

DERECHO APLICABLE A LA CONSTITUCIÓN
DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL
EN LA LEY ESPAÑOLA 54/2007 DE 28 DE
DICIEMBRE (PRIMERA PARTE)*

APPLICABLE LAW TO INTERNATIONAL
ADOPTION IN THE SPANISH
ACT 54/2007 (FIRST PART)

ALFONSO LUIS CALVO-CARAVACA**

JAVIER CARRASCOSA-GONZÁLEZ***

Fecha de recepción: 23 de marzo de 2008

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2010

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE

Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Derecho aplicable a la constitución de la adopción internacional en la ley española 54/2007 de 28 de diciembre (primera parte)*, 16 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 415-454 (2010).

* Artículo de revisión, surgido a partir de la ponencia del profesor Calvo-Caravaca en la Comisión General de Codificación (Sección D. Civil) del Ministerio de Justicia del Reino de España, sin financiación externa.

** Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad Carlos III de Madrid y vocal permanente de la Comisión General de Codificación de España. Autor de más de doscientos trabajos sobre Derecho internacional privado y comunitario. El *Curriculum Vitae* completo puede verse en www.accursio.com.

*** Profesor catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Murcia. Autor de más de ciento cincuenta trabajos sobre Derecho internacional privado y comunitario. El *Curriculum Vitae* completo puede verse en www.accursio.com.

RESUMEN

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, ha incorporado al ordenamiento jurídico español una batería de normas de conflicto completamente nuevas para la determinación de la Ley reguladora de la constitución de la adopción internacional. Estas normas de conflicto se construyen sobre el axioma de la aplicación de la Ley del Estado en cuya sociedad se integra o se integrará el adoptando. De esta manera, la Ley de adopción internacional defiende los intereses de los particulares implicados en la adopción internacional, ya que se aplica una Ley que presumiblemente deben conocer o están en condiciones de conocer a un bajo coste, y protege también los intereses generales del Estado cuya sociedad queda *afectada* por la adopción. La Ley de adopción internacional da entrada, igualmente, a ciertos mecanismos para fortificar jurídicamente la adopción constituida en España, de modo que se incrementen las posibilidades de que surtan efectos legales fuera de España.

Palabras clave autor: Adopción internacional, Ley extranjera, reenvío, costes de transacción conflictuales.

Palabras clave descriptor: Adopción internacional, costo de transacción, derecho internacional privado.

ABSTRACT

The new Spanish Act 54/2007, dated December 28th 2007, on international adoption has introduced a completely new set of Conflict of Laws rules regarding the constitution of international adoptions by Spanish Courts. Those Conflict of Laws rules rely on the application of the Law of the State whose society is affected by the adoption. This is also the State in which society the person who is adopted is going to live permanently. That way, transaction costs connected with the determination of the applicable Law to international adoptions decrease. Therefore, individuals are favoured and favor minoris is protected by enhancing the constitution of adoptions in an international context.

Key words author: *Private International Law, international adoptions, Conflict of Laws rules, transaction costs, favor minoris.*

Key words plus: *Intercountry Adoption, Transaction Costs, Conflict of Laws.*

SUMARIO

I. LA LEY APLICABLE A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL. ASPECTOS GENERALES.- A. Introducción.- B. Concepto de “adopción” a efectos de las normas sobre conflicto de leyes.- C. Opciones básicas de política legislativa.- D. Opciones básicas de técnica jurídica.- E. Desarrollo judicial de las soluciones legales.- II. LEY REGULADORA DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA (ART. 18 LAI).- A. Primer supuesto. Residencia habitual del adoptando en España: conexión social real y actual.- B. Segundo supuesto. Residencia habitual futura del adoptando en España.- C. Excepciones a la regla general.- 1) Primera excepción. Ley reguladora de la capacidad del adoptando y de los consentimientos necesarios (art. 19 LAI).- 2) Segunda excepción. Ley reguladora de otros consentimientos, audiencias o autorizaciones (art. 20 LAI).- BIBLIOGRAFÍA.

I. LA LEY APLICABLE A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL. ASPECTOS GENERALES

A. Introducción

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, cuya entrada en vigor se produjo el 30 de diciembre de 2007 y cuyo texto se encuentra en el *Boletín Oficial del Estado*, BOE 312 de 29 de diciembre de 2007, ha implicado un cambio radical en el régimen jurídico de la adopción internacional.¹ Una de las cuestiones más relevantes que ha recibido una regulación nueva es la relativa a la determinación de la *Ley aplicable* a la adopción internacional. El presente trabajo pretende exponer, de manera breve, sintética y contenida, las soluciones que esta nueva Ley 54/2007 brinda a la más clásica de las cuestiones del Derecho internacional privado: los conflictos de Leyes, la “*parte noble del Derecho internacional privado*” (Mayer & Heuzé).²

La Ley de Adopción Internacional, en adelante LAI, contiene una regulación completamente nueva de la Ley reguladora de la adopción internacional constituida ante autoridad española. Los rasgos generales de esta nueva regulación son:

-
- 1 En torno a la Ley de adopción internacional de 28 de diciembre de 2007, Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)* (Comares, Granada, 2008). Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Adopción internacional, en Derecho internacional privado*, vol. II (Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., 9ª ed., Comares, Granada, 2008), en prensa. Santiago Álvarez-González, *Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional*, 6910 *Diario La Ley* (26 de marzo de 2008), versión *on line*. Evelia Alonso-Crespo, *Ley de adopción internacional: formas de dejar sin efecto —o variar— una adopción de este tipo (nulidad, modificación o revisión, conversión), y sus consecuencias en la adopción nacional*, 6925 *Diario La Ley* (15 de abril de 2008), versión *on line*. En torno al Proyecto de esa Ley, Santiago Álvarez-González, *El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente*, 22 *Actualidad Civil*, 2597-2618 (2007). Gloria Esteban-de La Rosa (coord), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos Problemas. Nuevas soluciones* (Cizur Menor, Navarra, 2007).
 - 2 Pierre Mayer & Vincent Heuzé, *Droit international privé*, 345 (8ª ed., Montchrestien, Paris, 2004).

- a. *Precisión de la Ley aplicable a la constitución, conversión, nulidad y revisión de la adopción.* La nueva regulación determina no sólo la Ley estatal aplicable a la “*constitución*” de la adopción internacional por autoridades españolas (arts. 18-21 LAI), sino también la Ley reguladora de la “*conversión*”, “*nulidad*” y “*revisión*” de la adopción (art. 22 LAI). La regulación de la LAI es así, mucho más perfecta que la contenida en el viejo texto art. 9.5 del Código Civil. En efecto, el texto ya derogado de ese precepto sólo precisaba la Ley aplicable a la “*constitución de la adopción*” y dejaba en una laguna legal los demás supuestos hoy sí ya por fin contemplados (Ley aplicable a la revisión o modificación, declaración de nulidad y conversión de una adopción simple en adopción plena). Este trabajo abordará, exclusivamente, la cuestión de la Ley aplicable a la “*constitución*” de la adopción internacional y no la cuestión de la Ley aplicable a la conversión, nulidad y revisión de la adopción.
- b. *Principio básico: aplicación de la Ley del país en cuya sociedad se integra el menor.* La nueva regulación sobre la Ley aplicable a la adopción internacional se asienta en un principio básico: la adopción debe regirse por la Ley de la sociedad en la que está o va a estar integrado el adoptando. Es decir, se opta, en todo caso, por la Ley del país en cuya sociedad el adoptando tiene o va a tener próximamente su “*centro social de vida*”.

B. Concepto de “adopción” a efectos de las normas sobre conflicto de leyes

La LAI define la adopción internacional como “*el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos*” (art. 1.2 LAI). El análisis de este precepto pone de relieve que el legislador maneja y opera con un concepto muy extenso de “*adopción*”. Porque no es lo mismo la “*adopción*” regulada en el Derecho Civil español, que la regulada en el Derecho Civil francés, japonés, ruso o mexicano. Pues bien, la definición

de “*adopción internacional*” pivota sobre un elemento clave: la presencia de un “*vínculo jurídico de filiación*” entre “*adoptantes* y *adoptandos*”. Ello exige aclarar varios aspectos:

1. El concepto de adopción internacional exige la existencia de un vínculo “*de filiación*”. Por tanto, el concepto de adopción internacional cubre todo tipo de adopción que genera ese vínculo de filiación. Y en concreto, cubre tanto la adopción “*plena*” como la adopción “*simple*” o “*menos plena*” (situaciones jurídicas que generan un vínculo de filiación, pero no todos los efectos jurídicos propios de la adopción plena “*española*”) (Calvo-Babío).³ Se trata de un enfoque objetivo amplio, muy similar, por cierto, al que sigue el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y adopción internacional] (arts. 4.c.1, art. 26.1.c, art. 26.2 y art. 27.1), como recuerda Santiago Álvarez-González.⁴ Esta opción legal tiene una explicación sencilla: la adopción sigue, en Derecho comparado, modelos legales distintos. Algunos países regulan y aceptan adopciones simples y adopciones plenas, o exclusivamente adopciones “*simples*” u “*ordinarias*”. Pero no por eso estas instituciones dejan de ser “*adopciones*”. En efecto, estas adopciones generan, en todo caso, un “*vínculo jurídico de filiación*”. El art. 1.2 LAI es consecuente, abierto y receptivo con los distintos “*modelos culturales de adopción*” existentes en el mundo.
2. El concepto de adopción internacional exige que se trate de un vínculo “*jurídico*” de filiación. El matiz no es baladí. El vínculo debe ser “*jurídico*” (definido como vínculo de filiación por las normas jurídicas), y no un vínculo “*psicológico*” o “*sociológico*” de filiación. En ciertos círculos culturales y legales propios de países lejanos al ambiente jurídico occidental, se

3 Muy bien expuestas por Flora Calvo-Babío, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Colección Ciencias Jurídicas y Sociales, 97-122 (Universidad Rey Juan Carlos & Dykinson, Madrid, 2003).

