

ÍNDICE

RESUMEN	4
ABREVIATURAS	5
1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. NORMATIVA.....	9
2.1. Derecho comunitario.....	10
2.2. Derecho convencional.....	10
2.3. Derecho autónomo.....	12
2.3.1. Legislación Anterior a la Ley de Adopción Internacional	12
2.3.1.1. Autoridad competente para constituir la adopción internacional.....	12
2.3.1.2. Ordenamiento jurídico aplicable a la adopción internacional.....	13
2.3.1.3. Reconocimiento de adopciones constituidas al amparo de ordenamientos extranjeros	13
2.3.2. Ley de adopción internacional.	15
3. PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA ADOPCIÓN INTERNACIONAL	18
3.1. Adopción internacional según el Convenio del Haya 1993.....	20
3.1.1. Procedimiento Administrativo previo de la adopción internacional.....	20
3.1.2. Validez extraterritorial de la adopción internacional.	21
3.2. Adopción internacional según la Ley de Adopción Internacional 54/2007. Constitución de la adopción internacional en España por juez español	22
3.2.1. Fase administrativa	21
3.2.2. Fase judicial.....	23
3.2.2.1. Competencia judicial internacional	23
3.2.2.2. Ley Aplicable	25

4. ESPECIFICIDAD QUE PRESENTA LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL CUANDO EL MENOR RESIDE EN EL EXTRANJERO.....	28
4.1. Marco institucional de cooperación en el Convenio de la Haya de 1993.	31
4.1.1. La Autoridad Central.....	30
4.1.2. Organismos acreditados.	31
4.1.3. Otros organismos y personas no acreditadas. La adopción independiente. ..	33
4.1.4. Intervención de otras Autoridades públicas.	35
4.2. Funciones asignadas a las autoridades, organismos y personas que forman el Marco Institucional del Convenio de La Haya de 1993.	35
4.2.1. Funciones Exclusivas de las Autoridades Centrales.	36
4.2.2. Funciones que se pueden delegar en otras Autoridades Públicas.	37
4.2.3. Funciones que se pueden delegar en otras Autoridades y Organismos Públicos.	37
4.2.4. Funciones que se pueden delegar en otras Autoridades, Organismos acreditados o personas u Organismos no acreditados.	38
5. COLACACIÓN O TRASLADO DEL MENOR A ESPAÑA	39
5.1. Delimitación de la noción de colocación internacional.	40
5.2. Supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio de la Haya 1993.	43
5.3. Relación entre el Convenio de La Haya de 1993, el Convenio de La Haya de 1996 y el Reglamento 2201/2003.	45
5.3.1. Distintas modalidades de acogimiento, especialmente, el acogimiento preadoptivo.....	45
5.3.2. Delimitación entre los Convenios 1993, 1996 y 1961 y el Reglamento 2201/2003.....	46
6. CONCLUSIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA	51
LIBROS Y REVISTAS	51
RECURSOS ELECTRONICOS	52

BOE:	52
DOUE:	54

RESUMEN

Este trabajo trata aspectos de un proceso de adopción internacional. Se compone de una introducción, conclusiones y cuatro puntos clave que desarrollan el contenido.

Los cuatro puntos señalados, tratan, en primer lugar, la normativa reguladora, que esto se analizará en la legislación aplicable a un proceso de adopción internacional, ya sea de carácter convencional o autónomo. Otro punto es el procedimiento para la constitución de una adopción internacional, donde se detalla tanto la administrativa como la judicial. El tercer aspecto es la especificidad que presenta la adopción internacional, cuando el menor reside en el extranjero, ya que se necesita la cooperación entre Autoridades Centrales. Y, por último, la colocación o traslado del menor a España: toda la normativa existente para proteger al menor en el desplazamiento de su país de origen al país de recepción.

ABSTRACT

This essay covers the aspects involved in an international adoption process. It is composed by an introduction, a conclusion, and four central sections that will discuss the core issues of this paper.

The four indicated sections deals, firstly, with the regulatory standards where all the applicable legislation in an international adoption process, either conventional or regional, will be analyzed. The second section covers the necessary procedure for the constitution of an international adoption process where both the administrative and judicial procedures will be examined. The third one is connected to the specificity which characterizes the international adoption when the minor lives abroad, as cooperation between central authorities is needed. The last section focuses on the placing or transfer of the minor, and the existing regulations that are devised to protect the minor during the displacement from the country of origin to the receiving country.

ABREVIATURAS

art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial de Estado
CC	Código Civil Español
CE	Constitución Española de 1978.
CLH93	Convenio De La Haya de 1993
D.	Decreto
DIPr	Derecho Internacional Privado
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ECAIs	Entidad Colaboradora de Adopción Internacional
LAI	Ley de Adopción Internacional
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Nº	Número
ONG	Organización No Gubernamental
Reg.	Reglamento
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

El motivo por el cual he elegido este tema para el Trabajo de Fin de Grado es que España fue en 2005 el país que realizó mayor número de adopciones internacionales constituidas en el extranjero por adoptantes que residían en España. Así lo recogieron varias editoriales de distintos diarios españoles, tal como el Diario el País o el Diario ADN, ambos de fecha de 19 de julio de 2006 (p. 34 y p. 10 respectivamente), por el que en dicho año se realizaron un total de 5.423 adopciones, de las cuales 2.753, casi el 50% fueron de menores que procedían de China.

Sin duda estos datos reflejan que España es una gran receptora, puesto que poder ayudar a todos aquellos menores que por circunstancias no pueden tener una familia, beneficia tanto a los menores como a las personas adoptantes, así como a la sociedad en su conjunto. El día 5 de mayo de 2017, surgía una noticia en la cadena televisiva *La Sexta*, con el siguiente titular: *“El endurecimiento de las leyes hace caer un 60% las adopciones internacionales y dispara la gestación subrogada en España”*, y que fue escrito por la Asociación de Abogados de Familia. Ambas noticias, el hecho de que España es un país receptor de adopciones internacionales, y los cambios legislativos que hacen más complicado poder realizar una adopción internacional, fueron los motivos que me llevaron a la realización de este trabajo de fin de grado. Quería saber el motivo por el cual actualmente han disminuido las adopciones internacionales.

Los objetivos a alcanzar con este trabajo es poder conocer todo el procedimiento que genera la petición, el desarrollo y la consecución final de una adopción internacional. Ya que como he señalado en el párrafo anterior, se considera responsable de la disminución de adopciones a la Ley actualmente vigente. Así pues, hacer un seguimiento del procedimiento a seguir en la adopción internacional, comprender e interpretar la normativa al uso, así como desentrañar toda la problemática que pudiera plantearse, con el fin de poder comprenderlas y, en su caso, aclararlas, son las razones que me han llevado a realizar este trabajo de fin de grado.

La metodología utilizada para el trabajo es plural, aunque principalmente el conocimiento adquirido proviene de estudios científicos sobre el tema, tanto monografías, manuales o artículos de investigación. Además, la consulta de la legislación actualmente vigente, como la anteriormente derogada y por la que el volumen de adopciones internacionales era muy superior en España, han sido de

especial atención. Con la lectura de Libros como “*Derecho de Familia Internacional*” o “*La protección del Menor y Cooperación Internacional entre Autoridades*” he podido conseguir una percepción de carácter unitario del ordenamiento jurídico, así como de la visión interdisciplinaria de los problemas jurídicos que se plantean en numerosas ocasiones, como intentaré desarrollar en el presente trabajo. Otra obra que me ha ayudado para tener una mayor capacidad de interpretación del ordenamiento jurídico en la materia que nos atañe, ha sido “*Adopción Internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*”. Igualmente he utilizado algunos recursos electrónicos, ya que era complicado encontrar páginas Web que sólo trataran la LAI o el CH93, puesto que el trabajo es de carácter internacional aparecían numerosas páginas de otros países donde trataban su ley nacional. En este sentido, he consultado páginas de ONGs como Unicef, por la protección y ayuda que ofrecen a menores en riesgo, y la visión que plantean de la adopción internacional como medio de ayuda a estos menores.

Igualmente un recurso recurrente para poder realizar este trabajo ha sido *la Ley*, ya que como se verá a lo largo de los puntos, se han analizado artículos concretos tanto con la regulación vigente como con la derogada. Era necesario realizar una investigación más a fondo de estos artículos, ya que había mucha discusión por parte de la doctrina pues en ocasiones artículos derogados eran muy ambiguos y con la modificación se ha especificado el fin al que va destinado, aunque en otras ocasiones no ha solucionado el problema.

A lo largo de este trabajo, se abordan varios temas muy importantes sobre la adopción internacional, de ahí que la estructura para su desarrollo se haya sistematizado en cuatro apartados. El primero de ellos, determina la normativa aplicada a la adopción internacional, si bien no sólo se aborda la normativa actual, es decir, la normativa vigente en España, sino que además se presentan las grandes modificaciones producidas en artículos muy destacados por su repercusión en este ámbito. Para comprender las numerosas modificaciones, así como su repercusión, se han analizado aquellos artículos más destacados abarcando con carácter general, cómo se realizan y qué requisitos son necesarios para una adopción internacional conforme a derecho. También se hace referencia a la jerarquía normativa existente entre las leyes aplicables en esta materia.

El segundo apartado se centra en el proceso administrativo y judicial, siendo analizado con detenimiento en todos los puntos importantes. Trata del procedimiento a

seguir frente a todas las circunstancias que puedan suceder, tales como que la adopción la realice plenamente una autoridad Española; o que se comience el proceso de adopción en España, aunque el menor se encuentre en el extranjero; o aquellos casos en los que el país donde se encuentra el menor que va a ser adoptado, no tenga ningún convenio con España. Se plantean las pautas a seguir para poder constituir la adopción internacional de acuerdo a la LAI y CH93, así como todos los problemas que se pudieran suscitar y las posibles soluciones a ellos, todo en aras de la prevalencia del interés del menor.

Se comienzan a dar las primeras pinceladas de las colaboraciones entre autoridades de estados, ya que las entidades públicas son las obligadas a coordinar y homogeneizar todos los criterios de valoración previos a la realización de una adopción internacional. En concreto, por la materia de este trabajo, se centra en la constitución de dicha adopción realizada por un juez español siguiendo la Ley de Adopción Internacional, tanto en fase administrativa como judicial.

El siguiente punto, ha sido *“la especificidad que presenta la adopción internacional cuando el menor reside en el extranjero”*. Se examina el marco institucional de cooperación en el Convenio de La Haya 1993, analizando, tanto la autoridad central, como los organismos acreditados, otros organismos y personas no acreditadas, y finalmente la intervención de otras autoridades públicas. En cada una de ellas se detallan sus peculiaridades y características, así como todos los problemas que han podido generar y la solución que ofrece la norma.

Por último, como cuarto apartado, se encuentra *“la colocación o traslado del menor a España”*. Este punto en concreto, es uno de los más importantes y que desarrolla todos los problemas generados por el desplazamiento del menor de su país de origen al país de acogida, es decir, la colocación internacional. Es necesario, y por ello aparece en el CH93, una regulación clara en este aspecto ya que el menor siempre debe tener una protección, y más cuando se va a producir un desplazamiento como este, ya que puede ocurrir una adopción fallida (art. 21 CH93). Además se relaciona todos aquellos puntos en común o diferencias existentes entre, el Convenio de La Haya 1993, Convenio de La Haya 1996 y el Reglamento 2201/2003.

2. NORMATIVA

Se comenzará dando una referencia a cuáles son las fuentes de Derecho Internacional Privado, y en concreto, de la jerarquía existente entre ellas. En primer lugar, se analiza el Derecho comunitario, siendo jerárquicamente el primero, ya que prevalece sobre las normas de origen convencional y autónomo (principio de primacía)¹. Se entiende que la primacía de esta fuente es a causa de que presenta unos límites “*ratione materiae*”, que viene dados por las propias libertades, políticas y objetos marcados en los tratados constitutivos, como se desprende en el artículo 81 TFUE². Ya que como señala Carlos Espluegues Mota coexisten límites a causa del principio de subsidiariedad³. Principio que como consecuencia implica que ámbitos que no sean competencia exclusiva, La Unión Europea intervendrá para poder alcanzar aquellas materias que los Estados Miembros no hayan podido abarcar, y pueden lograrse con una mayor eficiencia. Donde se refleja toda esta Legislación Comunitaria, es tanto en Reglamentos, como en Directivas, y cuando estas carezcan de indicadores se aplican normas autónomas o convencionales.

Se pasará a analizar brevemente el Derecho Internacional Privado de carácter Convencional. Sin duda, es un instrumento fundamental para la existencia de un Derecho Uniforme. Pero en ocasiones plantea numerosos problemas por su delimitación cuando concurren dos o más convenios internacionales, como a continuación se verá. En el caso de la Adopción Internacional, se encuentra este problema ya que España solo es parte de un Convenio que trate esta materia, el Convenio de La Haya de 1993⁴.

