simple. Es decir, se niega en España la inscribibilidad de una institución reconocida por un ordenamiento español. El integrista jurídico (no basado en una concepción dogmática metajurídica) no admite lo menos porque quiere lo más. Y a mayor sorpresa, cuando en España existe tal concepción en un ordenamiento foral y ha existido, hace menos de diez años, en el derecho civil común.

Producto de ese maximalismo jurídico es también una situación de carácter extremo en sentido inverso: por exceso de virtualidad adoptiva. Ciertas legislaciones, especialmente en América latina, una vez constituida la adopción ficcionan de tal modo la filiación que anulan y borran la filiación por naturaleza, de manera que la inscripción «primera» es la adoptiva como si fuera biológica. Tal práctica es inaceptada por la DGRN, que impone la obtención *velis nolis* de los datos de filiación biológica real.

Las consecuencias de estas concepciones extremas es que lo que está pensado como una institución de protección y beneficio del menor acaba por ser una trampa que lo sitúa, lejos de su país de ori-

gen, en el limbo jurídico: adoptado para su país, pero no en España, donde sus adoptantes lo han traído. Está en un verdadero desamparo jurídico, sin documentos válidos para obtener pasaporte, prestaciones sociales y médicas en virtud de los derechos de sus adoptantes, etc. De hecho, como la adopción, aun la simple, da la patria potestad a los adoptantes, pero no se reconoce en España, es un menor sin patria potestad que lo tutele, porque ni tiene la originaria —y aunque la tuviera no es efectiva a miles de kilómetros de distancia— ni la de sus adoptantes. A veces, ni siquiera tiene nacionalidad, porque puede haber perdido la de origen y no ostentar la española, por no haber sido adoptado *hispánico modo* (art. 19.1 CC).

Lo lógico es reconocer, como institución que no pugna con el orden público español, la adopción extranjera como tal, sobre todo con patria potestad y nacionalidad implícitas. El menor, al pasar a ser español y no poder ser desigual a los demás españoles por razón de filiación, será hijo a todos los efectos<sup>4</sup>. Si se quiere ser menos drástico, para respetar la posibilidad de que en el país de origen se haya optado por la adopción simple, a pesar de existir la plena, habrá que constituir la adopción plena, con todos los consentimientos necesarios, entre ellos los exigidos por la ley original del adoptando (art. 9.5.2. CC), pero el menor ya estará previamente bajo la potestad de los adoptantes. De ahí que la práctica de los juzgados conozca distintas soluciones, siempre «parches jurídicos». Desde equiparar la adopción no plena al acogimiento familiar preadoptivo, que permite la adopción, sin propuesta de la entidad pública de protección de menores, pasado un año (176.2 CC), o la constitución de la tutela, por estar el menor jurídicamente desamparado (art. 222.4.º CC)<sup>5</sup>, que coloca ya al menor bajo la potestad de los «tutores» y también permite la adopción por ellos sin propuesta, transcurrido un año (art. 176.2 CC).

Y aquí llegamos a la explicación subyacente de tanto integrista que desampara al menor: se pretende por todos los medios evitar toda adopción internacional sin la intervención de las entidades públicas, en un intento —loable, en abstracto— de evitar el tráfico de niños pero que desprotege a unos en concreto e impide, o dificulta grandemente, la adopción de niños de países con adopción no homologable a la española.

## DECLARACION DE IDONEIDAD PARA ADOPTAR

La otra técnica de «protección» del menor es la necesidad de declaración de idoneidad para adoptar.

La reforma de la adopción operada en el derecho interno español por la LO 1/1996 completa la regulación de la materia en el código civil, igual que la homóloga catalana 8/1995 de 27 de julio en el ám-

<sup>3</sup> Otros supuestos quedan al margen pues este artículo no pretende un análisis de la adopción internacional en todas sus variantes.

<sup>4</sup> Esa es la tesis que plantea Espinar Vicente, José María, en

su obra *El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado*, Civitas, 1996, pág. 378

<sup>5</sup> La ausencia de ese supuesto en el artículo 3 de la Ley catalana 39/1991, de tutela, dificulta en Cataluña esa solución.

bito del derecho propio catalán, para adaptarla a los principios de la Convención Universal de los Derechos del Niño de la ONU de 20 de noviembre de 1989, y al reciente Convenio de La Haya de 1993, sobre adopción internacional. Introducen ambas leyes *ex novo* para las adopciones constituidas por autoridad extranjera la necesidad de la «declaración de idoneidad» de los adoptantes, que en las adopciones constituidas por autoridades españolas está implícita en la propuesta administrativa previa, imprescindible salvo contadas excepciones.

Merece destacar que la *ratio legis* de la reforma no es otra que la de dar un trato igual a los niños extranjeros que sean adoptados por ciudadanos españoles según la legislación de sus propios países, que a los niños españoles adoptados en España, como así viene expresado en el epígrafe 2.º de la propia exposición de motivos introductoria de la reforma. Su fundamento es el establecimiento de un control, *en beneficio del menor*, que las autoridades competentes del lugar de la residencia de los adoptantes han de ejercer sobre la idoneidad de éstos, para evitar que personas que no reúnan las condiciones necesarias para el desempeño de las responsabilidades parentales —según los parámetros de su propia autoridad nacional— obtengan *en fraude de ley* la adopción de niños en otros países, burlando con ello el control que establecen las leyes internas. Se trata, en definitiva, de suplir una deficiencia de la ley anterior, e instaurar el requisito que los tratados internacionales en la materia establecen.