4 Santiago Álvarez-González, *Adopción internacional y sociedad multicultural*, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 175-211, 184 (Tecnos, Madrid, 1998).

llama y se considera “*hijos adoptados*” a determinados sujetos, especialmente menores, que se encuentran, simplemente, “*proahijados*” o “*al cuidado*” de ciertas personas o familias, bien de hecho o de Derecho. Pero por más que socialmente se les considere, en esos ambientes, como “*hijos*” de la familia que ha asumido su crianza y educación, desde un punto de vista jurídico en estas instituciones no está presente ningún vínculo de filiación entre cuidadores y estos menores. Por ello, estas instituciones no son una “*adopción internacional*” a efectos del Ordenamiento Jurídico español (art. 1.1 LAI *a contrario*). Para que la LAI considere que la institución legal puede ser considerada una “*adopción internacional*”, ésta debe implicar un vínculo “*jurídico*” de filiación (un mero vínculo social o reputacional de filiación no es suficiente). El vínculo jurídico de filiación debe derivar de la Ley. Ahora bien, esa Ley no tiene por qué ser la Ley “*española*” (pues *ubi lex non distinguit nec nostrum est distinguere*, donde la ley no distingue, no se debe distinguir). Y el art. 1.2 LAI, con plena conciencia, no distingue al respecto.

3. El concepto de adopción internacional cubre tanto la adopción de menores como la adopción de mayores. Es cierto que toda la LAI se presenta vertebrada por la idea de proporcionar una nueva regulación a la adopción de “*menores*” (como se aprecia en el art. 1.2 LAI).⁵ Ello se puede explicar por varias razones: (a) En la actualidad, la adopción internacional de menores es el tipo de adopción que más problemas sociales y jurídicos suscita en España. Ello hizo que el legislador focalizara la regulación legal contenida en la LAI en la adopción de “*menores*”. Los casos de adopciones internacionales de mayores son escasos, aunque no inexistentes. (b) En España, como es sabido, sólo se permite la adopción de menores y muy excepcionalmente, la adopción de mayores

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

(art. 175.2 CC).⁶ Sin embargo, la LAI rige tanto la adopción internacional de menores como la adopción internacional de mayores. No es óbice que en numerosas ocasiones la LAI contenga previsiones sólo relativas a los “*menores*”. Ello significa que, en el caso de adopción de mayores de edad, la LAI debe ser “*depurada*” de los preceptos y/o incisos que contiene y que son relativos a “*menores*”. Tales preceptos e incisos no se aplicarán, lógicamente, a la adopción de “*mayores*”. En el resto de sus disposiciones, la LAI se aplicará a la adopción de mayores. Esta opción de política legislativa es similar a la que se aprecia en la regulación sustantiva de la adopción en el Código Civil. Esa regulación, focalizada en torno a la adopción de “*menores*”, se aplica también a la adopción de “*mayores*” (que como se ha recordado, es excepcional en Derecho español), para lo cual basta “*no proyectar*” los preceptos relativos a “*menores*” a la adopción de mayores.

4. La LAI dispone también de un régimen jurídico que se aplica a otras instituciones de protección de menores en los casos internacionales, como la *kafalah* propia del Derecho islámico (Título III LAI). Pero ello no convierte, en absoluto, a estas instituciones, en “*adopciones*”. La intención del legislador que redactó la LAI de 2007 fue proporcionar una regulación de los supuestos internacionales relativos a estas instituciones de protección de menores por razones de conveniencia y oportunidad (a la par que se introducía un nuevo régimen legal de la adopción internacional).

C. Opciones básicas de política legislativa

La opción fundamental de política legislativa que sigue la LAI en materia de “*Ley aplicable a la adopción*”, consiste en la aplicación de la Ley del país en cuya sociedad está integrado o se va a

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

integrar el menor. Y se trata de una opción de política legislativa plenamente acertada. Varias razones lo explican:

1. *Disminución de los costes de transacción en los conflictos de Leyes relativos a la adopción internacional.* La aplicación de la Ley en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor es perfectamente “*previsible*” para todos los implicados en la adopción. En otras palabras, la aplicación de la Ley del país en cuya sociedad se integra el adoptado encaja perfectamente con el “*principio de proximidad*” (Audit).⁷ Ello significa que la aplicación de esta Ley tendrá “*costes reducidos*” para los particulares implicados en la adopción (es una Ley que, presumiblemente, los sujetos conocen o que pueden conocer a un coste más reducido que cualquier otra Ley estatal que pudiera regir la adopción). Al reducir los costes derivados de la aplicación de una Ley estatal concreta a una adopción internacional, se facilita y se potencia la adopción, lo que redundará en interés del menor. La Ley en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor corresponde, además, al país en el que interesa a los particulares, en mayor grado, que la adopción sea válida.
2. *Respeto de la “autoridad de las Leyes” del país cuya sociedad se ve afectada en mayor medida por la adopción.* La aplicación de la Ley en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor asegura la observancia y el respeto de la Ley del país cuya sociedad se ve más afectada por la adopción del menor. La sociedad española debe quedar regulada por la legislación española, la sociedad portuguesa debe quedar sujeta a las Leyes portuguesas, la sociedad francesa debe regirse por las Leyes francesas, y así sucesivamente. El legislador español debe asegurar la aplicación de sus Leyes a la sociedad española. Sólo de ese modo se preserva el *efecto útil* de su legislación y se protege el modelo social de cada Estado (el modo en que

7 Bernard Audit, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” des conflits de lois)*, 186 *Recueil des Cours de L’Académie de Droit International de La Haye, RCADI*, 219-398, 275 (1984).

cada Estado organiza *su sociedad*). Pues bien, la aplicación de la Ley en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor logra satisfacer el interés estatal en la salvaguarda de la “*autoridad de sus Leyes*”, del “*efecto útil*” de su legislación (Batiffol & Lagarde; Muir-Watt).⁸ La adopción de menores que tienen o van a tener su centro social de vida en España debe quedar sujeta al Derecho español. Sólo de ese modo, las Leyes españolas que regulan la adopción pueden, efectivamente, desplegar su función ordenadora de la sociedad española (proteger, del modo que el legislador español estima *justo*, a los menores adoptandos que residen, de modo habitual, en España). La aplicación de la Ley en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor garantiza el derecho de todo Estado a organizar “*su sociedad*” del modo que estima más conveniente y justo. Y también garantiza el derecho del legislador español a proteger a los menores adoptandos que se encuentran integrados en la sociedad española de la manera que estima más conveniente. La organización de la sociedad española la decide el Derecho español. En consecuencia, las entradas en escena (ya sea “*aplicación*” o ya sea “*toma en consideración*”) de “*otras Leyes extranjeras*” en la constitución de la adopción de un menor con residencia habitual en España, no se justifican por el hecho de que la adopción esté “*localizada*” también en esos países. En efecto, la aplicación o toma en consideración de tales Leyes no presenta un “*objetivo localizador*”. Aplicar o tomar en consideración Leyes extranjeras es una decisión del legislador que se justifica por su interés en que la adopción surta efectos jurídicos y sea válida también en tales Estados extranjeros (y no porque la sociedad de los otros Estados en los que el menor no tiene su residencia habitual se vea también “*afectada*”).

8 Henri Batiffol & Paul Lagarde, *Traité de Droit international privé*, t. I, 446-447 (8^e ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, LGDJ, Paris, 1993).
Horatia Muir-Watt, *Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de Droit International Privé)*, en *Mundialización y familia*, 11-22 (Alfonso Luis Calvo-Caravaca & José Luis Iriarte-Ángel, eds., Colex, Madrid, 2001).

3. *Rechazo del legeforismo.* La regulación de la LAI es, también en este punto, mucho más adecuada que la contenida en el viejo texto ya derogado del art. 9.5 CC. En efecto, este precepto era un ejemplo de legeforismo exacerbado. El viejo texto del art. 9.5 CC provocaba la aplicación de la Ley española a toda adopción que se constituía ante juez español (era una especie de “*imperialismo legal de la Ley española*” en materia de adopción internacional).⁹ Ello tenía consecuencias negativas: (a) En efecto, toda norma de conflicto legeforista aumenta los costes de información jurídica de las partes en los casos en los que el supuesto a regular presenta vínculos más estrechos con otro país distinto al país cuyas autoridades conocen del supuesto (pues la norma de conflicto construida sobre la regla *Lex Fori* traiciona y/o se aparta con facilidad del llamado “*principio de proximidad*”). (b) Por otro lado, una norma de conflicto tan legeforista como el art. 9.5 CC, en su redacción anterior, incrementaba las “*adopciones claudicantes*” (una adopción internacional constituida, en todo caso, con arreglo a la Ley sustantiva española, tenía amplias posibilidades de no desplegar efectos en el país de origen o procedencia del menor). (c) Un legeforismo exacerbado en materia de adopción internacional conduce a un incremento espectacular de las prácticas de *Forum Shopping*, visto que los criterios de competencia judicial internacional en materia de adopción no son uniformes ni están unificados

9 El texto del art. 9.5 CC vigente hasta el 29 diciembre de 2007, indicaba, en lo relativo al “*Derecho aplicable a la adopción*”, lo siguiente: “*La adopción constituida por Juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la Ley española. No obstante, deberá observarse la Ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios: Si tuviera su residencia habitual fuera de España.*

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

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

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

internacionalmente (Ehrenzweig & Jayme).¹⁰ (d) Desde otra perspectiva, la solución *Lex Fori in Foro Proprio*, antes seguida por el art. 9.5 CC, no puede justificarse en el principio del *favor filii* ni tampoco en la “*finalidad protectora*” de la adopción (pues eso supone partir del prejuicio de que la Ley sustantiva española es “*la mejor del mundo*” para proteger a los adoptados, lo que es mucho suponer). Y tampoco puede justificarse en la “*judicialización de la adopción*” (pues el hecho de que la adopción tenga que ser constituida por un juez español, no es argumento suficiente para resolver el conflicto de Leyes en favor de la Ley española, ya que esa solución no tiene en cuenta ni la previsibilidad del Derecho aplicable ni su contenido material; también el divorcio se pronuncia en España, por juez español y no necesariamente se debe fallar con arreglo a la Ley sustantiva española (art. 107.2 CC). La nueva LAI cierra con doble llave el sepulcro del legeforismo en materia de adopción internacional para que no vuelva a cabalgar.