Por último, mencionar la última fuente, el Derecho Autónomo, es decir, el Derecho internacional privado estatal. En este caso, el derecho internacional privado de carácter autónomo se caracteriza por muy marcada dispersión normativa, en el caso de la adopción con la creación de una Ley que solo tratase dicha materia, LAI⁵.

¹ Bonilla, C. M. (1995). Principio de la Primacía Del Derecho Internacional. *Colaboración Jurídica UNAM* nº 24 , p.315: “la primacía del derecho internacional, tiene dos ascepciones fundamentales: a. el deber de los estados de adecuar su legislación interna a sus obligaciones internacionales y b. la prevalencia del ordenamiento internacional sobre el interno”

² DOUE, número 83, de 30 de marzo de 2010.

³ Carlos Espuelgues Mota, J. L. (2015). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

⁴.BOE número 182, de 1 de agosto de 1995.

⁵ BOE núm. 312 de 29 de Diciembre de 2007

2.1. Derecho comunitario.

Analizando ahora más profundamente esta normativa, en el Derecho comunitario actualmente no existe normativa en materia de adopción internacional. La inexistencia de esta normativa es causa del buen funcionamiento del Convenio de la Haya de 1993, del cual se hablará posteriormente. Por tanto, no existe legislación comunitaria ni mediante Reglamento, ni Directivas en esta materia. Además, la propia Unión Europea tampoco se plantea crearla, ya que todos los Estados de la UE pertenecen al Convenio de la Haya del 1993 y, además, tiene legislación autonómica.

En el caso concreto de España es parte de dicho Convenio y, además, como se desarrolla con posterioridad, tiene una legislación propia, la Ley 54/2007. Con ambas regula tanto el procedimiento, como la ley aplicable como el reconocimiento de la Adopción Internacional.

2.2. Derecho convencional.

El régimen jurídico de fuente convencional de la adopción internacional, es sin duda el Convenio de la Haya de 1993, el cual entró en vigor en España en 1995. Este convenio es ratificado por un importantísimo número de Estados y destacar, que muchos de los países en los que residen menores “potencialmente adoptables” son parte de este convenio.

Lo primero y más importante que se debe analizar de este Convenio es el objetivo y la aplicación del mismo. El primer aspecto, el objetivo, viene regulado en el artículo 1º donde enumera, en primer lugar, que dicho convenio establecerá garantías cuando se realicen las adopciones internacionales siempre velando por el interés del niño y reconociendo todos los Derechos que el derecho internacional le atribuye. Continúa señalando que otro de sus objetivos es la cooperación entre los Estados mediante un sistema para asegurar esas garantías, mencionadas anteriormente, y así evitar la sustracción, la venta y el tráfico de niños. Y por último, los Estados contratantes deben asegurar el reconocimiento de aquellas adopciones que hayan sido realizadas con este Convenio.

Su aplicación, viene regulado en el artículo 2º, y presenta en su apartado 1 que se aplicará cuando el niño tenga su residencia habitual en uno de los Estados contratantes (también llamado “Estado de origen”) o ha sido o va a ser desplazado a un Estado contratante (“Estado Receptor”). Se puede entender por este apartado que la

aplicación del Convenio es casi segura, ya que la mayoría de los Estados lo han firmado.

El propio convenio también recoge en su artículo 4º, las condiciones de las adopciones internacionales, indica que: *“las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen”* y a continuación, realiza una enumeración:

- En primer lugar, señala que el Estado de origen debe considerar al niño adoptable.
- En segundo lugar, que el Estado de origen debe examinar las posibilidades para realizar la colocación del niño en su propio Estado, para así pues velar por el interés del menor.
- En tercer lugar, el Estado de origen debe siempre asegurarse de que las personas, instituciones y autoridades den su consentimiento para la adopción y hayan sido debidamente informadas, es decir, que la familia, por ejemplo, conozca el efecto de una adopción, ya que supone la ruptura del vínculo total con el menor, que va a ser adoptado; y dicho consentimiento debe darse libremente y de manera legal.
- Y, por último, el Estado de origen debe asegurarse, como indica el artículo *“teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño”*. Si se valoró que el menor tienen una madurez considerable, se le debe informar y explicar todos los efectos que pueda generar la adopción, para así ser consciente de ella. Tras esto se tienen en cuenta sus deseos y opiniones; además, dicho menor podrá dar su consentimiento para la realización de la adopción internacional, y debe ser un consentimiento que no esté viciado (pago, compensación) pues debe ser libre y de forma legal.

Podrán tener lugar aquellas adopciones donde los futuros padres son aptos, y por tanto, adecuados para adoptar y, lógicamente, sean conscientes, es decir, han sido convenientemente asesorados y, además, el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estados, (artículo 5º).

Los competentes para saber si los padres son aptos para adoptar, al igual que el niño es apto para ser adoptado y darles información necesaria, son las Autoridades Centrales y organismos Acreditados, como recoge el Capítulo III del Convenio. Este

capítulo refleja todas las pautas que deberán seguir y que se les prohíbe lucrarse de este proceso.

Este convenio no regula ni la Ley aplicable, ni la autoridad competente para constituir la adopción, si regula los efectos y el reconocimiento de la adopción en su Capítulo V.

El artículo 23, apartado 1 aparece, que si la adopción se ha realizado y es conforme al Convenio de la Haya de 1993, será reconocida de pleno derecho por el resto de Estados miembros. Los casos de denegación de reconocimiento serán aquellos que vayan contra el orden público, pero siempre se tendrá en cuenta el interés del menor.

Además de este Convenio, España también es parte de otros, como el Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores en Estrasburgo⁶, y Convenio de Derechos del Niño, de 20 noviembre de 1989⁷.

2.3. Derecho autónomo.

La regulación nacional que trata la adopción internacional ha sufrido numerosos cambios. Antes de la existencia de una Ley expresa, se utilizan los criterios establecidos en el Código Civil⁸ y Ley Orgánica Del Poder Judicial⁹.

2.3.1. Legislación Anterior a la Ley de Adopción Internacional

Antes de la entrada en vigor de la Ley 54/2007 y en defecto de la regulación supraestatal, ya que sí se encontraba vigente el Convenio de la Haya del 1993, el sistema internacional de Derecho Privado consagraba una normativa específica para la constitución de la adopción, donde se buscaba la protección del menor independientemente de su filiación, presente en el artículo 39.2º CE¹⁰.

Este planteamiento también aparece reflejado en el Código Civil en su artículo 9.5º, incorporado por la reforma de su Título Preliminar mediante Decreto de

⁶ BOE número. 167 13 de julio de 2011.

⁷ BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990.

⁸ BOE número 206, de 25/07/1889. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁹ BOE número 157, de 02 de julio de 1985.

¹⁰ BOE número 311 de 29 de Diciembre de 1978, Constitución Española artículo 39.2º “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*”

1836/1974, de 31 de mayo¹¹. Este artículo ha sido modificado, con su creación hacía una distinción entre la constitución de la adopción por autoridad española, ya sea en el territorio nacional o fuera de éste, y la realizada por autoridad extranjera, invocado al principio básico del interés del menor con la aplicación de la *lex fori* para la constitución de dicha adopción, junto con la ley personal del adoptado en ciertas circunstancias. Este planteamiento en aquél momento resultó novedoso, pero dicha regulación tenía cierta discriminación, esencialmente a dos aspectos:

- En primer lugar, primaba el varón sobre la mujer cuando la adopción la realizase ambos cónyuges.
- Y por otra parte, favorecía al adoptante frente al adoptando a la hora de designar la Ley rectora en los efectos de la filiación, al igual que las autoridades que serán competentes para la constitución de la adopción.

Con posterioridad, la Ley 21/1987 nació con la finalidad de eliminar todas aquellas discriminaciones contra la mujer en este campo, al igual que presentar una legislación más clara y fácil de aplicar¹². Esta también generó alguna discusión, y con posterioridad, se adoptó la Ley 11/1990, de 15 de octubre; la cual buscaba depurar la anterior¹³.

Sin duda, el artículo 9.5º del Código Civil ha sufrido numerosas modificaciones. Actualmente este artículo recoge que la adopción internacional será regida por las normas de la Ley de Adopción Internacional, al igual que los efectos que producirán las adopciones constituida por autoridades extranjeras. En este aspecto vuelve a señalar que regirá la Ley 54/2007.

2.3.1.1. Autoridad competente para constituir la adopción internacional

Antes de la Ley de Adopción Internacional, la autoridad competente para constituir dicha adopción venía regulada en dos leyes. Por una parte, Ley Orgánica del Poder Judicial, en su antiguo artículo 22.3º, declaraba que la constitución de la adopción por autoridad española será competencia de los órganos judiciales españoles para constituir la adopción internacional, con los criterios de que o el adoptante o el adoptado sea español o resida habitualmente en España. Sin duda como aclara N. Bousa Vidal,

¹¹BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974.

¹² BOE número 275, de 17 de noviembre de 1987.

¹³ BOE número 250, de 15 de octubre de 1990.

daba hasta un total de catorce posibles variantes donde se señalarían competentes a estos Jueces españoles para la constitución de dicha adopción internacional. Por otra parte, y esta vez en el Código Civil, designa la constitución de una adopción consular, en el ya señalado antiguo artículo 9.5º apartado 3º.

2.3.1.2. Ordenamiento jurídico aplicable a la adopción internacional.

También antes de la entrada en vigor de la Ley de Adopción Internacional, se encontraban artículos que indicaban la determinación del ordenamiento aplicable a la constitución de la adopción. Estas normas, relativas a la determinación del ordenamiento aplicable para constituir una adopción internacional, venían recogidas en el antiguo artículo 9.5º del Código Civil, donde se aborda la determinación del ordenamiento jurídico respetando unos criterios.

2.3.1.3. Reconocimiento de adopciones constituidas al amparo de ordenamientos extranjeros.

Hasta la llegada de la Ley 54/2007, y en defecto de la regulación del Convenio de la Haya del 1993, el reconocimiento de adopciones, que eran constituidas por ordenamientos jurídicos extranjeros, eran reguladas en el párrafo 4º del apartado 5º del artículo 9 Código Civil¹⁴.

Si se analiza este párrafo 4º desde una perspectiva muy general, se han de destacar varios aspectos importantes. En primer lugar, que exige que la autoridad extranjera sea “competente”, esto sin duda es una naturaleza netamente procesal.

En segundo lugar, que exige verificar otra opción, y esta es que la autoridad extranjera haya aplicado la Ley del adoptado en lo que se refiere a capacidad y consentimiento¹⁵. Este aspecto sin duda fue el más criticado, ya que presenta una ambigüedad muy clara, por no señalar cuál será esa Ley personal del adoptando: si será aquella de su nacionalidad, o la de su residencia habitual; y tampoco indica si a la capacidad y el consentimiento son sólo del adoptado o también sería necesario el del adoptante¹⁶.

¹⁴ Lo que pretendió el legislador en este párrafo, el cual fue muy criticada por no ser claro, era un modo de imponer a la autoridad extranjera qué ordenamiento se aplicaría a cada caso.

¹⁵ Res. De la DGRN de 9 de junio y de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993, 5411 y 7932)

¹⁶ Moya Escudero M. (1995), *La Adopción*. Universidad de Granada. p. 217. Estima que estas imprecisiones aumentan la complejidad del régimen de la adopción internacional a la vez que introducen una indeseable nota de inseguridad jurídica.

2.3.2. Ley de adopción internacional.

Este apartado se centra con un mayor detenimiento a la Ley tantas veces mencionada, Ley de Adopción Internacional (LAI). Se debe señalar donde producirá efectos dicha Ley, al igual que su concepto de adopción internacional.

La adopción internacional, como concepto para esta ley, aparece en el artículo 1 el que con el título “*objeto y ámbito de aplicación de la ley*”. En su primer apartado apunta que regula la intervención de la Administración General del Estado, español lógicamente, Entidades públicas y organismos acreditados para estas adopciones internacionales; luego continúa que también esta ley regulará la capacidad y requisitos que deben reunir las personas que desean adoptar; y, por último, este apartado también recoge que regulará las normas de Derecho internacional privado relativo a la adopción y todas aquellas medidas de protección internacional del menor, que es uno de los requisitos más importantes en esta materia la protección del menor, en supuestos en los cuales exista un elemento extranjero, ya que esto es lo que diferencia una adopción internacional a una nacional.

Como se observa, este apartado se podría dividir, ya que aporta diversos datos. En primer aspecto, refleja cuales serán las entidades que deberán intervenir en el proceso de adopción señalando que serán competentes la Administración General del Estado, Entidades Públicas y organismos acreditados para la adopción internacional. En segundo lugar, la propia ley recoge que también regulará la capacidad y todos los requisitos que los adoptantes deben cumplir para poder adoptar. Este aspecto será con posterioridad analizado. Y por último, hace alusión a todas aquellas normas de protección del menor cuando concurra un elemento de extranjero.