En la adopciones constituidas por autoridades extranjeras la ley aplicable es la personal del menor, tal como establece el art. 9.4.º del código civil y los tratados internacionales en la materia, sin que el régimen jurídico de la propuesta previa incida en modo alguno en la constitución de la adopción y sin que, por consiguiente, la certificación de idoneidad emitida por el país de residencia de los adoptantes sea requisito *previo* ni para la constitución, ni para la plena eficacia de la misma. Otra cosa es que, para la eficacia, dentro del derecho interno español, de la adopción constituida por autoridad extranjera, sea indispensable la declaración de idoneidad del adoptante o adoptantes, emitida por la autoridad del lugar de residencia de los mismos. Pero en estos casos, a su vez, han de distinguirse dos supuestos: 1) el primero se dará cuando la adopción del menor extranjero y por las autoridades del país de origen sea «gestionada» por la Entidad Pública competente de la residencia de los adoptantes, bien directamente, o bien a través de las entidades «colaboradoras» a las que se refiere la ley; en este caso, tanto los criterios de selección de los adoptantes, como la declaración de idoneidad previa de los mismos, es incuestionable; y 2) el segundo de los supuestos es el de la adopción directamente en el extranjero, de un menor extranjero por parte de adoptantes españoles sin intermediación alguna de la autoridad española; en ninguno de los textos legales este tipo de adopción ha sido prohibida, entre otras cosas, porque implicaría una limitación a la capacidad de obrar de los ciudadanos, incompatible con los derechos fundamentales de la persona, discriminatoria y sin apoyo en ningún tratado internacional sobre adop-

ción, cuando se está potenciando esta institución en el ámbito internacional en beneficio del menor, y tal limitación, por otra parte, no podría tener eficacia extraterritorial. Pensemos en las adopciones por matrimonios mixtos, o residentes en países extranjeros. Es en este supuesto en el que ha incidido la reforma, introduciendo la necesidad de «declaración de idoneidad» como *requisito de reconocimiento en el derecho interno español*.

## LA LARGA MANO DEL INTEGRISMO

El Ministerio de Asuntos Exteriores ha cursado a todos los cónsules y agentes diplomáticos la instrucción en virtud de la cual no deben expedir visados de entrada de niños extranjeros adoptados por españoles, si éstos no obtienen el «certificado de idoneidad» de su respectiva comunidad autónoma, lo que ya inicialmente, implica una interpretación extensiva de la ley, *en perjuicio de los intereses de los menores*, pues da lugar a la multiplicación de casos en los que niños rusos, dominicanos, peruanos, tailandeses, ruandeses, zaireños etc., que ya han sido adoptados por ciudadanos españoles según los requisitos de su ley nacional, no puedan entrar al territorio español, debiendo permanecer como mercancía bajo sospecha, a la espera de que se cumpla el requisito administrativo, en muchos casos en condiciones muy precarias, confiados a terceras personas y desvinculados ya de sus familias de origen, o de las instituciones de protección de sus propios países. Con esta solución a quien realmente se penaliza es al menor, colocándolo en una situación de auténtico riesgo, provocado por el criterio de interpretación de los textos legales. Por eso debería abogarse por otro sistema que dejase a salvo el interés del menor, bien disponiendo su ingreso en un centro de protección español, a la espera de la resolución sobre la declaración de idoneidad, o adoptando las medidas tutelares urgentes que en cada caso procedieran.

Pero como hemos señalado, el establecimiento del requisito de la declaración de idoneidad de los adoptantes españoles de niños extranjeros, previsto legalmente para reforzar las garantías en beneficio del menor, puede ser utilizado impropriamente por las Entidades Públicas, como mecanismo de disuasión de la constitución de tales adopciones, consecuente con la política coyuntural de restringirlas al máximo. En este sentido es llamativo el despliegue propagandístico en los últimos meses a través de los medios de comunicación, en el que por los responsables administrativos de las diferentes comunidades autónomas, y del propio gobierno, se ha transmitido el mensaje de que las adopciones de niños extranjeros son ilegales si no se realizan a través de la administración pública española, o de las agencias reconocidas por la misma, expresando de forma rotunda que no serán válidas en el derecho español. Esto no coincide con las previsiones legales que han quedado expuestas.

En muy pocos años, la institución de la adopción ha experimentado una metamorfosis de tal naturaleza que hace irreconocible la anterior regulación de

la materia, pasando de una ausencia de intervención pública absoluta al más rígido control administrativo de esta institución jurídica. La finalidad, en principio, es loable, puesto que se pretende terminar con las redes internacionales de tráfico de niños adoptandos. Pero el camino por el que ha de conseguirse este objetivo es el de la regulación internacional, a través de los convenios internacionales multilaterales o bilaterales, y la transparencia absoluta de la actuación de la administración pública, que ha incumplido la obligación legal de regular los criterios de selección de familias de forma objetiva, que garantice la igualdad de todos los ciudadanos.

La utilización impropia del requisito de la declara-

ción de idoneidad, desnaturalizando su función tuitiva de los intereses de los menores, para utilizarlo como arma de acción de unos determinados criterios políticos, aun cuando éstos sean éticamente irreprochables, es una manifestación clara y rotunda del integrista hispánico —según el cual lo único válido es lo que aquí hacemos— que repercute negativamente en el principio inspirador de toda la legislación sobre protección de menores, que es lo único que justifica la intervención del Estado en esta materia de derecho privado: el beneficio del menor. Dejar a un niño en la consigna de una estación, o de un aeropuerto, no es un medio idóneo para la solución de estos problemas.