4. *Unidad de la Ley aplicable a la constitución de la adopción.* La adopción constituye un “*todo jurídico*”. Por ello, es conveniente que sea “*una*” sola la Ley estatal que regule la constitución de la adopción (Poisson-Drocourt).¹¹ Ésa es la regla general recogida en los arts. 18-21 LAI. Los “*espacios de aplicación*” que tales preceptos conceden a otras Leyes estatales no tienen como objetivo “*localizar*” ciertos aspectos de la adopción en otros países y declarar, en consecuencia, la “*aplicación*” de tales Leyes. El objetivo de tales previsiones es, simplemente, potenciar la validez internacional de la adopción internacional constituida en España. Sólo cuando ese objetivo quede acreditado, se aplicarán o se tomarán en consideración “*otras Leyes estatales*”.

10 Albert A. Ehrenzweig & Erik Jayme, *Private International Law*, vol. II, 235 (Leiden-Dobbs Ferry, New York, 1973).

11 Elisabeth Poisson-Drocourt, *L'adoption internationale*, 76 *Revue Critique de Droit International Privé*, RCDIP, 673-710, 692 (1987).

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

se rige por una Ley extranjera). La regulación de la LAI en este punto es también mucho más adecuada que la contenida en el antiguo art. 9.5 CC (precepto que, en ciertos supuestos obligaba a una “*aplicación cumulativa de Leyes*”, lo que desembocaba en una sobrerreglamentación legal que complicaba, ralentizaba y encarecía la adopción internacional de un modo innecesario).

D. Opciones básicas de técnica jurídica

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

1. A primera vista, podría parecer que habría sido más sencillo que la norma de conflicto recogida en la LAI indicara que “*la adopción internacional se regirá por la Ley de la residencia habitual del adoptando*”. Pero es una impresión engañosa, una solución simplista y no justa. Explicación: optar, sin más, en favor de la Ley de la “*residencia habitual del adoptando*”, habría sido un grave error, porque, con extrema frecuencia, la residencia habitual del adoptando cambia de país a país, debido al mismo hecho de la adopción internacional (antes o después de la adopción internacional suele producirse un “*desplazamiento internacional del menor*”). La LAI indica que debe aplicarse la Ley de la residencia habitual actual o futura del adoptando (es una “*conexión anticipada*” de la residencia habitual del adoptando) (Overbeck).¹² La LAI indica que la constitución de la adopción internacional debe regirse por

12 Alfred E. von Overbeck, *L'intérêt de l'enfant et l'évolution de droit international privé de la filiation*, en *Liber amicorum Adolf F. Schmitzer*, 361-380, 367 (Faculté de Droit de l'Université de Genève, Genève, 1979). En este artículo, Overbeck expone la tesis de la “conexión anticipada” en materias relativas al Derecho internacional privado de los menores. La operatividad de la “conexión anticipada” se halla muy bien expuesta en Mónica Herranz-Ballesteros, *La búsqueda de la armonía internacional de soluciones: ¿un objetivo a cualquier precio en materia de adopción internacional?*, en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, 487-510, 508 (Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Esperanza Castellanos-Ruiz, dirs., Colex, Madrid, 2004). Santiago Álvarez-González, *Adopción internacional y sociedad multicultural, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 175-211 (Tecnos, Madrid, 1998).

la Ley del país de la residencia habitual del adoptando, pero en la modalidad de “*punto de conexión fluctuante*” (combinación entre residencia habitual “*actual*” y residencia habitual “*futura*” del adoptando). Debe subrayarse que la “residencia habitual” puede perfectamente precisarse en el presente (residencia habitual “*actual*”) por “*elementos retrospectivos*” relativos al adoptando, pero también puede concretarse en el futuro (residencia habitual “*futura*”), mediante el empleo de “*elementos prospectivos*” (Virgós-Soriano & Garcimartín Alférez).¹³

2. La complejidad de las normas de conflicto que determinan la Ley aplicable a la adopción internacional en la LAI no es mayor que la que ya existía en el texto derogado art. 9.5 CC. En efecto, como escribía Fedro, “*decipit frons prima multos*”, esto es, la primera impresión a menudo engaña. En la mayoría de los supuestos, la Ley aplicable a la constitución de la adopción será la Ley material española y no será preciso aplicar o incluso, “*tomar en consideración*” otras Leyes extranjeras. Pero en todo caso, como recuerda Santiago Álvarez-González, la adopción propia de un ambiente social “*multicultural*” (un ambiente social necesariamente complejo), como es hoy el ambiente social español, demanda una solución jurídicamente más sofisticada, una solución no simplista.¹⁴

La determinación de la Ley aplicable a la constitución de la adopción en la LAI sigue el clásico sistema del conflicto de Leyes. Es decir, entre los países conectados con el supuesto, la norma de conflicto de Leyes de la LAI detecta cuál es el país más vinculado con el supuesto y ordena la aplicación, a la constitución de la adopción, de la Ley sustantiva de ese país. Ahora bien, el método clásico de los “*conflictos de Leyes*” conlleva el efecto conocido como la “*guillotina conflictual*”, del que hablaba el gran

13 Miguel Virgós-Soriano & Francisco J. Garcimartín-Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 244-245 (2ª ed., Civitas, Madrid, 2007).

14 Santiago Álvarez-González, *Adopción internacional y sociedad multicultural, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 175-211, 189 (Tecnos, Madrid, 1998).

jurista holandés José Jitta hace ya más de cien años: se aplica la Ley de un Estado, lo que implica que las Leyes de otros Estados también vinculados con la adopción y en los que puede interesar también que la adopción internacional surta efectos jurídicos, quedan “guillotinas”, descartadas (tales Leyes no se aplican, pues el conflicto de Leyes tiene una “Ley ganadora”, pero también tiene “Leyes perdedoras”).¹⁵ Este efecto no es conveniente. Explicación: al constituirse la adopción con arreglo a una sola Ley estatal, esa adopción corre el riesgo de ser considerada como “no válida” por otros Estados vinculados con el supuesto. Para evitar este efecto negativo (la “guillotina conflictual”, que puede hacer de la adopción internacional, una “adopción claudicante”), la LAI permite “aplicar” o “tomar en consideración” otras Leyes extranjeras. Esas Leyes “no rigen” la adopción (puesto que la adopción internacional repercute y afecta a “otra sociedad”, que es la sociedad del país donde el adoptando ha establecido o va a establecer su residencia habitual), pero su aplicación y/o toma en consideración se acepta por el legislador español si con ello la adopción constituida en España aumenta sus posibilidades de ser considerada como “válida” en esos otros países. Los artículos 19 y 20 LAI siguen, en este punto, la línea inspiradora que vertebró el art. 77.1 y 2 Ley Suiza Federal de Derecho internacional privado del 18 de diciembre de 1987.¹⁶

E. Desarrollo judicial de las soluciones legales

Las normas de la LAI que determinan la Ley aplicable a la constitución de la adopción por las autoridades españolas introducen un amplio margen de discrecionalidad judicial. La

15 José Jitta, *Método de Derecho internacional privado* (traducción de Joaquín Fernández-Prida) (La España Moderna, Madrid, 1911), 118-126 (versión facsímil, Analecta Editorial, Pamplona, 2005).

16 Art. 77.1 y 2 Ley Suiza Federal de Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987: “1. I presupposti dell'adozione in Svizzera sono regolati dal diritto svizzero. 2. Ove risulti che un'adozione non sarebbe riconosciuta nello Stato di domicilio o di origine dell'adottante o dei coniugi adottanti, con conseguente grave pregiudizio per il figlio, l'autorità tiene conto anche dei presupposti giusta il diritto di detto Stato. Se anche in tal caso il riconoscimento non sembri assicurato, l'adozione non può essere pronunciata”.