Por otro lado, el apartado 2, del artículo 1º, muestra lo que se debe entender por adopción internacional. Antes de analizar el apartado que se encuentra actualmente vigente, se debe comentar que éste ha sido modificado. Anteriormente era mucho más genérico ya que daba un concepto amplio de adopción internacional, por ejemplo utilizando las palabras “*elemento extranjero*” lo que suponía que bastaba la presencia de un elemento no español para que concurriera este requisito. Además, también recogía que debía existir un “*vínculo jurídico de filiación*” entre adoptante y adoptado. Por tanto cubría todo tipo de adopción ya fuese plena, simple o menos plena. Y, por último,

también destacar que los adoptados podrían ser tanto menores como mayores de edad ya que quedaban comprendidos en el marco de la ley.

Actualmente, el apartado 2, da un concepto que refleja expresamente que se debe entender por una adopción internacional. Es aquella en la que un menor, ahora ya sí especifica la edad del adoptado, considerado adoptable por la autoridad extranjera competente para señalarlo, y con residencia habitual en el extranjero pues esto nos da ese elemento de extranjería necesario para calificar el caso de carácter internacional. Continúa haciendo referencia a que dicho menor acto para ser adoptado, es o va a ser desplazado a España, ya que sus adoptantes tienen su residencia habitual aquí. Y, por último, apunta cuando se realizará dicho desplazamiento, dando varias opciones: poder ser desplazado después de su adopción en su Estado de origen, o bien para constituir la adopción en España.

El artículo 2º de la Ley de Adopción Internacional, vuelve a reiterar tanto en sus apartados 1 como en el 2, que esta Ley garantiza con los instrumentos básicos todas las adopciones, siempre considerando el interés del menor, protegiendo sus derechos y también de los adoptantes como del resto de personas que se implicarán en el proceso para constituir la adopción internacional.

Por ello, en el siguiente artículo 3º, recoge que tanto la LAI como el resto de normas del ordenamiento jurídico, deben respetar todas aquellas normas relativas a los menores que aparecen en los principios inspiradores:

- Convenio de Derechos del Niño, de 20 noviembre de 1989;
- El Convenio de la Haya de 1993;
- Al igual que la cooperación en materia de adopción internacional del Convenio de la Haya de 19 de octubre 1996¹⁷. Todo ello relativo tanto a competencia, a ley aplicable, a reconocimiento, a ejecución, como a cooperación en materia de las responsabilidades parentales;
- De protección del menor en el Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores en Estrasburgo de 2008;
- Y, por último, el Reglamento nº 2201/ 2003 de 2003¹⁸.

¹⁷ BOE núm 291, 2 de diciembre de 2010

¹⁸ DOUE número 338, de 23 de diciembre de 2003

Continuando con el análisis de esta ley, ahora se hará referencia al artículo 4º (LAI), donde en su apartado 1, aparece que la Administración General del Estado junto con las Entidades Públicas serán las competentes para comenzar el trámite de adopción con cada país donde se encuentre el menor, al igual que la suspensión y la paralización del proceso.

En su apartado 2, establece cuando no se tramitarán y recoge una serie de circunstancias que podría suceder, como:

- Que el Estado donde se encuentre el menor tenga un conflicto bélico o desastre natural;
- La no existencia en el país donde se encuentre el menor con autoridad específica que controle y garantice la adopción, y permita a la autoridad española la información sobre la adoptabilidad del menor, al igual que el resto de información necesaria;
- Y, en último lugar, que el país donde se encuentra el menor tampoco dé garantías adecuadas para la adopción, práctica y trámites para la adopción, ya que no respete el interés del menor.

Como se aprecia estas son las circunstancias que imposibilitarían pues la adopción internacional o al menos la podrían condicionar.

En el artículo 5º se hace una enumeración en su apartado 1 de la intervención de las Entidades Públicas y que le corresponde a éstas realizar en materia de adopción internacional. Señalar algunas de estas funciones, como:

- Facilitar a las familias la formación de todo el proceso para una mayor comprensión;
- Recibir la asignación del menor que va a ser adoptado por las autoridades competentes del país de origen y debe figurar su identidad, al igual que otra información como su adoptabilidad, medio social y familiar, historia médica y necesidades particulares, además de información y consentimiento de personas, instituciones y autoridades del país de origen.

A parte de todo lo señalado anteriormente, y con carácter general, la LAI regula los siguientes aspectos:

- a) La competencia judicial internacional para la constitución de adopciones internacionales. Título II, capítulo I.
- b) La Ley aplicable a las adopciones internacionales. Título II, capítulo II.
- c) Los efectos Jurídicos en España de adopciones internacionales constituidas en el extranjero. Título II, capítulo III.
- d) La intervención de las Entidades Públicas competentes en materia de protección de adopción internacional.
- e) Intervención y funciones propias de las llamadas “Entidades Colaboradoras en la adopción internacional” (ECAIs).
- f) El régimen jurídico de los casos internacionales de acogimiento familiar y otras medidas de protección de menores ajenos a la adopción.
- g) Capacidad y requisitos para la adopción internacional. Título I, capítulo III.

Para final este apartado hacer referencia a la adopción por cónsules españoles, la cual viene también regulada en la LAI. Se encuentra recogida en el artículo 17 y establece, en primer lugar las circunstancias que no deben ocurrir para que el cónsul pueda realizar dicha adopción, que serían que el Estado Local no se oponga a ello y tampoco su legislación lo prohíba y todo ello de conformidad con los Tratados Internacionales, al igual que las normas internacionales de aplicación. También deberá darse la circunstancia de que el adoptante sea español y el adoptado tenga su residencia habitual en la demarcación consular.

3. PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Como se ha señalado anteriormente, dos son las fuentes que regulan la Adopción Internacional, en concreto, el Convenio de la Haya del 1993 y la Ley de Adopción Internacional. Ambas siguen un proceso administrativo y otro judicial, el cual va a ser analizado detenidamente a continuación.

Antes de analizarlos, se van a dar conceptos generales del procedimiento para realizar una adopción internacional. Con esto se puede decir que hay diversos itinerarios prácticos para la constitución, ya que la adopción puede estar constituida por una autoridad española, una autoridad extranjera pero iniciada en España, por una autoridad extranjera.

Si la adopción internacional es constituida por una autoridad española, será necesario que se superen una serie de fases:

- 1º Fase Administrativa previa, que permite constatar la idoneidad de los adoptantes y se realiza la propuesta “previa” de adopción.
- 2º Fase Judicial constitutiva. Es la más importante de todas, ya que el Juez (en este caso español) constituye la adopción, conforme al régimen que le sea de aplicación.
- 3º Fase de inscripción de la adopción en el Registro Civil. Se hace eficaz la resolución judicial española (prácticamente) con la inscripción en el Registro Civil español.

También puede darse el caso de una adopción internacional con un proceso iniciado en España pero en el cual, el menor se encuentra en el extranjero. Sin duda la que más se suele dar, ya que la mayor parte de adoptados son menores que no se encuentran en España en el momento de constituirse la adopción. También enumera una serie de fases a seguir, pero más complejas que la anterior:

- 1º Fase administrativa española. Los adoptantes deberán dirigirse a la autoridad española para obtener el “certificado de idoneidad”. El expediente será enviado al país donde tenga actualmente la residencia habitual el menor que será adoptado, mediante los mecanismos de colaboración administrativa internacional presentes tanto en el CH93 como en la LAI (artículo 9).
- 2º Fase administrativa extranjera. Las autoridades extranjeras cuando hayan recibido el expediente administrativo español, procederán a asignar un menor a los adoptantes propuesto.
- 3º Fase de constitución de la adopción en el país extranjero o en España. Son las autoridades (Estado de origen, o en el Estado de recepción) las que proceden a constituir la adopción del menor, pero con arreglo a su ordenamiento jurídico, es decir, sus propias normas de DIPr.
- 4º Fase de inscripción de la adopción internacional en el Registro Civil español. Ya perfeccionada la adopción en el país donde el menor tenga su residencia habitual o en España, los adoptantes procederán a inscribir en el Registro Civil español y podrán fin al proceso.

Por último, la adopción puede constituir la íntegramente una autoridad española. Este caso se suele dar cuando el país donde se encuentra el menor no tiene Convenios internacionales con España. En este caso se dan las siguientes fases:

- 1º Obtención del certificado de idoneidad español. Los adoptantes españoles solicitan el certificado de idoneidad para poder adoptar.
- 2º constitución de la adopción internacional en el país extranjero. En este caso, los adoptantes se trasladan al país donde se encuentre el menor, al país extranjero, y allí continuarán todos los trámites administrativos y judiciales necesarios para poder constituir la adopción. Sin duda esta fase es la más compleja, y la que más se alarga en el tiempo, y terminaría con la constitución de la adopción.
- 3º Reconocimiento de la adopción internacional en España y, por tanto, la inscripción en el Registro Civil del menor.

Tras este breve esquema de las fases que se darían en cada uno de los casos, se pasa a analizar con más profundidad todos ellos.

3.1. Adopción internacional según el Convenio del Haya 1993.

El Convenio de La Haya de 1993 es un instrumento internacional de gran relieve en la regulación de las adopciones internacionales.

3.1.1. Procedimiento Administrativo previo de la adopción internacional.

El CH 1993 establece un sistema de reparto de competencias, previsto en su capítulo IV, y éstos serían:

- a) Las autoridades del Estado de Recepción elaboran un informe sobre los adoptantes y que transmiten a la Autoridad Central de origen (artículo 15).
- b) Las autoridades donde se encuentra el adoptando también realizarán un informe (artículo 16). Una vez realizado el informe, lo remiten a su Autoridad Central del Estado de recepción, y adjuntarán una “*propuesta concreta de colocación del niño*” y la prueba de que se han obtenido todos los consentimientos necesarios.

- c) Las Autoridades Centrales de ambos Estados han de estar de acuerdo, para poder continuar con el proceso de adopción y el Estado de origen se han asegurado de que los futuros padres adoptivos ha manifestado su acuerdo¹⁹.
- d) Cuando ambas Autoridades Centrales estén de acuerdo, deberán hacer todo lo posible para conseguir las autorizaciones necesarias para que el niño pueda salir del Estado de origen e ir al Estado de recepción (artículo 18).
- e) La constitución de la adopción puede tener lugar en el Estado de origen, como en el Estado de recepción, pero esto no lo regulará el Convenio de la Haya 1993.

3.1.2. Validez extraterritorial de la adopción internacional.

El CH93 acoge un sistema muy favorable para dar validez y, por tanto, reconocer adopciones extraterritoriales, que hayan sido constituidas mediante el procedimiento del Convenio, ya que será un reconocimiento de pleno derecho (artículo 23.1).

Un reconocimiento de pleno derecho significa que no es necesario un procedimiento específico para que la adopción sea considerada como existente y, por tanto, válida en todos los Estados firmantes del Convenio de la Haya 1993. La autoridad del Estado parte que ha constituido la adopción expedirá un certificado en el que refleja que la adopción internacional se realizó conforme al Convenio.

Pero, hay motivos para denegar el reconocimiento de la adopción en el Convenio de la Haya 1993. Ya se hizo mención a este aspecto en el punto 2, y estos son²⁰:

- Adopción no certificada conforme al Convenio de la Haya de 1993
- Contradicción con el Orden Público del Estado parte.

¹⁹ Artículo 17 del Convenio de La Haya de 1993: “En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si: a) La Autoridad Central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo. b) La Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen. c) Las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción. d) Se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.”

²⁰ Artículo 24 del Convenio de la Haya de 1993.

3.2. Adopción internacional según la Ley de Adopción Internacional 54/2007. Constitución de la adopción internacional en España por juez español,

3.2.1. Fase administrativa.

Como regla general, toda adopción que se constituye en España por un juez español se inicia con una fase administrativa. Se realizan las siguientes actuaciones:

- 1º Control de idoneidad de los adoptantes.
- 2º Realización de la propuesta administrativa previa de adopción internacional.

Esta fase viene recogida tanto en la LAI (artículo 10) como en el Código Civil español (artículo 176). Por tanto en primer lugar y a petición de los adoptantes, la entidad pública deberá declarar la idoneidad para el ejercicio de la patria potestad. Se encuentra en el apartado primero del artículo 10 LAI, lo que se deberá entender por idoneidad: *“la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental”*, pero siempre atendiendo a las necesidades del menor.

La propia LAI, en su apartado segundo del artículo 10, establece el contenido de declaración de idoneidad, que requerirá:

- Una valoración psicosocial sobre la situación tanto personal como familiar de las personas que van a adoptar. La valoración psicosocial analizará la capacidad para establecer vínculos, habilidades educativas, aptitud para comprender a un menor, así como cualquier otro elemento²¹. Además si los adoptantes ya tienen hijos, también deberán ser escuchados.
- La declaración de idoneidad, al igual que los informes psicosociales, tiene una vigencia máxima de tres años, y comenzará desde la emisión por la Entidad Pública. Pero, la ley determina una excepción cuando se produzcan modificaciones sustanciales, no señala cuáles son estas circunstancias sustanciales, que modifique la situación familiar o personal de los adoptantes (artículo 10.3 LAI)

Las entidades públicas son las obligadas a coordinar y homogeneizar todos los criterios de valoración, al igual que todo el proceso administrativo. Por tanto, son las encargadas de declarar la idoneidad de las personas que se ofrecen para adoptar, valorando los informes psicosociales obtenidos. Si se declaran como idóneas, que serán

²¹ Cabe considerar, que el propio artículo se queda abierto a otras posibles circunstancias que serán motivo de estudio para cada caso concreto.

tanto para una adopción nacional, como para una adopción internacional, ya que el apartado quinto del artículo 10 así lo prevé, y se pondrá fin a esta vía administrativa.

Esto en cuanto a la Entidad Pública, pero también la ley prevé obligaciones a los adoptantes. Estas obligaciones son:

- Asistir a sesiones informativas y de preparación, organizadas por la Entidades Públicas o por organismo acreditado.
- Facilitar, en el tiempo previsto, información y demás documentación para realizar las entrevistas al igual que para la realización de los informes por la Entidad pública u órgano acreditado. Y, en este caso, la no colaboración de los adoptantes supone una sanción administrativa, e incluso considerarse una causa de no idoneidad para adoptar.

Si no se ha realizado el certificado de idoneidad, no se reconocerá la adopción internacional en España hasta que la Entidad pública no declare a los adoptantes como idóneos (artículo 26.3 LAI). El objeto de este requisito es que los sujetos que quieren realizar la adopción, pero no se haya considerado idóneos, vayan a países donde no existe este requisito y adopten. Han sido numerosos los casos que se han presentado en España de adopciones legalmente realizadas, pero que no pueden reconocerse. Sin duda, este certificado de idoneidad responde al interés del menor para garantizar que los adoptantes presentan un cuadro de circunstancias apropiadas para asumir la adopción de un sujeto y ejercer adecuadamente la patria potestad. El artículo 26 de la LAI en su apartado tres exige que la declaración de idoneidad del adoptante por la Entidad Pública haya sido emitida *“previamente a la constitución de la adopción por el órgano extranjero”*.

La LAI también presenta supuestos exentos de declaración de idoneidad, *“no se exigirá dicha declaración de idoneidad en los casos en los que de haberse constituido la adopción en España no se hubiera requerido la misma”* (artículo 26.3 LAI).

La autoridad competente para expedir el certificado de idoneidad es la Entidad pública de la CCAA que corresponda con arreglo a los criterios de competencia administrativa establecidos en la propia normativa autonómica.

3.2.2. Fase judicial.

3.2.2.1. Competencia judicial internacional.

Una vez finalizada la fase administrativa, comienza la fase judicial. En este apartado se analiza el proceso cuando es constituido por juez español, es decir cuando éste tiene la competencia.

Los Juzgados y Tribunales serán competentes, según el artículo 14 de la LAI apartado primero:

- “a) cuando el adoptando sea español o tenga residencia habitual en España”, como se aprecia el legislador ha dado amplitud a la competencia ya que es irrelevante que el adoptando ostente varía nacionalidad porque si una de esas nacionalidades es la española serán competentes los tribunales españoles.
- “b) cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España”.

Además, el propio artículo en su apartado segundo concreta el momento en el cual dichos criterios serán aplicables, “en el momento de la presentación del ofrecimiento para la adopción a la Entidad Pública”. El concepto de “residencia habitual” al que se refiere el artículo 14, es el recogido en el artículo 40 del Código Civil²².

Una serie de observaciones de competencia judicial internacional han de tenerse en cuenta a la hora de constituir una adopción por un juez español, ya que el artículo 14 de la LAI suscita varias reflexiones:

- 1º) Se encuentra una amplitud del foro de competencia judicial internacional, ya que el legislador tiene como fin la protección del menor y, por tanto, su beneficio²³.
- 2º) Principio de vinculación mínima, los cuatro foros que determina el artículo 14 LAI aparecen inspirados en el principio de vinculación mínima²⁴. Autores como Alfonso Luis Calvo Caravaca²⁵, opinan que los foros de competencia

²² Artículo 40. “Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

²³ González Campos J.D (1995), *Derecho Internacional Privado. Parte Especial* 6ª Edición pp. 366-37. Espulgues Mota C. (1977) *El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España*, RDIPP, pp.34-74; ID., (1996) *Conclusiones por parte de España de cuatro Protocolos sobre la Adopción internacional*, REDI II, pp. 336- 340.

²⁴ “Minimum Contact Test”.

²⁵ Calvo Caravaca A.L (2008) *Derecho De Familia Internacional*, 4ª Edición, Madrid, Editorial Colex.pp.270.

judicial internacional “*pueden y deben ser reducidos teológicamente a través de un desarrollo judicial*, ya que no existe una vinculación que él señala como “*real*” con España y, como consecuencia, puede darse una adopción internacional “*claudicante*”²⁶.

3º) Momento Temporal. Como es lógico, tanto la nacionalidad española como la residencia habitual en España deben quedar acreditadas en el momento de la presentación de la solicitud de adopción a la Entidad Pública competente²⁷.

4º) Competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional. Viene recogido en el artículo 16 LAI, el cual contiene dos apartados. El primero determina la precisión del concreto órgano jurisdiccional competente y territorialmente para la constitución de una adopción internacional y se realizará con arreglo a las normas de la “*jurisdicción voluntaria*”²⁸. En segundo lugar, indica los casos en los que no pueda identificarse un juez territorialmente competente, porque:

- no exista propuesta previa de una Entidad Pública española,
- o los adoptantes no estén domiciliados en España,

El artículo 16 da la solución a este problema señalando como competentes los órganos judiciales que los adoptantes elijan, una autonomía de la voluntad muy usual en estos temas.

La LAI en su artículo 15 indica la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para los supuestos de nulidad conversión o modificación de una adopción, pero estos temas ya han sido vistos con carácter general en el punto dos (ya que no es este el tema de estudio). Tampoco se profundizará más en la competencia judicial internacional para los cónsules españoles que también han sido vistos en el punto dos²⁹.

3.2.2.2. Ley aplicable.

El capítulo II de la LAI regula la Ley aplicable a la adopción internacional, artículos que fueron muy novedosos tras su entrada en vigor. Con carácter general, tiene los siguientes rasgos que se van a analizar con posterioridad más profundamente:

²⁶ Válida en España, los tribunales españoles pueden constituirla pero sin efectos legales en otros países extranjeros conectados estrechamente con el caso.

²⁷ Artículo 14.2 LAI (AAP Madrid 27 julio de 2006, (adoptante español), Res. Circular DGRN 15 julio de 2006).

²⁸ Artículo 63.16 LEC 1881, el juez correspondiente al domicilio de la Entidad Pública que hace la propuesta de adopción, y en su defecto, el juez del domicilio del adoptante.

²⁹ Artículo 17, Ley de Adopción Internacional.

- a) Se determina la ley aplicable a los procesos de nulidad, conversión, constitución y revisión de la adopción.
- b) Se persigue su aplicación en el País donde se encuentra el menor.
- c) Se rechaza todo Legeforismo.
- d) También se persigue que la adopción quede sujeta a una sola ley Estatal.

Comenzar analizando el artículo que, sin duda, requiere un examen mucho más detallado: el artículo 18 *“La constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos: a) Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción. b) Cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España.”*. Como se aprecia, las circunstancias a las que se refiere el artículo 18 son dos: cuando el adoptando tengo su residencia habitual en España en el momento de la constitución de la misma o vaya ser trasladado a España con la finalidad de tener su residencia habitual en España.

En primer lugar, se encuentran puntos de conexión, en concreto por el tipo de punto por el cual se ha decantado el artículo 18 es un punto de conexión social, la residencia habitual. Este criterio que conecta al adoptando y a su nueva familia con una sociedad³⁰.

Un segundo punto a tener en cuenta es el ámbito de aplicación. La ley española será aplicable con carácter presente y futuro, respecto a la residencia habitual del adoptando en España. Esto lleva a pensar que la Ley española se aplicaría en numerosos casos, pues los menores que actualmente no tienen su residencia habitual en España, sí la tendrán cuando se produzca la adopción. Este punto de conexión se podría calificar como “punto de conexión anticipado”³¹, ya que aún no existe realmente, pero existirá en el futuro, aunque deberán acreditar:

- a) Que el adoptando ha sido o va a ser trasladado a España

³⁰ El “punto de conexión social” es una noción funcional que siempre son el centro social de la vida. Un criterio funcional, es aquel que no tiene un sentido único, ya que cada normativa lo emplea respecto de la utilidad que le desee dar. Una monografía a destacar que explica con todo detalle las nociones funcionales es, *La Etapa de la Descodificación* de Natalino Irti.

³¹ Calva Caravaca, *Derecho De Familia Internacional*, p.274.

- b) Que el fin del trasladado es establecer la residencia habitual del adoptando en España.

Como es lógico, el adoptando cambia de residencia habitual cuando es adoptado. Por ello, el legislador ha querido anticiparse a la utilización de una Ley de un país en cuya sociedad el adoptando dejará de ser integrado.

El criterio que sigue el apartado a) del artículo 18 LAI es la Residencia habitual del adoptando en España, es una conexión real y actual no una conexión anticipada. Es decir, el adoptando se encuentra y tiene su residencia habitual en España, aunque dicha residencia debe encontrarse cuando se vaya a producir la constitución de la adopción y no en el momento de iniciarse la fase administrativa.

En tercer y último lugar, la función judicial en la acreditación del traslado del adoptando a España y de la futura residencia habitual del adoptando en España. El juez en este aspecto tiene que tener un alto grado de certeza de que España es el lugar donde se va a establecer en un inmediato futuro la residencia habitual del adoptando. Si el juez no tiene dicha certeza se aplicará la regla general, es decir, la Ley del país de la residencia habitual actual del adoptando.

Pero, existen excepciones a este criterio en el artículo 19 LAI, es decir, a aspectos que no regula la ley Española, estos aspectos son:

- La capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios. Se regirá por la ley nacional del adoptando, cuando éste tuviera residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución o no adquiere la nacionalidad española, aunque resida en España.

Esto quiere decir que la Ley española rige todas las cuestiones relativas a la constitución de la adopción menos la capacidad del adoptando y los consentimiento necesarios para constituir la adopción internacional, que se regirán por la ley nacional del adoptando. Por tanto, se estaría ante una “aplicación distributiva de las Leyes” para potenciar la adopción en ciertos casos, como indica el apartado segundo del artículo 19 de la LAI: *“cuando la autoridad española competente estime que con ello se satisface la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando”*.

- Otra excepción está presente en el artículo 20, dándole capacidad al juez competente para exigir el consentimiento, audiencia o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la de la residencia habitual del adoptante o adoptando cuando concurra alguna de las circunstancias que el mismo artículo prevé. El

apartado a) determina que beneficie al adoptando, es decir, a su interés para facilitar la validez de la adopción en otros países que tengan conexión con el proceso. En el apartado b) da la posibilidad de que el adoptando las solicite o también el Ministerio Fiscal.

Cuando no concurra ninguna de las circunstancias anteriormente señaladas, y por tanto, no se aplique la Ley Española para la constitución del proceso, se aplicará una ley extranjera. El artículo que preveía esta circunstancia (artículo 21 LAI) ha sido suprimido por la Ley 26/2015 que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³².

4. ESPECIFICIDAD QUE PRESENTA LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL CUANDO EL MENOR RESIDE EN EL EXTRANJERO.

En primer lugar recordar que en el ámbito de la adopción internacional deben distinguirse dos aspectos fundamentales, la coordinación legislativa y la cooperación de autoridades. La primera tiene un objetivo muy claro, la unificación de normas sobre competencia judicial internacional, Derecho aplicable y eficacia. Mientras que la segunda establece modos de comunicación entre autoridades, judiciales y administrativas de los Estados contratantes.

Antes de analizar la cooperación internacional en materia de adopción internacional, comenzar haciendo una referencia histórica. En un primer momento, la cooperación entre autoridades a través de medios tradicionales de relaciones internacionales era una vía diplomática o consular, propia del DIPr.

El primer Convenio existente que creó un sistema de Autoridades Centrales fue el Convenio de Nueva York de 20 de Junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero³³. Con posterioridad, la Conferencia de La Haya de DIPr a fue perfeccionando este mecanismo de cooperación internacional hasta llegar a elaborar el Convenio de la Haya de 1993.

³² BOE núm. 180, de 29/07/2015.

³³ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1966.

Pero, ¿qué se debe entender por “Autoridades Centrales”? Son aquéllas que tienen encomendadas las principales actuaciones previstas en los propios convenios, para alcanzar sus objetivos mediante la cooperación (entre ellas)³⁴.