LAI cree en los jueces. La LAI arranca del postulado de que los jueces son los garantes de la legalidad en la constitución de la adopción internacional y que, por tanto, deben poder operar como algo más que la “*boca de la Ley*” (la *bouche de la loi*, en célebre y muy citada frase de Charles de Montesquieu). El legislador que elaboró la LAI parte de la premisa consistente en que el intérprete máximo de la Ley, el juez, debe disponer de un “*poder legítimo*” para desplegar un “*desarrollo judicial de la norma positiva*”. Por ello, puede afirmarse, que, en general, las soluciones contenidas en la LAI en relación con la Ley aplicable a la constitución de la adopción, no son “*reglamentistas*”, sino “*soluciones abiertas*”. Soluciones que implican al juez en la creación de un Derecho internacional privado de calidad orientado a la Justicia del caso concreto pero que no ponen en peligro el respeto a las soluciones legalmente recogidas ni la seguridad jurídica. La Ley crea soluciones generales (para “*supuestos-tipo*”) y los jueces perfilan reglas específicas (para los casos concretos). Nada hay que temer, la seguridad jurídica está a salvo. Lo que algunos llaman “*complejidad*” o “*riesgo para la seguridad jurídica*” (Álvarez-González),¹⁷ es considerado por el legislador como una superación del “*positivismo legalista*” más retrógrado y formalista, en beneficio de los particulares implicados en las adopciones internacionales. En ese sentido, los jueces españoles deben poder valorar los datos del caso concreto para modular la respuesta de la norma de conflicto en supuestos específicos. Los jueces deben disponer de la facultad de introducir ciertas variantes en la determinación de la Ley aplicable a la adopción. Ahora bien, los jueces deben siempre “*motivar*” sus decisiones relativas a la determinación de la Ley aplicable a la adopción internacional. Esa motivación debe, en todo caso, tener presentes dos elementos, ambos recogidos en la Exposición de Motivos LAI: (a) El “*interés superior del menor*”, frente al que cualquier otro interés debe ceder. (b) La potenciación de la validez inter-

17 Santiago Álvarez-González, *Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional*, 6910 *Diario La Ley* (26 de marzo de 2008), versión on line.

nacional de la adopción constituida en España en los países vinculados con el supuesto concreto. En tal sentido, la LAI deja que sean los tribunales españoles los que determinen: 1. El país de la residencia habitual “*futura*” del adoptando (art. 18.1.b y 21.1.a LAI), lo que puede presentar una incidencia de primer orden en la precisión de la Ley reguladora de la adopción. 2. La posibilidad de aplicar o “*tomar en consideración*” otras Leyes estatales distintas de la Ley estatal que rige la adopción (arts. 19.2, 20, 21.2 y 21.3 LAI). 3. La valoración del “*impacto internacional*” de la adopción constituida en España, de modo que el juez español debe evaluar las posibilidades de que la adopción que constituye en España surta efectos legales en otros países vinculados con el supuesto del que se trate y en la medida en que ello pueda redundar en interés del menor (art. 19.2, 20.a), 21.2 y 3 LAI). 4. La conveniencia de aceptar o negar un posible “*reenvío de retorno*” que las normas de conflicto extranjeras puedan hacer en favor de la Ley española (art. 21 LAI). La atribución a los tribunales de un papel creativo en la aplicación de los arts. 18-23 LAI hace de la Ley 54/2007 un “*enfant du siècle*”, un ejemplo de la nueva legislación social en la que los jueces toman partido activo en la solución justa de los problemas sociales.

II. LEY REGULADORA DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA (ART. 18 LAI)

El art. 18 LAI ordena que la adopción constituida por juez español se regirá por lo dispuesto en la ley material española en estos dos 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. El art. 18 LAI requiere un examen detallado en torno a diversas cuestiones:

- a. *La “conexión social”*. A la hora de seleccionar un punto de conexión, el art. 18 LAI ha preferido una “conexión social”: la residencia habitual. Esta conexión refleja la vinculación de un sujeto, el adoptando y también de su nueva familia, con una sociedad concreta en la que vive normalmente y en la que se encuentra integrado (el adoptando y muy frecuentemente también los adoptantes tienen su “*centro social de vida*” en el país donde el adoptando tiene su residencia habitual). La elección del legislador es acertada. Por varios motivos, antes expuestos y que conviene recordar muy brevemente (Calvo-Caravaca & Carrascosa-González):¹⁸ (a) Provoca una reducción de los costes de transacción en los conflictos de Leyes, al conducir a la aplicación de la Ley que los sujetos implicados en la adopción conocen o pueden conocer a un coste reducido. (b) Garantiza el “*efecto útil*” de la legislación de cada Estado que regula la situación jurídica de los menores adoptandos y el modelo de organización social de cada Estado (asegura el respeto de la “*autoridad de las Leyes*” del país cuya sociedad se ve afectada en mayor medida por la adopción). (c) Evita las consecuencias negativas del *legeforismo* (sentencias claudicantes y vulneración de los derechos de defensa).
- b. *Descarte de puntos de conexión antiguos*. La LAI ha desechado, por no conducir a la aplicación de la Ley del país que presenta la “*más estrecha vinculación*” con la constitución de la adopción, otras conexiones y otras “*Leyes aplicables*”. En concreto, la LAI ha descartado estos puntos de conexión.
1. La LAI ha rechazado la nacionalidad del adoptando (la típica “*conexión cultural*” que conecta al sujeto con el ambiente jurídico-valorativo estatal del que procede). Ello se explica porque, con frecuencia, la nacionalidad que el adoptando ostenta antes de la adopción refleja una “*vinculación débil*”

18 Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Adopción internacional*, en *Derecho internacional privado*, vol. II, 181-218 (Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., 8ª ed., Comares, Granada, 2007), en favor de la conexión “residencia habitual del adoptando” antes ya de la LAI de 2007.

con ese país. En efecto, el adoptando no necesariamente se integrará en la sociedad del país de su nacionalidad, sino que, más bien al contrario, abandonará su país para ir a residir habitualmente a otro. Y aunque el adoptando puede mantener sus vínculos culturales con el país de su nacionalidad, eso no significa, necesariamente, que vaya a retornar a ese país. En condiciones normales, la sociedad del país de la nacionalidad del adoptando no se verá afectada por la adopción en cuestión (ese Estado “*pierde interés*” en la regulación de esa adopción).

2. La LAI ha rechazado también la conexión “nacionalidad del adoptante(s)”. Ésta es una conexión seguida en otros países, como Francia, Bélgica o Italia. Estos países utilizan esta conexión porque entienden que el adoptando se integrará en la sociedad que corresponde al país de la nacionalidad común de los adoptantes. En el fondo, es la misma motivación que se encuentra en los arts. 18-21 LAI (Ley del país en cuya sociedad se integrarán el adoptando y su familia tras la adopción: es también una “*conexión anticipada*”). Todos los legisladores del mundo localizan la adopción en un país concreto con la intención de hacer aplicable la Ley del país más vinculado con la adopción (Ley de más previsible aplicación, que implica los menores costes para los particulares y que garantiza la aplicación de la Ley del país “*más afectado por la adopción internacional*”). A partir de ahí, se disparan las diferencias entre los legisladores estatales. El legislador español entiende que el criterio “*residencia habitual del adoptando*” asegura en mayor medida el objetivo perseguido (el principio de proximidad), pues la residencia habitual del adoptando hace aplicable a la adopción la Ley del país en cuya sociedad se integra la nueva familia, mientras que la nacionalidad de los adoptantes puede, en ocasiones, “*errar*” en su “*propósito localizador*”. En efecto: si dos adoptantes alemanes con residencia habitual en España adoptan en España a un menor marroquí con la intención de residir de modo

estable y permanente en España, es la Ley española y no la Ley alemana ni la marroquí, la Ley que corresponde a la sociedad donde la familia del adoptando vive y reside habitualmente.

3. La LAI ha rechazado también toda conexión ideológico-religiosa (y que hubiera llevado a aplicar la Ley del Estado que corresponde a la religión o creencias del sujeto).
4. La LAI ha rechazado, por las razones ya explicadas, la conexión *Lex Fori* y el sistema *Lex fori in Foro Proprio* (aplicación de la Ley material española con independencia de las vinculaciones que el caso presenta con los distintos Estados).

- c. *Ámbito de la Ley aplicable.* Cuando la Ley española regula la adopción en virtud del art. 18.1 LAI (residencia habitual presente o futura del adoptando en España), esa Ley rige los “*requisitos de la adopción*”: capacidad para adoptar y para ser adoptado, consentimientos necesarios para llevar a cabo la adopción, audiencias que deben ser dadas a ciertas personas, asentimientos a prestar, trámites administrativos previos, propuesta previa de Entidad Pública (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, AAP, 27 de julio de 2006 [dictado en aplicación del antiguo art. 9.5 CC]), etc.
- d. *Eliminación del legeforismo.* Cuando el adoptando no tiene su residencia habitual en España, ni va a tener su residencia habitual en España, el art. 18 LAI evita todo legeforismo y hace aplicable la Ley del Estado en cuya sociedad vive y está integrado de modo estable el adoptando (art. 21 LAI). De ese modo, se evita constituir una adopción válida en España pero con serios riesgos de no producir efectos jurídicos en el país de residencia habitual estable del adoptando (adopciones claudicantes). El art. 18 LAI supera, de este modo, el legeforismo exacerbado, inútil y provinciano del antiguo art. 9.5 CC.