Sin duda, la cooperación entre autoridades es el medio que utiliza el CH 1993, instaurando este sistema, el de cooperación, de los Estados contratantes con el fin de asegurar el interés del menor ante todo, al igual que el respeto a los derechos fundamentales que reconoce el DIPr para evitar la sustracción, venta y tráfico de menores³⁵.

De todos los Convenios y regulación internacional que traten esta materia, sin duda, el Convenio de la Haya de 1993 guarda numerosas similitudes y diferencias con el Convenio del Haya de 1980³⁶, y se destacarán las más significativas. Como similitud, se puede recalcar que ambos Convenios presentan dos situaciones de hecho:

- Asegurar el retorno del menor en caso de sustracción ilícita, y
- Desplazamiento del menor de un país a otro³⁷.

Como diferencia más importante entre ambos Convenios, se aprecia que el CH 1993 introduce la posibilidad de delegar la mayor parte de las funciones previstas inicialmente a las Autoridades Centrales a autoridades públicas y a organismos y personas privadas³⁸. Además, el Convenio de la Haya 1993 también recoge:

³⁴ Amores Conradi M.A. afirma que dicha cooperación “obedece a la importancia de la dimensión pública de las materias en las que se instaura este mecanismo”. En su obra, (1989), “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil”, REDI vol.XLI, p.29.

Por su parte, Borrás Rodríguez A. explica la aparición y consolidación de la figura de la “Autoridad Central” que, se justifica indicando “la necesidad de cooperación entre las autoridades judiciales o administrativas de diferentes Estados en relación a determinadas materias especialmente idóneas para la utilización de esta forma de cooperación”. Esto aparece en (1993) “La Autoridad Central: Los Convenios de La Haya y España”, Vol. XLV, pp. 64-73 y 78-79.

³⁵ CH 1993, Artículo 1. “El presente Convenio tiene por objeto: a) Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional. b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños. c) Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio”.

³⁶ BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

³⁷ Muir Watt, H. (1993/1995), “La Convention de la Haye du 29 mai sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, Travaux du Comité Français de Droit International Privado, Années, p. 50.

³⁸ Acude a un sistema mixto, es decir, por una parte, la cooperación directa entre las autoridades y organismos del Estado, y por otra, la cooperación a través de Autoridades Centrales a las que el convenio les reserva algunas funciones.

- La obligación de Estados contratantes de designar una Autoridad Central para cumplir los objetivos del Convenio,
- Las previsiones normativas relativas a actuaciones de otras autoridades públicas y, por ello, que tienen que ser realizadas por autoridades públicas³⁹, organismos acreditados⁴⁰, e, incluso, organismos o personas no acreditadas⁴¹.

Con todo ello pretende el propio Convenio ser ratificado por el mayor número de Estados posible, permitiendo a cada Estado libertad para que decida por sí mismo, si las obligaciones impuestas a las Autoridades Centrales deberán comenzar por estas o por otros intermediarios privados (acreditados o no acreditados), rigiendo la Ley del Estado.

Vistas las posibles delegaciones que se pueden dar, es importante resaltar el poder de decisión que sólo recaerá en las Autoridades Centrales cuando coincidan, en cada Estado, con las autoridades, organismos o personas competentes según la legislación interna de cada Estado contratante. Numerosos autores insisten en asegurar que en virtud de esto, se otorga un papel esencial a las autoridades administrativas

³⁹ CH 1993, Artículo 8 “Las Autoridades Centrales tomarán, directamente o con la cooperación de autoridades públicas, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio.”

⁴⁰ CH 1993, Artículo 9 “Las Autoridades Centrales tomarán, ya sea directamente o con la cooperación de Autoridades públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado, todas las medidas apropiadas, en especial para: a) Reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción. b) Facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción. c) Promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones. d) Intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional. e) Responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formulada por otras Autoridades Centrales o por autoridades públicas.”

⁴¹ CH 1993, artículo 22 “1. Las funciones atribuidas a la Autoridad Central por el presente capítulo pueden ser ejercidas por autoridades públicas o por organismos acreditados conforme al capítulo III, en la medida prevista por la Ley de este Estado. 2. Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las funciones conferidas a la Autoridad Central por los artículos 15 a 21 podrán también ser ejercidas en ese Estado, dentro de los límites permitidos por la Ley y bajo el control de las Autoridades competentes de dicho Estado, por personas u organismos que: a) Cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado. b) Estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional. 3. El Estado contratante que efectúe la declaración prevista en el párrafo 2 informará con regularidad a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado de los nombres y direcciones de estos organismos y personas. 4. Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las adopciones de niños cuya residencia habitual esté situada en su territorio sólo podrán tener lugar si las funciones conferidas a las Autoridades Centrales se ejercen de acuerdo con el párrafo primero. 5. A pesar de que se haya realizado la declaración prevista en el párrafo 2, los informes previstos en los artículos 15 y 16 se prepararán, en todo caso, bajo las responsabilidades de la Autoridad Central o de otras autoridades u organismos de acuerdo con el párrafo primero.”

(Autoridades Centrales), sustituyendo a las instituciones judiciales en los países donde la adopción resulte de un proceso judicial⁴².

4.1. Marco institucional de cooperación en el Convenio de la Haya de 1993.

4.1.1. La Autoridad Central.

Los Estados contratantes tienen una obligación convencional, la de designar una Autoridad Central, como ya se ha mencionado anteriormente, y comunicar el ámbito de sus funciones a la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya (de DIPr).

El CH 1993, al igual que el de 1980, intenta evitar gastos extraordinarios, al atribuir a las Autoridades Centrales el proceso, sin crear ni obligar a crear ningún otro organismo a los Estados parte. No obstante, tampoco el Convenio prohíbe que se creen estos organismos “ex novo”, al depender de cada Estado miembro, la Autoridad Central sea un organismo gubernamental como uno que no lo sea.

No se puede olvidar tampoco la posibilidad de delegar la mayoría de las funciones que el propio CH 93 prevé como obligatorias a las Autoridades Central. Por ello, las Autoridades Central serán el organismo de referencia de cada Estado para la cooperación que el Convenio exige, pero que realmente será realizada por autoridades, organismos y sujetos participantes en la adopción internacional. Este aspecto será más detallado en el siguiente punto.

4.1.2. Organismos acreditados.

Como ya se ha indicado anteriormente, el CH 1993 da la posibilidad de que individuos y organizaciones privadas realicen las funciones previstas como obligatorias para las Autoridades Centrales. Se suscitó un gran debate por el hecho de que fuesen entes privados, ya que la mayoría de los abusos en materia de adopción internacional resultan de la intervención de estos “intermediarios”. Por ello, numerosos participantes en Comisión Especial no quisieron que se le diera esta capacidad de delegar a las Autoridades Centrales. Sin embargo otros opinaban que cada Estado contratante determinase la forma de ejecución de las obligaciones convencionales⁴³.

⁴² Barrière-Brousse, I. (1996) *L'enfant et les conventions internationales*, TFDI, p.871.

⁴³ Bureau Permanent “Rapport et Conclusions de la Commission specials sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale 28 novembre au 1 er décembre 2000”.

La solución consistió en permitir un gran margen de flexibilidad, es decir, cada Estado puede libremente permitir o prohibir la intervención de estos organismos, y por ello delegar la mayoría de las funciones atribuidas a la Autoridad Central (autoridades públicas y organismos debidamente creados) siempre y cuando, (y está fue la condición impuesta por el Convenio) cumplan ciertas condiciones mínimas que se establecen en el propio Convenio de La Haya 1993.

Para realizar las funciones recogidas en el Convenio, estos organismos deben:

- 1) Ser “organismos”. Según el Convenio de la Haya 1993 en su capítulo III, se entiende por organismo todo conjunto de personas jurídicas (esta cuestión dependerá de la Ley de cada Estado), ya que el propio Convenio deja fuera la posibilidad de personas físicas.
- 2) Obtener y conservar la mencionada acreditación. Sin la autorización debidamente acreditada (la que será regulada por la legislación de cada Estado), no es posible delegar funciones atribuidas a las Autoridades Centrales por el Convenio de la Haya 1993. Deben demostrar que son aptas para cumplir correctamente sus funciones⁴⁴, y exigencias (artículo 1 CH 1993):
 - Perseguir únicamente fines no lucrativos. Si bien se regulan los límites por cada Estado, el artículo 32 del CH 93 prohíbe la obtención de beneficios por intervenir en la adopción internacional. Por ello, ni los directores, ni administrados, ni empleados de estos organismos recibirán remuneración desproporcionada por los servicios prestados.
 - Condiciones personales mínimas. Hace referencia a las condiciones de aquellas personas que trabajan en estas organizaciones. Se exige que sean dirigidas y administradas por personas cualificadas por su integridad moral y formación o experiencia para actuar en este ámbito de adopción internacional⁴⁵.
 - Sometimiento a control permanente. Las condiciones mínimas previstas en el Convenio deben ser siempre cumplidas. Por tanto, cada Estado contratante tiene potestad de acreditar y revocar cuando no se cumplan las exigencias del Convenio, ni aquellas prevista en la Legislación interna.

⁴⁴ Convenio de la Haya 1993, artículo 10 “*Sólo pueden obtener y conservar la acreditación los organismos que demuestren su aptitud para cumplir correctamente las funciones que pudieran confiárseles.*”

⁴⁵ Cada legislación de cada Estado contratante será la que concrete estas condiciones personales.

- 3) Obtener una delegación de las concretas funciones previstas en el Convenio de La Haya de 1993 que son exigidas. Si la legislación estatal no prevé tal delegación, o solo se configuran alguna de las funciones, el resto de las funciones serán realizadas por la Autoridad Central.
- 4) *Ámbito territorial de actuación.* En principio, los organismos actuarán en aquel Estado contratante del cual han recibido acreditación. El Convenio Haya 1993 también prevé la posibilidad de que un mismo organismo intervenga en varios Estados, siendo uno el que lo acredite y el resto de los Estados contratantes los que los autoricen. Esta posibilidad, de que un mismo organismo actúe en varios Estados contratantes, presenta sin duda ventajas para la agilización en todos los trámites de la adopción internacional. Por ello, hubiera sido realmente conveniente que el propio CH 1993 favoreciese su actuación, tanto en el “Estado de origen” como en el “Estado de Recepción”. Sin embargo, no se ha llegado a realizar. Se optó más por dejar a los Estados contratantes esa responsabilidad, y como consecuencia, la de dificultar el proceso de adopción internacional, con duplicidad de intervinientes. Además, otra de las consecuencias que genera esta falta de intervención del Convenio es el aumento económico de los costes del proceso, la mayor burocracia en la adopción, e impide la celeridad de un proceso que (nunca se puede olvidar) prevalece siempre el “interés del menor”⁴⁶.

4.1.3. Otros organismos y personas no acreditadas. La adopción independiente.

El convenio de la Haya permite la realización de adopciones independientes, es decir, aquéllas que no las realizan intermediarios acreditados.

Un elevado número de delegaciones se mostraron contrarias a la introducción de esta posibilidad en el Convenio, que englobaba tanto a personas físicas como a organismos no acreditados, ya que podría suponer una vía alternativa al control de las autoridades públicas⁴⁷. En otros Estados ya existía esa figura, como en USA y Canadá, (permitir abiertamente la mediación de estas personas) y en otros países del Este de Europa también, pero con carácter más limitado.

⁴⁶ Calvo Caravaca, A. L. (2003) *Adopción Internacional y Convenio de la Haya de 29 de mayo 1993*, Málaga, Comares, Capítulo III, p.81 “Cada Estado contratante es libre de prohibir o permitir la actuación de organismos acreditados por otro Estado contratante para intervenir dentro del Territorio.”

⁴⁷ Bureau Permanent, (1994), “Conclusions de la Commission special de juin 1990 sur l’adoption d’enfants originaires de l’étranger” *Actes et documents de la Dix-septième session*, Tomo II, Conférence de La Haye de droit international privé, núm. 249-256.

Al final, se llegó a la conclusión de que era mejor aumentar las posibilidades de ratificación por parte del mayor número de los Estados contratantes y, por ello, se abrió totalmente la puerta a adopciones independientes, pero sometidas a ciertos requisitos.

Por tanto, aunque el Convenio de la Haya de 1993 permite que personas privadas y organismos no acreditados (cumpliendo unos requisitos mínimos) puedan intervenir en el proceso de adopción internacional realizando muchas de las funciones que se asignan a las Autoridades Centrales, los Estados contratantes pueden no aceptar la intervención de estos individuos y organismos privados mediante una declaración expresa⁴⁸. No obstante, esta declaración parece, más bien, una fórmula para apaciguar las posiciones de ciertos Estados de origen, que se oponían tajantemente a la intervención de sujetos no acreditados⁴⁹.