A. Primer supuesto. Residencia habitual del adoptando en España: conexión social real y actual

La aplicación de la Ley española cuando el adoptando tiene su residencia habitual en España (art. 18.1.a LAI) exige aclarar varios aspectos:

- a. *La residencia habitual actual y real del adoptando en España.* Cuando el adoptando tiene su residencia habitual en España, la sociedad española es la sociedad en la que, real y actualmente, se halla integrado el sujeto en el momento presente (art. 18.1.a LAI). La residencia habitual del adoptando debe valorarse “*en el momento de constitución de la adopción*” (como expresamente indica el art. 18.1.a LAI), y no en el momento de iniciarse la fase administrativa de la adopción.
- b. *La residencia habitual es un concepto fáctico.* La residencia habitual del adoptando puede definirse como el lugar donde éste tiene su “*centro social de vida*”. La residencia habitual no se acredita mediante su inscripción en ningún Registro Oficial. La residencia habitual es un concepto fáctico. La residencia habitual del adoptando en España exige verificar varios elementos: (a) La presencia física del adoptando en España (*Domus colere*, morada fija y permanente). (b) La intención de permanecer en tal lugar por parte del adoptando (*Animus manendi*, voluntad de permanecer). La “*residencia habitual*” indica el “*arraigo real entre una persona y un concreto medio socio-jurídico*” (Espinar-Vicente).¹⁹ La idea básica que vertebra el concepto de “*residencia habitual*” es la “*integración*” de la persona en un medio social y jurídico determinado, lo que se demuestra por datos fácticos concretos y no mediante datos meramente formales o jurídicos. Son elementos irrelevantes para acreditar la residencia habitual del adoptando en Espa-

19 José María Espinar-Vicente, *Nacionalidad*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, EJB, 4379-4385 (Civitas, Madrid, 1995).
José María Espinar-Vicente, *Residencia habitual (Derecho internacional privado)*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, EJB, 5876-5880 (Civitas, Madrid, 1995).

ña: (1) La posesión o falta de posesión por el adoptando de “*autorización de residencia*” en España con arreglo a la normativa de Extranjería. (2) El lugar donde radique el domicilio fiscal o administrativo del adoptando. Los datos del padrón municipal de habitantes no constituyen “*prueba plena*” de la residencia en España a efectos civiles: lo que consta en el padrón puede no ser exacto ni verdadero. (3) La vecindad civil del adoptando en el caso de que éste sea español.

B. Segundo supuesto. Residencia habitual futura del adoptando en España

El art. 18.1.b LAI indica que la adopción se constituirá con arreglo a la Ley material española “*cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España*”. En torno a este inciso, diversas observaciones son precisas:

- a. *Conexión anticipada*. El art. 18.1.b LAI opta por una “*conexión anticipada*” (una conexión que todavía no existe pero que va a verificarse en el futuro): la residencia habitual futura del adoptando en España. Para que pueda aplicarse la Ley española a título de “*Ley de la futura residencia habitual del adoptando*”, es preciso acreditar varios extremos: (1) Que el adoptando ha sido o va a ser trasladado a España. (2) Que dicho traslado se realiza con la finalidad de establecer la residencia habitual del adoptando en territorio español. La opción de política legislativa seguida por la LAI es correcta. En efecto, con extrema frecuencia, los adoptandos cambian de país de residencia habitual con ocasión, precisamente, de su adopción (la adopción, por españoles con residencia habitual en España, en relación con un menor que tiene su residencia habitual en el extranjero suele implicar el traslado de la residencia habitual del adoptando a España y su integración en una familia que participa en la sociedad “española”). Por ello, esta “*conexión anticipada*” es necesaria para evitar la

aplicación de la Ley de un país en cuya sociedad el adoptando muy pronto dejará de estar integrado. En consecuencia, carece de sentido aplicar el Derecho de una sociedad que se corresponde con un país que el adoptando va a abandonar de modo inmediato o muy próximo. Esta razón explica que el art. 18.1 b LAI haya preferido la aplicación de la Ley española cuando es España el país en cuya sociedad el adoptando va a integrarse (Ley del país que corresponde a la sociedad de “integración real” del adoptando).

- b. *Función judicial en la acreditación del traslado del adoptando a España y de la futura residencia habitual del adoptando en España.* El traslado del sujeto a España y la intención de establecer su residencia habitual en España constituyen dos extremos que deben ser valorados y acreditados por el juez español competente para la constitución de la adopción internacional. Pero el art. 18 LAI no precisa “cómo proceder” a la acreditación de ambos extremos. Este silencio de la LAI es un “silencio elocuente” (nada impone la Ley porque son los jueces los que deben integrar el silencio legal mediante la elaboración de pautas de solución diseñadas para los casos concretos).
- c. *Acreditación del “traslado del adoptando a España”.* La acreditación del movimiento físico o traslado del adoptando a territorio español es sencilla si ya se ha producido. Puede acreditarse mediante cualquier dato o medio admitido en Derecho (es un hecho físico empíricamente comprobable y verificable). La acreditación del “traslado futuro” con destino a España es algo más complejo. Exige una cierta “actividad de prospección” del juez español. En efecto, el juez debe cerciorarse y quedar convencido, mediante los datos y medios que estime oportunos, de que el traslado del adoptando a España se va a producir con total seguridad. A tal efecto puede utilizar datos como los billetes de transporte del adoptando, alojamiento ya preparado en España para el adoptando, escolarización futura del sujeto en España pero ya realizada con reserva de plazas en colegios, etc. La lista es abierta.

d. *Acreditación de la “residencia habitual futura” del adoptando en España.* La acreditación de la existencia de esta conexión anticipada (la futura residencia habitual del adoptando en España) exige una “prospección de futuro” por parte del juez (valoración de las posibilidades de que la residencia habitual del adoptando, efectivamente, vaya a concretarse en España). Varios datos son importantes al respecto: (1) Esa prospección de futuro debe hacerse por el juez en relación con el caso concreto, mediante una valoración de las circunstancias de hecho y de Derecho que se derivan de cada supuesto específico de adopción internacional. Como antes se ha dicho, el silencio de la LAI al respecto es un “silencio elocuente”, es un “silencio que habla”. Ello es así porque las Leyes se hacen para los “casos generales” y no descienden a detalles cuando no pueden hacerlo y/o cuando hacerlo sería intentar lo imposible. (2) A la hora de acreditar que el traslado internacional del menor a España, ya producido o que va a producirse, tiene como objetivo o como final “*establecer su residencia habitual en España*”, el art. 18.1.b LAI concede una total libertad al juez para que valore todo tipo de elementos, circunstancias y datos que le resulten útiles para acreditar ese extremo. En efecto, con tal objetivo, el juez utilizará todos los elementos de hecho y de Derecho que estime relevantes y, en especial, los vínculos presentes o actuales del adoptando con España, que denoten una vinculación futura todavía más estrecha del mismo con España (escolarización, empadronamiento, vínculos afectivos del adoptando, lugar de estancia, presencia y/o residencia *de facto*, personas con las que habita el adoptando, opinión personal del adoptado en el caso de que tenga suficiente juicio para ser tenida en cuenta, etc.). (3) El juez español debe acreditar, con el más alto grado de probabilidad posible, que la residencia habitual del adoptando va a establecerse en España. A la hora de valorar este extremo, el juez debe ponderar todos los datos que puedan coadyuvar a acreditar esa residencia habitual futura en España (la lista de datos es abierta). Entre tales datos, deberá valorar la “in-

tención” de los sujetos implicados de establecer la residencia habitual del adoptando en España. Ahora bien, la mera y sola “intención” de tales sujetos no prueba nada ni acredita nada en relación con la residencia habitual futura del adoptando en España. Las declaraciones de voluntad de tales sujetos en ese sentido son, por sí solas, irrelevantes. La “intención” de los particulares implicados es un dato más que el juez tendrá presente en un proceso de valoración y ponderación moderada de todos los datos objetivos y subjetivos del supuesto, para inferir la existencia o inexistencia de una intención real de establecer la residencia habitual del adoptando en España. Afirmar que la aplicación de una Ley estatal u otra depende de las “declaraciones de voluntad de los interesados sobre su intención” significa no haber entendido el proceso de “ponderación abierta de información” que lleva a cabo el juez para acreditar, sin sombra de duda, que el adoptando ha sido o va a “*ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España*”.²⁰ (4) En todo caso, el juez debe quedar convencido, con un grado de certeza muy elevado, de que es España el lugar donde se establecerá, en el inmediato futuro, la residencia habitual del adoptando. En caso contrario (si el juez no queda convencido de que el adoptando va a establecer su residencia habitual en España), puede afirmarse que operará la “regla general” (aplicación de la Ley del país de residencia habitual “actual” y “real” del adoptando), como indica la Exposición de Motivos LAI.

- e. *Casos cubiertos por el art. 18.1.b LAI.* El art. 18.1.b LAI cubre, realmente, dos supuestos: (1) El adoptando ya ha sido trasladado a España y queda acreditado que ese traslado es definitivo, en el sentido de que tiene “*la finalidad de establecer su residencia habitual en España*”. El adoptando se encuentra físicamente en España en el momento de constitución de la adopción, aunque no ha “adquirido” todavía su residencia

20 Santiago Álvarez-González, *Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional*, 6910 *Diario La Ley* (26 de marzo de 2008), versión *on line*.

habitual en España (porque realmente no ha tenido tiempo para ello o no concurren las circunstancias que permiten acreditar que, realmente, el sujeto tiene ya en España su “centro social de vida”). Es un caso similar al de los refugiados y asilados recientes que llegan a España, se encuentran en España, viven en España, pero todavía no han adquirido su residencia habitual en España.²¹ Pues bien, este primer supuesto es relativamente sencillo. En efecto, el juez puede comprobar que el adoptando ya no se encuentra físicamente en el país de su residencia habitual “actual”, sino que se halla físicamente en España. Ha abandonado el país de su centro social de vida (país donde normalmente estaba escolarizado, donde tenía radicados sus vínculos personales, etc.). (2) El adoptando no ha sido todavía trasladado a España (no se encuentra en España en el momento de la adopción), pero el juez queda convencido y acredita que el adoptando va a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España.