Por otra parte, el Convenio exige una actividad de aquellos Estados contratantes que sean contrarios a las adopciones independientes. El medio que ha de utilizarse, es una declaración expresa ante el depositario del Convenio indicando que sólo aceptara las adopciones que fuesen realizadas por Autoridades Centrales, autoridades públicas y organismos acreditados. Es necesaria esta manifestación expresa, ya que el artículo 22.4 CH93 se formula en sentido negativo, es decir, el silencio de un Estado supone la aceptación de estas adopciones privadas.

Los intermediarios privados no acreditados, según el CH 1993, siempre deben respetar las garantías previstas en el propio Convenio, tales como:

- La prohibición de contactos previos entre los solicitantes de adopción y la familia de origen (artículo 29 CH 1993).
- Prohibición de obtener beneficio material indebido (artículo 32 CH 1993).

Además, el Convenio de la Haya 1993 también exige una serie de cautelas referidas a estos organismos y personas no acreditadas⁵⁰:

- Cumplir condiciones de integridad.

⁴⁸ Convenio de la Haya 1993, Artículo 22.4 *“Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las adopciones de niños cuya residencia habitual esté situada en su territorio sólo podrán tener lugar si las funciones conferidas a las Autoridades Centrales se ejercen de acuerdo con el párrafo primero.”*

⁴⁹ No obstante la negativa a que se constituyan adopciones privadas internacionales sólo encubre a los “Estados de origen” de los adoptandos, ya que los “Estados de recepción”, aunque efectúen declaración, no pueden oponerse por el artículo 22.4 CH 1993 a la constitución o reconocimiento de una adopción ya constituida en el “Estado de origen”.

⁵⁰ Aunque el contenido de las exigencias dependerá de forma exclusiva de la Ley de cada Estado.

- Competencia profesional, experiencia y responsabilidad.
- Estar capacitados para su calificación ética, profesional y experiencia para trabajar en materia de adopción internacional.

Por último, cabe destacar que el CH 1993 exige que este tipo de organismos deben estar controlados por las autoridades competentes del Estado que los autorice, aunque la ejecución de dicho control se deja al criterio de cada Estado.

4.1.4. Intervención de otras Autoridades públicas.

El Convenio presenta otras autoridades públicas a las cuales les asigna unas funciones específicas y, además, la posibilidad de que las Autoridades Centrales colaboren con éstas e incluso puedan delegar funciones en ellas.

Entre las funciones específicamente atribuidas a estas autoridades públicas de Estados contratantes, hay que destacar la constatación de las condiciones de fondo de los sujetos adoptados⁵¹. El Capítulo III del Convenio de la Haya exige unas condiciones mínimas, sin las cuales no pueden tener lugar las adopciones internacionales. Por otra parte, la posibilidad de delegación por la Autoridad Central es justificada por los múltiples modelos que presenta cada Estado contratante y, de este modo, también se evitan los excesos de burocracia que supone la intervención de otras autoridades en el proceso de adopción.

4.2. Funciones asignadas a las autoridades, organismos y personas que forman el Marco Institucional del Convenio de La Haya de 1993.

Como ya se ha hecho referencia en múltiples ocasiones, el Convenio de la Haya establece una serie de obligaciones a las Autoridades Centrales de cada Estado contratante, pero aún no se han señalado cuáles son estas funciones y eso se hará a continuación.

Como introducción a los siguientes puntos, se pueden diferenciar cuatro categorías de obligaciones y funciones en virtud de las posibilidades de delegación:

- Funciones exclusivas de las Autoridades Centrales.
- Funciones que solo se pueden delegar a otras autoridades públicas.

⁵¹ Se debe tener en cuenta que la constatación de estas condiciones corresponde a las autoridades competentes según la Ley de cada Estado, y por ello puede ocurrir que coincida o no con la Autoridad Central o con otras autoridades en las que delegue funciones inicialmente atribuidas a la Autoridad Central.

- Funciones que se pueden delegar a otras autoridades públicas o a organismos acreditados.
- Funciones que se pueden delegar a otras autoridades públicas, organismos acreditados o personas u organismos no acreditados.

4.2.1. Funciones Exclusivas de las Autoridades Centrales.

Las funciones que necesariamente deben ser realizadas por Autoridades Centrales vienen enumeradas en los propios artículos 7 y 33 del Convenio de la Haya de 1993. Son de carácter general las tareas que presentan ambos artículos, por lo que realmente no difieren esencialmente de otros convenios anteriores. Estas funciones indelegables se reducen a tres:

- a) Obligación de cooperación. Se recoge en el artículo 7.1 CH93. Las Autoridades Centrales tienen obligación de *“cooperar entre ellas y promover una colaboración entre las Autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos del Convenio”*⁵². Sin duda este artículo declara con carácter general la misión de las Autoridades Centrales, y justifica la instauración de este sistema de cooperación. Si bien la gran mayoría de las tareas de cooperación convencional incluidas en este sistema, pueden llevarse a cabo por otros organismos públicos y privados, siempre deben responder a la misma justificación.
- b) Función Informativa (se encuentra en el apartado 2 del artículo 7 Convenio de la Haya de 1993). Se obliga a las Autoridades Centrales a tomar medidas adecuadas para proporcionar toda la información sobre la legislación de su Estado en materia de adopción, otras informaciones generales (estadísticas y formularios) y la obligación de informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Convenio y suprimir todos aquellos obstáculos para su aplicación. Sin embargo el Convenio no obliga a las Autoridades Centrales a proporcionar dicha información, sino que establece *“tomar directamente todas las medidas adecuadas”*, es decir, la recopilación y la preparación de toda la información puede ser efectuada por otras autoridades, personas u organismos y no directamente por la Autoridad Central.

⁵² Artículo 7.1 Convenio de La Haya de 1993.

- c) Función de vigilancia (esta función está recogida en el artículo 33 del Convenio de la Haya de 1993). Refleja que serán las Autoridades Centrales las encargadas de recibir las informaciones procedentes del resto de los intervinientes en la adopción, cuando éstos no respeten las reglas del convenio.

Dichos intermediarios tienen una obligación convencional de informar a las Autoridades Centrales, incluso en aquellos casos que exista un riesgo manifiesto de que no se respete alguna disposición del Convenio. Además, las Autoridades Centrales serán las responsables de “*asegurar que se tomen las medidas adecuadas*” (artículo 33 CH 1993).

4.2.2. Funciones que se pueden delegar en otras Autoridades Públicas.

Estas funciones pueden ser adoptadas por las propias Autoridades Centrales o por otras autoridades públicas, son medidas relativas al control de los beneficios materiales (artículo 8 CH 1993 “*Las Autoridades Centrales tomarán, directamente o con la cooperación de autoridades públicas, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio*”). Todo ello es porque el Convenio está especialmente preocupado por evitar las “adopciones negocio”⁵³, ya que declara que “*nadie puede obtener beneficios materiales indebidos como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional*” (artículo 32.1 CH 1993).

Para poder controlar esto, el Convenio establece la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para evitar que se produzcan estos beneficios materiales indebidos, incluso con carácter preventivo. El Convenio exige a los Estados contratantes que adopten medidas para “*prevenir que se produzcan beneficios materiales indebidos en relación a una adopción*” (artículo 8 CH 1993). Esta obligación puede realizarse mediante Autoridades Centrales o por autoridades públicas según la legislación de cada Estado, pero en ningún caso podrán delegarse a organismos acreditados o a organismos no acreditados que intervengan en la adopción.

4.2.3. Funciones que se pueden delegar en otras Autoridades y Organismos Públicos.

Pueden ser realizadas, pues, por Autoridades Centrales o delegadas a autoridades públicas o a organismos acreditados. Estas funciones son:

⁵³ Calvo Caravaca A.L. (2003) “Adopción Internacional Y Convenio De La Haya de 29 de mayo 1993”. Capítulo III “*El Marco Institucional del Convenio de La Haya de 29 de Mayo 1993*”.pp 89

- a) Funciones de carácter general. Se enuncian con carácter general y sin ánimo de ser una lista exhaustiva, por ello permite una gran flexibilidad. La legislación de cada Estado contratante determina cómo deben realizarse, y quienes deberá realizarlas: si la Autoridad Central, la autoridad pública o un organismos acreditado. El artículo 9 las contempla:
- 1) *“Reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción”*.
 - 2) *“Facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción”*. El mismo objetivo responde las previsiones de los artículos 18, 19.1 y 35 del Convenio de la Haya de 1993, para facilitar el cumplimiento del interés del menor.
 - 3) *“Promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones”*. Establecer una serie de servicios de asesoramiento en materia de adopción por los Estados contratantes es necesaria para cumplir adecuadamente con los requisitos exigidos por los artículos 4.c y d, y 5.b CH 1993.
 - 4) *“Intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional”*.
 - 5) *“Responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades Centrales o por autoridades públicas”*.
- b) Recepción de la solicitud de adopción internacional. La recepción de la solicitud de los futuros adoptantes para iniciar el proceso de adopción internacional puede ser llevada a cabo por la Autoridad Central, autoridad pública o por un organismo acreditado en el Estado de residencia de los adoptantes⁵⁴.

4.2.4. Funciones que se pueden delegar en otras Autoridades, Organismos acreditados o personas u Organismos no acreditados.

Todas las funciones convencionales reguladas en el Capítulo IV del Convenio de la Haya de 1993 (salvo el artículo 14 CH 1993) pueden ser realizadas directamente por

⁵⁴ Aparece recogido en el artículo 14 del Convenio de la Haya relacionado con el artículo 22.1 de este mismo Convenio.

la Autoridad Central o por autoridades públicas, organismos acreditado u organismos no acreditados, en medida de lo que prevea cada legislación de cada Estado contratante.

Es muy importante destacar la posibilidad de delegar funciones, realmente relevantes, a personas u organismo que no son acreditados. Esta faculta está limitada por el artículo 14. El Convenio pretende asegurar, de este modo al menos, el conocimiento por parte de la Autoridad Central, autoridades públicas u organismos acreditados, de todas las solicitudes de adopción, aunque el proceso se podrá tramitar por una adopción independiente.

El Convenio introduce también en los artículos 15 y 16, cautelas sobre estos individuos privados no acreditados, encomendándoles la función de elaborar informes, bajo la responsabilidad de la Autoridad Central, autoridades públicas u organismo acreditado.

Como resalta N. Meyer-Fabre, el Convenio de La Haya de 1993 concede una grandísima flexibilidad a los Estados contratantes para organizar el marco institucional de cooperación⁵⁵. Se puede entender que la potenciación de las Autoridades Centrales en este Convenio sólo es un primer reflejo del sistema de cooperación establecido por el Convenio de la Haya de 1993.

5. COLACACIÓN O TRASLADO DEL MENOR A ESPAÑA

La constitución de la adopción internacional en España es el resultado de un proceso que como ya se ha señalado anteriormente (punto 2) consta de dos fases: una primera fase intervienen autoridades administrativas y en la otra autoridades judiciales para formalizar la adopción. Este proceso es transnacional y conlleva el desplazamiento del menor de un lugar (Estado de Origen) al Estado donde tienen su residencia habitual los adoptantes o el adoptante.

El Convenio de La Haya de 1993 introduce, además, la figura de la “colocación” internacional, para referirse: al desplazamiento del menor de un país de origen al de acogida a causa de la constitución de la adopción internacional. Engloba todas las situaciones posibles en las que el menor es desplazado:

⁵⁵ Meyer-Fabre, N. (1994), “La convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, RCDIP, número 2, p.276.

- Bien tras la constitución de la adopción internacional o,
- Bien para la formalización de la adopción internacional.

5.1. Delimitación de la noción de colocación internacional.

El Convenio utiliza en numerosas ocasiones la palabra “colación”, ese término quiere indicar que el menor es ó va ser desplazado desde un Estado contratante a otro Estado contratante por motivo de la adopción internacional, es decir, con la finalidad de constituir la adopción en el Estado de Origen o en el país de acogida⁵⁶.

El Convenio no pretende alterar los criterios que utilizan los Estados parte en lo que se refiere a la constitución judicial de la adopción. Es decir, no cambia las reglas que ya existen en los ordenamientos jurídicos de estos Estados. Sin embargo, el sí recoge un conjunto de disposiciones materiales calificadas como especiales, ya que constituyen el contenido mínimo de una adopción internacional en los artículos 4 y 5. Prevé los aspectos que siempre tienen que ser asegurados para que tenga lugar dicha adopción internacional⁵⁷.

Como ya se ha señalado, la adopción internacional supone un desplazamiento del menor (independientemente de su nacionalidad) y por tanto, ha sido o va a ser desplazado desde un Estado de origen a otro de acogida. La colocación contempla el proceso de este último (desplazamiento de un Estado de origen a otro Estado, donde se encuentre la residencia habitual de los adoptantes) es pues un desplazamiento físico del menor⁵⁸.

La colocación se utiliza como manifestación de que el menor se encuentra protegido durante el proceso, pero no es un hecho de sometimiento formal a una medida de protección.