- f. *El “equilibrio asimétrico” de los arts. 18 y 21 LAI.* La acreditación, por el juez español, de una residencia habitual futura del adoptando “en España” es “más segura” que la acreditación de una residencia habitual del adoptando en el extranjero. En efecto, el juez “español” dispone de medios más poderosos y de datos más fiables cuando acredita la residencia habitual, presente o futura, del adoptando “en España” que cuando acredita la residencia habitual del adoptando “en un país extranjero”. Ello explica la “asimetría conflictual” de los arts. 18 y 21 LAI, es decir, que la residencia habitual futura del adoptando en España prevalezca sobre la residencia habitual real y actual del mismo en el extranjero. Y también explica el caso inverso, esto es, que la residencia habitual actual del adoptando “en España” prevalezca sobre la residencia ha-

21 Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Adopción internacional*, en *Derecho internacional privado*, vol. II, 181-218 (Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., 8ª ed., Comares, Granada, 2007). Miguel Virgós-Soriano, *Comentario al art. 9.9 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil*, 100-101 (Ministerio de Justicia, Madrid, 1991).

bitual futura del adoptando “en el extranjero”. El equilibrio asimétrico de los arts. 18-21 LAI está diseñado como una herramienta al servicio del “principio de proximidad”.

C. Excepciones a la regla general

La “regla básica” (que consiste en la aplicación de la Ley material española a la constitución de la adopción cuando es España el país de residencia habitual presente o futura del adoptando), experimenta dos excepciones importantes previstas en los arts. 19 y 20 LAI. Ambas excepciones (que ordenan o permiten al juez español la “aplicación” o la “toma en consideración” de Leyes extranjeras en la constitución de una adopción que se rige por la Ley española) persiguen una finalidad muy clara. En efecto, ambas excepciones tratan de evitar las “adopciones claudicantes” (las adopciones válidas en España pero inválidas en otros países también conectados con la concreta adopción internacional). Mediante la “aplicación” o la “toma en consideración” de una Ley extranjera se facilita que la adopción constituida en España surta efectos legales en otros Estados conectados con el supuesto.

1. Primera excepción. Ley reguladora de la capacidad del adoptando y de los consentimientos necesarios (art. 19 LAI)

La capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española, en los siguientes casos: 1. Si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción. 2. Si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España. En torno a esta primera excepción deben aclararse ciertos extremos.

La razón de ser de esta aplicación de la Ley nacional del adoptando es el deseo del legislador de reforzar la “validez internacional de la adopción”. En este caso, el art. 19 LAI solventa el

conflicto de Leyes de “modo no traumático” (no recurre a la clásica “guillotina conflictual”, que impide “considerar” otras Leyes de otros países también claramente conectados con el supuesto de adopción internacional). El art. 19 LAI concede un “espacio aplicativo” a la Ley nacional del adoptando. Sin embargo, la referencia en favor de la Ley nacional del adoptando no presenta un “propósito localizador” (no se trata de hacer aplicable la Ley nacional del adoptando a un aspecto específico de la adopción porque ésta “repercute” en el país cuya nacionalidad ostenta el adoptando o porque ese país esté tan estrechamente vinculado con la adopción como lo está la Ley española). El propósito del art. 19 LAI es diferente: se trata de hacer aplicable o de tomar en consideración, en relación con ciertos aspectos de la constitución de la adopción, la Ley nacional del adoptando porque, de ese modo, se potencia la validez, en ese país, de la adopción internacional constituida en España (que superará, sin problemas, un control de la Ley aplicada y/o un control de ajuste al orden público internacional del país de la nacionalidad del adoptando) (Rodríguez-Mateos).²² El art. 19.2 LAI indica que la aplicación de la ley nacional del adoptando procederá, únicamente, cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando. El juez español debe proceder a un “juicio anticipatorio” de la validez de la adopción constituida en España, en el país de la nacionalidad del adoptando. El juez debe quedar convencido de que la aplicación de la Ley nacional del adoptando potencia y/o asegura, en un alto grado, los efectos legales de la adopción en ese país. En caso contrario, no

22 Aunque en relación con la legislación anterior, Pilar Rodríguez-Mateos ya subrayó, muy acertadamente, que el sentido de la aplicación/toma en consideración de la Ley nacional del adoptando radicaba en la validez internacional de la adopción constituida en España. Pilar Rodríguez-Mateos, *Adopción internacional*, *Enciclopedia Jurídica Básica*, EJB, 353-354 (Civitas, Madrid, 1995).

Pilar Rodríguez-Mateos, *Nota a RDGRN (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado) 22 de junio de 1991*, XLIV, *Revista Española de Derecho Internacional*, REDI, 234 ss (1992).

Pilar Rodríguez-Mateos, *Artículo 9.5 del Código Civil*, en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, 242-259, 250 (Manuel Albadalejo-García & Silvia Díaz-Alabart, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995).

tendría ningún sentido aplicar la Ley nacional de adoptando, pues ello sólo complicaría inútilmente la constitución de adopción internacional en España (lo que demuestra, una vez más, que la aplicación de la Ley nacional del adoptando no presenta “propósitos localizadores”). Si el “juicio anticipatorio” del juez español arroja un resultado negativo (la aplicación de la Ley nacional del adoptando no potencia la validez de la adopción en ese país o es indiferente), la adopción se regirá exclusivamente por la Ley material española y la Ley nacional del adoptando no se aplicará (por ejemplo, si el país cuya nacionalidad ostenta el adoptando no practica ningún control de Ley aplicada a la adopción y su filtro de “su” orden público internacional no pone en peligro los efectos en ese país de la adopción constituida en España). Al carecer de “propósito localizador”, la aplicación o toma en consideración de la Ley nacional del adoptando prevista en el art. 19 LAI es un ejemplo de consideración de la Ley extranjera como “dato” que el juez español tendrá en cuenta sólo si coadyuva a la validez internacional de la adopción. Una tesis ampliamente difundida en Alemania y de la que ha tomado nota convenientemente el legislador español (Jayme),²³ y seguida también, de modo incluso más radical, por el art. 77 Ley federal suiza de Derecho internacional privado del 18 de diciembre de 1978, antes citado.

La Ley del país cuya nacionalidad ostenta el adoptando no rige “la adopción”. Rige sólo “la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción”. Se produce, por tanto, una “aplicación distributiva de Leyes”. Que opera del siguiente modo: la Ley española (Ley de la residencia habitual futura del adoptando) rige todas las cuestiones relativas a la constitución de la adopción, salvo las cuestiones atinentes a la “capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la

23 Erik Jayme, *L'adozione internazionale. Tendenze e riforme*, 30 *Rivista di Diritto Civile*, 545-558, 554 (1984).

Erik Jayme, *Diritto di famiglia, società multiculturali e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato*, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale RDIPP*, 295-304 (1993).

adopción”. Tales aspectos quedan regulados, exclusivamente, por la Ley nacional del adoptando. Esta “aplicación distributiva de Leyes” potencia la constitución de la adopción en ciertos casos (Rodríguez-Mateos).²⁴ En particular, cuando por razones de capacidad del adoptando no es posible constituir la adopción a tenor de la Ley española, pero sí es posible con arreglo a la Ley nacional del adoptando. El art. 19 LAI supera las enormes y profundas deficiencias técnicas del art. 9.5 CC, en su redacción anterior. En efecto, el art. 19 LAI evita la “aplicación cumulativa” de distintas Leyes estatales a ciertos aspectos de la constitución de la adopción. Esta aplicación cumulativa de Leyes supone una complicación innecesaria que dificulta la constitución de la adopción internacional en España, pues hubiera obligado a constituir la adopción con arreglo a dos Leyes estatales (“conexión cumulativa” o “cúmulo de Leyes aplicables”), lo que daña el *favor adoptionis* y el “interés del menor”. Esta interpretación, posible en el marco del antiguo art. 9.5 CC, es expresamente rechazada por el art. 19 LAI. Como había subrayado la doctrina, una aplicación cumulativa de Leyes hace del interés del menor un “principio autoatentatorio” (Esplugues-Mota, Rodríguez-Mateos).²⁵

Esta aplicación distributiva de Leyes y la entrada en escena de la Ley nacional del adoptando son obligatorias (imperativas). Ello significa que, si concurren las condiciones exigidas por el art. 19 LAI, el juez debe aplicar la Ley nacional del adoptando. El juez no dispone de discrecionalidad para aplicar o no aplicar

24 Pilar Rodríguez-Mateos, *La adopción internacional*, 121-125 (Universidad de Oviedo, Oviedo, 1988).

Pilar Rodríguez-Mateos, *Adopción internacional*, *Enciclopedia Jurídica Básica*, EJB, 353-354 (Civitas, Madrid, 1995).

Pilar Rodríguez-Mateos, *Artículo 9.5 del Código Civil*, en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, 242-259 (Manuel Albadalejo-García & Silvia Díaz-Alabart, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995).

25 Carlos Esplugues-Mota & José Luis Iglesias-Buhigues, *Derecho Internacional Privado*, 356 (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008).

Pilar Rodríguez-Mateos, *La adopción internacional*, 121-125 (Universidad de Oviedo, Oviedo, 1988).