La expresión de colocación tampoco será utilizada cuando se hace referencia a la situación en la que se encuentra el menor formalmente protegido o bajo la cobertura de modos de protección que tienen como fin la de ser adoptado (en el país de origen o en el

⁵⁶ La aplicación del Convenio es realmente amplia, ya que se aplica obligatoriamente, y que en el proceso de adopción internacional va a tener lugar un desplazamiento de un niño (menor de 18 años) entre dos Estados parte.

⁵⁷ Por tanto, en estos casos el Convenio de La Haya desplaza al Ordenamiento Jurídico de un Estado parte, tanto si es Estado es donde se encuentra el menor, como si es donde tienen su residencia habitual los adoptantes. Queda claro, también, que el CH no deroga las leyes de los Estados de acogida, respecto a la cuestión de si la adopción debe realizarse antes de que se produzca el desplazamiento del menor.

⁵⁸ Meyer-Fabre, N. (1994), “*La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*” pgs 267-268.

de acogida). Pero si es cierto que el Convenio, en algunas de sus disposiciones, hace referencia a la protección del menor, pero no indica cuál es la medida exacta⁵⁹.

Como conclusión indicar, que la expresión de “colocación” utilizada por el Convenio de La Haya 1993 con una pluralidad de sentidos, aunque siempre teniendo presente que hay un desplazamiento de un menor de un Estado contratante a otro.

El artículo 16 describe la colocación como un sistema para aludir la situación que se produce antes de la constitución de la adopción, donde las Autoridades Centrales del Estado de origen, asigna previamente un menor a una familia apta para adoptar, siempre por el interés superior del menor⁶⁰. En este momento del proceso aún no se ha producido la constitución de la adopción internacional, ni tampoco el menor se encuentra con el adoptante, es una fase preasignación⁶¹.

Con el fin de llegar a un acuerdo, el propio Convenio, el artículo 17 utiliza la expresión “confiar” al menor a los padres adoptivos y no utilizan la palabra “colocación”⁶². Es un cambio puramente estratégico, pues pone de relieve que por fin

⁵⁹ No se indica, porque afecta a las reglas del Sistema de Derecho Internacional Privado que se encuentra vigente en cada Estado implicado en la adopción internacional. Algunas de las modalidades del acogimiento son las medidas utilizadas con el fin de adoptar, un ejemplo de esta modalidad es el acogimiento preadoptivo. Aunque lógicamente el acogimiento no siempre lleva ligado la adopción, ya que esta modalidad puede ser que se realice sin la finalidad de constituir una adopción y si se produce un traslado del menor de un Estado a otro.

⁶⁰ “Artículo 16. 1. Si la Autoridad Central del Estado de origen considera que el niño es adoptable: a) Preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares. b) Se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural. c) Se asegurará de que se han obtenido los consentimientos previstos en el artículo 4. d) Constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño. 2. Esta Autoridad Central transmitirá a la Autoridad Central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación, procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad.” En esta fase del procedimiento, la Autoridades Centrales del Estado de origen ha de asegurar que la colocación se hace por el interés del menor.

⁶¹ Es una fase de asignación previa, porque es una propuesta que ha realizado las Autoridades Centrales del Estado de origen respecto a la persona que se ha considerado como idónea para adoptar.

⁶² Artículo 17 del Convenio de La Haya de 1993 “En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si: a) La Autoridad Central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo. b) La Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen. c) Las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción. d) Se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.”

se ha avanzado en el procedimiento para constituir una adopción, ya que las Autoridades Centrales de los países que están implicados en el proceso han dado su visto bueno para que continúe. Se trata, sin duda, de asegurar que la constitución de la adopción no será una decisión flexible, y siempre teniendo en cuenta las reglas de DIPr de cada ordenamiento implicado.

¿Qué persigue en este momento del expediente de la adopción, el Convenio de La Haya? El Convenio pretende:

- La más importante es garantizar el proceso para que nunca se llegue a una situación de “punto muerto”
- También pretende asegurar que la adopción, una vez constituida, será reconocida.

Sin duda, es muy llamativa esta doble consideración, porque siempre la decisión última la tiene la autoridad judicial, del país de origen o de recepción. El Convenio pretende ser muy cauteloso para constituir la adopción internacional pero solo las autoridades judiciales podrán realizarla, cuando consideren que:

- Responde al interés del menor
- Se cumplen las exigencias cumulativas de los ordenamientos de los países relacionados al proceso.

Aun, en este momento, se desconoce si la adopción se llevará a cabo o por el contrario no se realizará. Si no llega a producirse la adopción y el menor sí ha sido trasladado de un Estado a otro, siempre estará protegido bien por una tutela o bien por una modalidad de acogimiento. Pero el Estado de acogida, según el Convenio, no está obligado a reconocer las decisiones extranjeras de protección para confiar la custodia del menor al adoptante, ya que las Autoridades de dicho Estado pueden constituir medidas que consideren adecuadas para la adopción. Las soluciones que da el derecho español son:

- Constituir inicialmente un acogimiento judicial, o
- Reconocer la medida de protección del menor.

Otro aspecto a tener en cuenta, es el artículo 20 del Convenio, hace referencia al periodo de prueba que tiene lugar una vez que el menor ya ha sido desplazado del

Estado de origen al de acogida, pero justo antes de constituir la adopción⁶³. El artículo no utiliza ni el término colocación ni acogimiento, pero hace referencia (clarísimamente) a una modalidad de acogimiento que cada sistema jurídico la califica con distinto nombre, y es el acogimiento preadoptivo.

Por último, el artículo 21, se refiere a las adopciones fallidas, es decir, los menores son desplazados de un Estado de origen a un Estado parte con el fin de realizar una adopción, pero esta no llega a producirse.

5.2. Supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio de la Haya 1993.

Comprende en todo su ámbito de aplicación todas las modalidades de adopción, adopción plena, semiplena y simple. Quedan fuera las modalidades que no crean una realización de filiación o parentesco entre un menor y una persona o pareja que lo adopta⁶⁴.

El Convenio también exige que la persona o familia adoptante y el menor tengan su residencia habitual en un Estado contratante, ya que solo regula aquellas situaciones cuando ambas partes se encuentren en esta situación (tengan su residencia habitual en un Estado parte) y como consecuencia su aplicación es obligatoria para esos casos.

Sea cual sea la figura que cada Estado utilice, el desplazamiento del menor ha de producirse, ya sea con la finalidad o no de constituir una adopción, pero el Convenio no comprende otro modo de desplazamiento que no sea con la finalidad de constituir una adopción en el Estado de origen o en el Estado de recepción. El artículo 2 se aplicará en las siguientes ocasiones:

- *“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”*,

⁶³ Artículo 20 del Convenio de La Haya de 1993. *“Las Autoridades Centrales se mantendrán informadas sobre el procedimiento de adopción y las medidas adoptadas para finalizarlo, así como sobre el desarrollo del período probatorio, si fuera requerido.”*

⁶⁴ La diferencia entre estos tipos de adopción y las medidas de protección que existen en cada ordenamiento jurídico se encuentra en que dichas formas de protección no crean un vínculo de filiación entre la persona o personas que van a adoptar y el menor.

- *“bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen”.*

Como ya se ha señalado, el Convenio tiene una finalidad muy clara: proteger el interés del menor mediante las garantías que regula, y así evitar el tráfico de niños o que se utilicen con fines distintos. Como conclusión, se puede entender que regula cuatro situaciones:

- 1) Estado de origen, antes de que se produzca el desplazamiento del menor al Estado de recepción. Situación más frecuente actualmente, ya que los Estados de origen, con carácter general, exigen que las adopciones se realicen en su Estado antes del desplazamiento (por el interés siempre del menor). Después de esto, lo único que se realizará es el reconocimiento de la decisión extranjera por el Estado de recepción⁶⁵.
- 2) Adopción Estado de origen, tras el desplazamiento del menor.
- 3) Adopción en el Estado de acogida, después de que se produzca el desplazamiento del menor. Esta, a su vez comprende varias posibilidades, ya que el menor puede ser trasladado con una figura preadoptiva o colocado bajo una protección, como la tutela, que no está relacionada con la adopción.
- 4) La adopción, en el Estado de recepción, antes del desplazamiento del menor.

Podrían diferenciarse dos situaciones, ambas reguladas en el Convenio de La Haya de 1993:

- La que constituye el mero desplazamiento del menor del Estado de origen, al Estado de recepción, donde una vez constituida la adopción tendrá su nueva residencia habitual.
- En el Estado de origen se realiza una medida de protección y después del desplazamiento, el menor será formalmente adoptado en España.

El Convenio de La Haya de 1993 se centra, principalmente, en la adopción internacional que conlleve un desplazamiento del menor, y además, que dicho desplazamiento busque como fin la adopción (dejando a un lado otros casos que podrían

⁶⁵ Este reconocimiento es con carácter general, ya que se debe tener en cuenta que en España no existe la figura de una adopción simple o semiplena, y por ello no podría reconocer una figura que en su ordenamiento jurídico no existe. Realizaran otros procesos para constituir estas adopción en plenas cumpliendo con todas los requisitos necesarios para constituir las, como que la familia biológica del adoptado renuncie, y por tanto se rompa cualquier vínculo entre el menor y dicha familia.

ocurrir en este proceso). Pero, estas situaciones plantean cuestiones, como la dificultad para saber cuando realmente el desplazamiento del menor tiene como fin la adopción, por ello esta finalidad es de carácter preventivo.

Como ya se ha dejado varias veces patente, el Convenio no comprende medidas de protección que no creen una relación entre el menor y la familia que lo adopte. Todo ello viene recogido en el artículo 20, indicando que las Autoridades Centrales de cada Estado, se mantendrán informadas entre sí, tanto para las medidas adoptadas como para procedimiento. Por ello, el Convenio considera que el único fin de la colocación es la adopción. Ello significa, que no todas las modalidades de acogimiento quedarán comprendidas en ámbito de aplicación del Convenio, ya que regula solo un procedimiento y unas garantías, como consecuencia de la relación de protección. Esto deja fuera las relaciones donde el menor es tutelado en origen para que constituya una adopción en España, por ejemplo, una vez desplazado a nuestro país. Conclusión, no contempla aquellos casos donde el menor se desplaza pero con un acogimiento de carácter temporal.

5.3. Relación entre el Convenio de La Haya de 1993, el Convenio de La Haya de 1996 y el Reglamento 2201/2003.

5.3.1. Distintas modalidades de acogimiento, especialmente, el acogimiento preadoptivo.

Se debe tener en cuenta, antes de comenzar a profundizar en el tema, que la adopción se excluye en el ámbito de aplicación tanto del CPM⁶⁶, Convenio de la Haya de 1996 y el Reglamento 2201/2003. Se puede pensar que al excluirlo, impediría también su aplicación en los casos en los que se constituyen acogimientos preadoptivo, pero nunca se puede considerar este tipo de acogimiento como una mera medida preparatoria de la adopción internacional.

Se entiende, por tanto, que se delimita su aplicación ya que las medidas que preparan la adopción no contemplan actos de acogimiento (regulados por cada sistema jurídico) con la finalidad de servir como un período de prueba o una fase de carácter previo a la constitución de la adopción internacional. El Convenio de La Haya 1993 introduce el acogimiento con carácter general (no se refiere concretamente a una

⁶⁶ BOE núm. 199 ratificación 20 de agosto de 1987. Convenio sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, realizado en La Haya, 5 de octubre de 1961.

modalidad de protección) por ello, este Convenio es compatible con el Convenio de La Haya de 1961 y de 1996, y el Reglamento 2201/2003, ya que estos comprenden una pluralidad de instrumentos que determinan jurídicamente la protección del menor.

Por tanto, en la medida en que el acogimiento preadoptivo viene recogido en el Convenio de 1996 y en el Reglamento, el reconocimiento de decisiones y la competencia internacional serán siempre compatibles con el Convenio de La Haya de 1993, en lo que concierne a la cooperación internacional para salvaguardar las garantías y llevar a cabo la adopción internacional. ¿Cuándo se aplicarán unos y cuando se aplicaran otros?:

- CPM, CPN y Reglamento 2201/2003 constitución y reconocimiento de medidas de protección para aquellas situaciones previas a la adopción internacionales.
- CH 1993 artículos 17 c) y 21 cuestiones de competencia internacional. Se limita a fijar la competencia internacional de las autoridades en el momento previo a la constitución de la adopción, para verificar condiciones que deben cumplirse de conformidad con la ley aplicable (o del DIPr del Estado al que pertenezca cada autoridad).

Ya que existe una relación, entre el Reglamento del 2003 y el Convenio de La Haya de 1993, deberá limitarse la aplicación de cada uno de ellos. Cuando el desplazamiento del menor de un Estado Comunitario a otro y tenga una finalidad preadoptiva u otra modalidad de colocación, habrá que atender y verificar las relaciones de ambos (se analizará más a fondo este asunto en el siguiente punto).