Pilar Rodríguez-Mateos, *Artículo 9.5 del Código Civil*, en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, 242-259 (Manuel Albadalejo-García & Silvia Díaz-Alabart, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995).

la Ley nacional del adoptando. En efecto, si las condiciones previstas por el art. 19 LAI se verifican, el juez debe aplicar la Ley nacional del adoptando, porque con ello se crea una adopción internacional “de legalidad reforzada” (preparada para surtir efectos jurídicos en el país cuya nacionalidad ostenta el adoptando).

El art. 19 LAI concede un generoso “espacio aplicativo” a la Ley nacional del adoptando, porque arranca del presupuesto de que esta Ley es la Ley de la sociedad en la que, en el momento de constitución de la adopción, puede entenderse que el adoptado se hallaba integrado antes de su incorporación a la sociedad española. Y es, por tanto, la Ley del país en el que interesa, de un modo más intenso, la validez internacional de la adopción internacional constituida en España. Esta manera de entender que la Ley nacional del adoptando es la Ley que presuntamente se corresponde con el país en el que estaba integrado el adoptando permite una “aplicación ponderada” del art. 19 LAI. En efecto, si el juez comprueba que el menor no se hallaba integrado en la sociedad del país cuya nacionalidad ostenta, el mandato de aplicación de esa Ley de nacionalidad, contenido en el art. 19 LAI pierde su razón de ser (ya no interesa que la adopción surta efectos legales en el país de la nacionalidad del adoptando, pues éste no presenta un “contacto social” con ese país). En ese supuesto, el juez español, de modo motivado, puede apartarse de la letra del art. 19 LAI y no aplicar la Ley de Nacionalidad del adoptando. El juez puede encontrar una fuerte apoyatura para ese desarrollo judicial de la norma de conflicto, en la misma Exposición de Motivos de la LAI. El texto explica con claridad que la aplicación de otras Leyes extranjeras procede *ex art. 19 LAI*, cuando la constitución se rige por la Ley sustantiva española, es una operación jurídica que debe ejercerse con un “*margen de discrecionalidad judicial*”. La LAI otorga a los tribunales españoles ese margen de discrecionalidad con el objetivo de “*procurar la mayor validez internacional de la adopción constituida en España*”.

El art. 19.3 LAI dispone que no procede la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el art. 19.1 LAI cuando

se trate de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada. Este inciso acoge expresamente la tesis de los autores que estimaban que, en el caso de menores apátridas (como los procedentes del ex Sahara occidental español y los menores palestinos adoptados en España), carece totalmente de sentido aplicar la Ley de otro país (Calvo-Caravaca & Carrascosa-González).²⁶ Hay poderosas razones que avalan esta previsión del art. 19.1 LAI: (a) Como es obvio, es imposible aplicar la Ley nacional de un adoptando que carece de nacionalidad. (b) Estos menores, precisamente por su apatridia, suelen encontrarse escasamente integrados en un Estado concreto (son menores “socialmente desubicados” que incluso pueden carecer de residencia habitual en un Estado concreto). Esta circunstancia hace que carezca de sentido también aplicar la Ley del país de la residencia habitual o de la mera “situación física” o “estancia” del adoptando. En efecto, pierde también interés la validez de la adopción constituida en España en países con los que el adoptando no presenta una conexión relevante. Por tanto, en los supuestos de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada, la adopción se constituirá con arreglo, exclusivamente, a la Ley material española si los adoptandos tienen su residencia habitual presente o futura en España (art. 18 LAI).

Por otro lado, debe siempre tenerse en cuenta que la remisión a la Ley nacional del adoptando que se contiene en el art. 19 LAI no tiene “propósito localizador” (no se trata de encontrar la Ley del país “mejor situada” para regir la adopción internacional). Por ello, el reenvío de retorno que las normas de conflicto del país de la nacionalidad del adoptando pueden realizar en favor de la Ley española sigue unas “reglas específicas”. En concreto, y visto que la remisión a la Ley nacional del adoptando tiene como objetivo la validez internacional de la adopción constituir en España, el reenvío de retorno puede aceptarse sólo si ese reenvío ayuda a alcanzar la “validez internacional de la adop-

26 Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, *Adopción internacional*, en *Derecho internacional privado*, vol. II, 181-218 (Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., 8ª ed., Comares, Granada, 2007).

ción” (directriz básica que vertebra el art. 19.1 LAI). Por tanto, ese reenvío debe negarse si, por medio del mismo, se perjudica la validez internacional de la adopción en el país de la nacionalidad del adoptando.

Hay numerosos países en cuyos ordenamientos jurídicos se prohíbe la adopción (Argelia, Bangladesh, Libia, Marruecos, Mauritania, Pakistán, Sudán, etc., pues es sabido que en el Derecho musulmán clásico, la adopción no existe). Otros países no regulan ni contemplan la adopción. La pregunta surge espontánea: ¿puede, en estos casos, constituirse la adopción en España si el adoptando tiene su residencia habitual “actual” o “presente” fuera de España pero tendrá su “residencia habitual futura” en España? El Proyecto de LAI contenía una norma que impedía la adopción en el caso de menores cuya Ley nacional prohibía o desconocía la adopción (art. 19.4 del Proyecto de LAI).²⁷ Esa norma fue eliminada durante la tramitación parlamentaria del precepto. Pues bien, la cuestión de la adopción en España de un sujeto con residencia habitual presente o futura en España pero con nacionalidad de un Estado cuyas Leyes prohíben o desconocen la adopción debe ser resuelta con atención al art. 19.2 LAI. Este precepto indica que “[l]a aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo [art. 19 LAI] procederá, únicamente, cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando”. En efecto, el adoptando está integrado o va a integrarse próximamente en la sociedad “española”. En España tiene su centro social de vida. En consecuencia, la adopción se debe regir por la Ley sustantiva española y por tanto, la adopción será perfectamente posible, aunque la “Ley nacional del adoptando” no contemple la adop-

27 Art. 19.4 del Proyecto LAI (2042 *Boletín de Información del Ministerio de Justicia, BIMJ*, 1 de agosto de 2007): “En el caso de menores cuya Ley nacional prohíba o desconozca la adopción, se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en desamparo y tutelado por la Entidad Pública española de protección de menores y no sea posible su repatriación, después de haberse puesto la situación del menor en conocimiento de las autoridades competentes de su país. Ello se entiende sin perjuicio, en su caso, de la constitución de otras medidas de protección del menor”.

ción o la prohíba. La aplicación de Leyes extranjeras por el juez español *ex art. 19 LAI* sólo procede si ello potencia la validez extraterritorial de la adopción. Y, naturalmente, la “*aplicación*” o “*toma en consideración*” de las Leyes de los países que prohíben o no contemplan la adopción, en nada ayuda y en nada potencia la validez extraterritorial de la adopción constituida en España. En efecto, el ajuste de una adopción a constituir en España a los términos de una Ley extranjera que prohíbe o no contempla la adopción, no coadyuva a hacer válida en ese país. Ello puede desembocar en la constitución de una adopción claudicante, que es un resultado que la LAI trata de impedir de modo insistente (Exposición de Motivos LAI, III). Sin embargo, se trata de una “*claudicación menor*” de la adopción constituida en España, ya que el adoptando está integrado en la sociedad española (pues reside o va a residir habitualmente en España). El interés superior del menor que tiene su residencia habitual en España impone permitir su adopción en España con arreglo a la Ley española. La solución es similar a la que se sigue en Francia tras la Ley 2001-111 de 16 de febrero, relativa a la adopción internacional (art. 2: “*L'adoption du mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France*”).²⁸

Por otra parte, la capacidad de los adoptantes, sean quienes fueren, se rige siempre por la Ley material española, si el adoptando tiene o va a tener su residencia habitual en España. Por ello, la adopción será posible, aunque la Ley nacional del adoptante la prohíba.

28 Mónica Herranz-Ballesteros, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, 168-169 (Lex Nova, Valladolid, 2004).

María del Pilar Diago-Diago, *La Ley francesa número 2001-111, de 16 de febrero, relativa a la adopción internacional*, LIII *Revista Española de Derecho Internacional*, REDI, 736-739 (2001).

Paul Lagarde, *La loi du 16 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification*, *Revue Critique de Droit International Privé*, RCDIP, RCDIP, 275-300 (2001).

Marcel Revillard, *L'adoption internationale à la suite de la circulaire du 16 février 1999*, 917-931 (Defrénois, Paris, 1999).

2. Segunda excepción. Ley reguladora de otros consentimientos, audiencias o autorizaciones (art. 20 LAI)

El juez español que constituye la adopción podrá exigir, además, que se presten y lleven a cabo “*los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando*” (art. 20 LAI). Varios datos hay que precisar sobre esta segunda excepción o regla especial:

- a. Para poder exigir la observancia de estos extremos requeridos por estas Leyes extranjeras, es preciso que concurren estas circunstancias: (1) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones repercuta en interés del adoptando. Y se entenderá que concurre “*interés del adoptando*”, particularmente, si la toma en consideración de las leyes extranjeras facilita, según criterio judicial, la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto y sólo en la medida en que ello sea así. El art. 20 LAI emplea el adverbio “*particularmente*”. Por ello, pueden concurrir otros casos en los que también pueda resultar potenciado el “*interés del adoptando*”. Ejemplo: si la observancia de estos requisitos facilita el retorno del menor a su país en régimen de simple visita o estancia. (2) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones sea solicitada por el adoptante o por el Ministerio Fiscal. Estos sujetos son los garantes del interés del adoptando, y por ello son ellos los que deben solicitarlo y valorar si, en el caso concreto, es pertinente “*complicar*” la constitución de la adopción en España mediante la observancia de Leyes extranjeras, porque ello puede, al final, beneficiar la situación jurídica del menor.
- b. Se trata de un “*cúmulo parcial de Leyes estatales*”. En efecto, no se trata de aplicar “*dos Leyes estatales*” a la constitución de la adopción. La constitución de la adopción se regirá por la Ley material española, pero, *además*, se exigirán ciertos “*consentimientos, audiencias o autorizaciones*” requeridos por ciertas Leyes extranjeras. Así pues, la Ley española se aplica y rige la entera constitución de la adopción. Sin embargo,

sólo ciertos requisitos de la constitución de la adopción —los “*consentimientos, audiencias o autorizaciones*”— pueden ser exigidos con arreglo a Leyes extranjeras.