5.3.2. Delimitación entre los Convenios 1993, 1996 y 1961 y el Reglamento 2201/2003.

Tanto el CPN y el Reglamento contienen el mismo ámbito de aplicación, por tanto, para determinar cual se aplicará en primer lugar, se atenderá siempre al criterio de producción normativa, en el cual la Ley Comunitaria siempre tiene primacía frente a un fuente convencional⁶⁷. Pero si ha de tenerse en cuenta que no todos los Estados firmantes del Convenio de La Haya de 1996, son parte de la UE, y por tanto, no les afectará el Reglamento.

Realizando un Estudio más a fondo del Reglamento, se observa que el criterio de la residencia habitual presenta dos funciones:

⁶⁷ La diferencia entre las distintas fuentes ya fue estudiada en el Punto 2 de este Trabajo.

- Delimitar la aplicación espacial de sus reglas sobre competencia judicial internacional⁶⁸.
- Foro de competencia para determinar la competencia de autoridades comunitarias, cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado de la UE⁶⁹.

Con la entrada en vigor del Convenio de 1996, quedó derogado el de 1961, pero la aplicación del primero no es de carácter universal. Por ello, se aplicará el de 1961 cuando el menor no tenga su residencia habitual en un Estado contratante del Convenio de 1996⁷⁰.

El Convenio de la Haya 93, como ya se ha analizado, no es el único medio o instrumento regulador de la colocación internacional de menores. El artículo 56 del Reglamento regula las situaciones que tienen lugar cuando el menor se encuentra en una situación de acogimiento familiar, en un Estado diferente al Estado de origen del menor, en el momento de la constitución. Se entiende que el menor es trasladado al Estado de recepción con la finalidad de constituir esta media de acogimiento (sin ser obligatorio que su fin sea la adopción, ya que puede tratarse de un acogimiento permanente)⁷¹.

6. CONCLUSIONES

La realización de cualquier trabajo proyecta en la persona que lo realiza, una serie de cuestiones que considera clave para la comprensión del mismo, que deben vertebrarse al final del trabajo, a modo de conclusiones. Es por ello, que con este trabajo de fin de grado, he llegado a conocer los recursos que presenta la ley para poder realizar una adopción internacional. Si como inicialmente me propuse en la Introducción de este trabajo, el objetivo era vertebrar los pros y los contras de la adopción internacional de cara a los adoptantes, las facilidades que el procedimiento admite para que los adoptantes puedan llevar a cabo procesos como estos con garantías de éxito, o por el

⁶⁸ Cuando se las cuestiones a tratar son de la responsabilidad parental no relacionados con la crisis matrimonial.

⁶⁹ Cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado contratante (parte del Convenio), pero no comunitario, el criterio a seguir serán las reglas previstas en el artículo 61 del Reglamento.

⁷⁰ Se podrá entender que tenga un carácter subsidiario, y de esta manera poder regular todas las posibles circunstancias que puedan darse en un proceso de adopción internacional.

⁷¹ Se pueden dar situaciones donde ambos textos (CH 93 y Reglamento) sean de aplicación cumulativa, es decir, si el acogimiento (realizado por el Estado de recepción o acogida) va precedido de los informes (certificado de idoneidad) y de las garantías que prevé el Convenio de La Haya de 1993, comprendido en su ámbito de aplicación para asegurar la adecuada adopción internacional del menor tras el acogimiento.

contrario, si su peregrinar hacia la adopción internacional está plagada de impedimentos. Y junto a ello, respondamos a la cuestión, ¿realmente existe una colaboración entre autoridades rápida y eficaz para llevar a buen puerto un procedimiento de adopción internacional?

Para contestar a este planteamiento adecuadamente es necesario, a mi juicio destacar principalmente tres ideas a modo de conclusiones:

Primera.- Rigidez del procedimiento versus protección del menor

La primera idea, a modo de conclusión, que quiero destacar, es que para llevar a cabo la constitución de una adopción internacional, el proceso está regido tanto por el CH93 como por la LAI. Ambos establecen un proceso administrativo muy rígido. Estos requisitos aparecen regulados en la norma para ser cumplidos en todas las ocasiones, desde una perspectiva previa a la adopción en sí, pues debe considerarse al adoptante como óptimo para continuar con el proceso. Sin perjuicio de que dicho proceso sea rígido, y en ocasiones bastante lento, creo que es absolutamente necesario, pues los adoptantes están obligados por ejemplo a ser valorados psicológicamente y asistir a sesiones informativas y de preparación. Esta rigidez se comprende en la búsqueda de una protección al menor, de ahí que, no obstante, todo ello sea esencial. A mi juicio, al menos en este aspecto no debería eliminarse ningún requisito.

Segunda.- Cooperación entre organismos internacionales

La siguiente conclusión que quiero remarcar es la necesaria cooperación de autoridades, pues es el medio usado por el CH93 para realizar las adopciones internacionales. El Convenio obliga a que exista un Autoridad Central como organismo de referencia, pero no menciona nada más, por tanto se pueden crear organismos “ex novo”, esto supone que existan: organismos acreditados, organismos y personas no acreditadas, y las autoridades públicas. Esta posibilidad abre la puerta a que organismos privados puedan realizar las competencias de las Autoridades Centrales. En mi opinión, la forma de resolver los abusos que pudieran ejercer organismos acreditados es, sin duda, el adecuado, pues como ya indicamos en el capítulo III, el CH93 desarrolla una enumeración taxativa de cómo deben ser y actuar dichos organismos. Unos ejemplos a destacar de esto, son: que nunca deben buscar el lucro, que están sometidos a un control permanente, y que sólo podrán actuar en el Estado donde reciban acreditación.

Sin embargo, un planteamiento diferente presentan los llamados: “otros organismos y personas no acreditadas”. El Convenio permite que se realicen adopciones internacionales por organismos no acreditados. Creo que esta elección, de incluirlo dentro de la norma, no fue del todo acertada pues se busca la ratificación por otros Estados perdiendo un poco la razón por la que se creó el CH93. El motivo de que exponga esto es que utilizar estos órganos supone una vía alternativa al control de las autoridades públicas.

Es cierto que el Convenio hace referencia a una serie de requisitos que deben cumplir, pero estos sin duda son mínimos, puesto que pueden desempeñar muchas funciones de Autoridades Centrales. Sin duda muchos Estados se han mostrado contrarios a esto y la solución que plantea la norma es que manifiesten expresamente no estar de acuerdo y de este modo sólo reconocerán aquellas adopciones realizadas por Autoridades Centrales, autoridades públicas y organismos acreditados. Dudo ciertamente que esto pueda solucionar el problema, más bien es una forma de evitarlo, dando una alternativa a los Estados que no están nada de acuerdo con estos organismos, ya que dichos organismos puede seguir realizando en otros Estados todas las funciones que aparecen recogidas en el Capítulo IV del mencionado Convenio.

Tercero.- Procedimiento y garantías de traslado y colocación del menor

La tercera y última conclusión a destacar, es la colocación y traslado del menor a España, país receptor donde se encuentran los adoptantes. Este momento es, sin duda, donde el menor debe recibir mayor protección puesto que sale de su país de origen, al país donde se encuentra el adoptante. Al respecto, me parece totalmente adecuada la forma en la cual el Convenio regula aspectos como el proceso de prueba que sucede justo antes de constituir la adopción, cuando el menor ya está en el país de acogida. Y reitero el carácter idóneo de esta formalidad porque, aun no señalando la palabra acogimiento, deja clarísimamente a entender esto, pero ha decidido no hacer referencia a ningún concepto concreto para así cubrir todas las modalidades de acogimiento que cada Estado presente.

Otra forma en la cual se aprecia el interés de protección del menor, es que cada vez se facilita más que la adopción se realice en el Estado de origen antes de producirse el desplazamiento. Así se dan más garantías al menor, pues va a ser desplazado siendo

ya adoptado en su país de origen, por tanto (con carácter general) no debe plantearse ningún problema cuando llegue al Estado donde se encuentra el adoptante.

Y termino. Considero que con la elaboración de este trabajo de fin de grado, he comprendido, y así he querido mostrarlo en las presentes páginas, que en ocasiones el Convenio intenta dar tantas posibilidades que, a veces, dichas posibilidades generan problemas, como por ejemplo, que un organismo no acreditado realice una adopción internacional que no será aceptada por otro Estado que no admita dicho organismo. El perjudicado, en estos casos, siempre será el menor. Por ello, creo que si siempre se busca con la regulación la mayor de las protecciones hacia el menor, parece que en determinadas ocasiones no se acaba de lograr este fin. Además con las múltiples alternativas que presenta el CH93 a la hora de realizar las funciones (punto 4.2 de este trabajo), se pueden generar confusiones y retrasos en el proceso. Creo conveniente que la norma de muchas opciones, pero también debe ser una prioridad, quedar taxativamente claro cuando el tema a tratar es una materia donde hay menores que además serán trasladados a otro Estado.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS

Amores Conradi M.A, (1989), “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil”, REDI vol.XLI

Barrière-Brousse, I. (1996) *L'enfant et les conventions internationales*, TFDI

Bonilla, C. M. (1995). Principio de la Primacia Del Derecho Internacional. *Colaboración Jurídica UNAM* n° 24 , 311 - 337.

Borrás Rodríguez A, (1993) “La Autoridad Central: Los Convenios de La Haya y España”, Vol. XLV

Bureau Permanent, (1994), “Conclusions de la Commission special de juin 1990 sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger” *Actes et documents de la Dix-septième session*, Tomo II, Conférence de La Haye de droit international privé, núm. 249-256.

Bureau Permanent “Rapport et Conclusions de la Commission specials sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption international 28 novembre au 1 er décembre 2000”.

Calvo Caravaca, A. L. / Carrascosa González J. (2003) *Adopción Internacional y Convenio de la Haya de 29 de mayo 1993*, Málaga, Comares.

Calco Caravaca A.L / Carrascosa González J. (2006) *Derecho Internacional Privado*, “Volumen II”, Granada, Comares 7ª Edición.

Calvo Caravaca A.L / Carrascosa Gozález J. / Castellanos Ruiz E. (2008) *Derecho De Familia Internacional*, 4ª Edición, Madrid, Editorial Colex.

Carlos Espuelgues Mota, J. L. (2014). *Manual de Derecho Internacional Privado* . Valencia, España: Tirant Lo Blanch .

Espulgues Mota C. (1996) *Conclusiones por parte de España de cuatro Protocolos sobre la Adopción internacional*, REDI II.

Espulgues Mota C. (1977) *El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España*, RDIPP.

Estaban de la Rosa, G. (2007), *Regulación de la adopción internacional nuevos problemas, nuevas soluciones*, Navarra, Aranzadi.

González Campos J.D (1995) *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial, 6ª Edición.

Meyer-Fabre,N. (1994), “La convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, RCDIP, número 2.

Moya Escudero M. (1995) *La Adopción*, Universidad de Granada.

Muir Watt, H. (1993/1995), “La Convention de la Haye du 29 mai sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, Travaux du Comité Français de Derecho Internacional Privado, Années

RECURSOS ELECTRONICOS

Cooperación Jurídica Internacional Responsabilidad parental en la U.E. Reglamento 2201/2003: (<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/responsabilidad-parental>).

BOE: (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188>).

Noticias Jurídicas, 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. Instrumento de ratificación del 30 de junio de 1995: (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/ir180795-je.html).

Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria Al cuidado de la infancia y la adolescencia: (<https://www.aepap.org/grupos/grupo-de-cooperacion-inmigracion-y-adopcion>).

UNICEF: (<https://www.unicef.es/donacion-ahora>).

BOE:

BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1966. Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956.

BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974. Decreto de 1836/1974, 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil.

BOE número 311 de 29 de Diciembre de 1978. Constitución Española

BOE número 157, de 02 de julio de 1985. Ley Orgánica Del Poder Judicial

BOE núm. 199 ratificación 20 de agosto de 1987. Convenio sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, realizado en La Haya, 5 de octubre de 1961.

BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

BOE número 275, de 17 de noviembre de 1987. Ley 21/1978, de 21 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

BOE número 206, de 25/07/1889. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

BOE número 250, de 15 de octubre de 1990. Sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo

BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990. Convenio de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1898.

BOE número 182, de 1 de agosto de 1995. Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

BOE núm. 312 de 29 de Diciembre de 2007. Vigencia desde 30 de Diciembre de 2007. Esta revisión vigente desde 18 de Agosto de 2015., Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

BOE núm 291, 2 de diciembre de 2010. 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.

BOE número. 167 de 13 de julio de 2011. Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores en Estrasburgo.

BOE núm. 180, de 29/07/2015. Ley 26/2015 que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

DOUE:

DOUE número 338, de 23 de diciembre de 2003. Relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.

DOUE, número 83, de 30 de marzo de 2010. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.