- c. Se trata de un cúmulo “*facultativo*” de Leyes. La adopción se rige por la Ley española, pero “*los consentimientos, audiencias, autorizaciones requeridas por la Ley nacional o por la Ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando*” deberán exigirse sólo si así lo estima procedente el juez competente. Argumento: el art. 20 LAI indica, con meridiana claridad, que el juez “*podrá exigir*” tales extremos. El juez no está obligado a ello en ningún caso. Para que tales extremos deban ser exigidos, es preciso que concurra petición al efecto por parte del Ministerio Fiscal o del adoptante, pero esa solicitud no es suficiente para que los consentimientos, audiencias y autorizaciones deban observarse en la constitución de la adopción que se lleva a cabo en España. La última palabra la tiene siempre el juez español competente para constituir la adopción.
- d. La razón de esta regla especial contenida en el art. 20.1 LAI es que la “*toma en consideración*” de las leyes extranjeras facilita la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto. Por ello, este inciso sólo habrá de ser observado si con ello se potencia la aludida validez internacional de la adopción.
- e. El art. 20 LAI no implica, *stricto sensu*, una “*aplicación*” cumulativa de Leyes estatales. El juez español no está obligado a “*aplicar*” varias Leyes estatales en presencia. Una “*aplicación cumulativa*” de Leyes estatales dificultaría la constitución de la adopción (y haría inútil la norma de conflicto, que existe, precisamente, para evitar la aplicación cumulativa de las Leyes de los países conectados con la adopción internacional). El art. 20 LAI no ordena al juez “*observar*” o “*aplicar*” una Ley extranjera: simplemente indica al tribunal español que puede “*exigir*” ciertos “*consentimientos, audiencias o autorizaciones*” previstos en Leyes extranjeras. En suma: el juez español debe sólo “*tomar en consideración*” las Leyes extranjeras si con ello se facilita la validez de la adopción en otros países y sólo en la medida en que ello sea así.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Batiffol, Henri & Lagarde, Paul, *Traité de Droit international privé*, t. I, 446-447 (8^o ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, LGDJ, Paris, 1993).
- Calvo-Babío, Flora, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, *Colección Ciencias Jurídicas y Sociales* (Universidad Rey Juan Carlos & Dykinson, Madrid, 2003).
- Calvo-Caravaca, Alfonso Luis & Carrascosa-González, Javier, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)* (Comares, Granada, 2008).
- Ehrenzweig, Albert A. & Jayme, Erik, *Private International Law*, vol. II (Leiden-Dobbs Ferry, New York, 1973).
- Espinar-Vicente, José María, *Nacionalidad*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, *EJB*, 4379-4385 (Civitas, Madrid, 1995).
- Espinar-Vicente, José María, *Residencia habitual (Derecho internacional privado)*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, *EJB*, 5876-5880 (Civitas, Madrid, 1995).
- Esplugues-Mota, Carlos & Iglesias-Buhigues, José Luis, *Derecho Internacional Privado*, 356 (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008).
- Esteban-de La Rosa, Gloria (coord), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas. Nuevas soluciones* (Cizur Menor, Navarra, 2007).
- Herranz-Ballesteros, Mónica, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* (Lex Nova, Valladolid, 2004).
- Jitta, José, *Método de Derecho internacional privado* (traducción de Joaquín Fernández-Prida) (La España Moderna, Madrid, 1911), 118-126 (versión fac-símil, Analecta Editorial, Pamplona, 2005).
- Mayer, Pierre & Heuzé, Vincent, *Droit international privé*, 345 (8^o ed., Montchrestien, Paris, 2004).
- Revillard, Mariel, *L'adoption internationale à la suite de la circulaire du 16 février 1999*, 917-931 (Defrénois, Paris, 1999).
- Rodríguez-Mateos, Pilar, *Adopción internacional*, *Enciclopedia Jurídica Básica*, *EJB*, 353-354 (Civitas, Madrid, 1995).
- Rodríguez-Mateos, Pilar, *Artículo 9.5 del Código Civil*, en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, 242-259 (Manuel Albadalejo-García & Silvia Díaz-Alabart, 2^a ed., Edersa, Madrid, 1995).
- Rodríguez-Mateos, Pilar, *La adopción internacional* (Universidad de Oviedo, Oviedo, 1988).
- Virgós-Soriano, Miguel & Garcimartín-Alfárez, Francisco J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional* (2^a ed., Civitas, Madrid, 2007).

CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- Calvo-Caravaca, Alfonso Luis & Carrascosa-González, Javier, *Adopción internacional*, en *Derecho internacional privado*, vol. II (Alfonso Luis Calvo-Caravaca

- & Javier Carrascosa-González, dirs., 8ª ed., Comares, Granada, 2007).
- Calvo-Caravaca, Alfonso Luis & Carrascosa-González, Javier, *Adopción internacional*, en *Derecho internacional privado*, vol. II (Alfonso Luis Calvo-Caravaca & Javier Carrascosa-González, dirs., 9ª ed., Comares, Granada, 2008), en prensa.
- Muir-Watt, Horatia, *Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de Droit International Privé)*, en *Mundialización y familia*, 11-22 (Alfonso Luis Calvo-Caravaca & José Luis Iriarte-Ángel, eds., Colex, Madrid, 2001).
- Overbeck, Alfred E. von, *L'intérêt de l'enfant et l'évolution de droit international privé de la filiation*, en *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, 361-380, 367 (Faculté de Droit de l'Université de Genève, Genève, 1979).
- Rodríguez-Mateos, Pilar, *Artículo 9.5 del Código Civil*, en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, 242-259 (Manuel Albadalejo-García & Silvia Díaz-Alabart, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995).
- Virgós-Soriano, Miguel, *Comentario al art. 9.9 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil* (Ministerio de Justicia, Madrid, 1991).

REVISTAS

- Alonso-Crespo, Evelia, *Ley de adopción internacional: formas de dejar sin efecto —o variar— una adopción de este tipo (nulidad, modificación o revisión, conversión) y sus consecuencias en la adopción nacional*, 6925 *Diario La Ley* (15 de abril de 2008), versión online.
- Álvarez-González, Santiago, *El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente*, 22 *Actualidad Civil*, 2597-2618 (2007).
- Álvarez-González, Santiago, *Reconocimiento e inscripción en el registro civil de las adopciones internacionales*, *Revista Española de Derecho Internacional, REDI*, 683-710 (2006).
- Álvarez-González, Santiago, *Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional*, 6910 *Diario La Ley* (26 de marzo de 2008), versión on line.
- Audit, Bernard, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits de lois)*, 186 *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye, RCADI*, 219-398, 275 (1984).
- Diago-Diago, María del Pilar, *La Ley francesa número 2001-111, de 16 de febrero, relativa a la adopción internacional*, LIII *Revista Española de Derecho Internacional, REDI*, 736-739 (2001).
- Jayme, Erik, *L'adozione internazionale. Tendenze e riforme*, 30 *Rivista di Diritto Civile*, 545-558 (1984).
- Jayme, Erik, *Diritto di famiglia, società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato*, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale RDIPP*, 295-304 (1993).
- Lagarde, Paul, *La loi du 16 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification*, *Revue Critique de Droit International Privé, RCDIP, RCDIP*, 275-300 (2001).

- Marina-Hernando, Alfonso, *La adopción internacional. El tráfico de menores. Mecanismos de protección y control*, 33 *Infancia y Sociedad*, *Revista de Estudios*, 201-211 (1995).
- Poisson-Drocourt, Elisabeth, *L'adoption internationale*, 76 *Revue Critique de Droit International Privé*, RCDIP, 673-710, 692 (1987).
- Rodríguez-Benot, Andrés, *El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural. Un estudio comparado de la eficacia extra-territorial de la adopción y de la Kafala*, 667 *Revista General de Derecho*, RGD, 4419-4447 (2000).
- Rodríguez-Benot, Andrés, *Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5º, del Código Civil en materia de adopción internacional*, *Revista Española de Derecho Internacional*, REDI, 810-818 (1999).
- Rodríguez-Mateos, Pilar, *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño*, XLIII *Revista Española de Derecho Internacional*, REDI, 269-272 (1991).
- Rodríguez-Mateos, Pilar, *La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989*, XLIV *Revista Española de Derecho Internacional*, REDI, 465-498 (1992).
- Rodríguez-Mateos, Pilar, *Nota a RDGRN (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado) 22 de junio de 1991*, XLIV, *Revista Española de Derecho Internacional*, REDI, 234 ss (1992).
- Tomás-Ortiz de la Torre, José Antonio, *La protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional*, 75 *Tapia*, *Publicación para el Mundo del Derecho*, 79-85 (marzo/abril de 1994).