

# ADOPCIÓN INTERNACIONAL: RELATIVIDAD DE LA EQUIVALENCIA DE EFECTOS Y SENTIDO COMÚN EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO\*

Ángeles LARA AGUADO

Profesora titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Granada

## SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.–II. INTERPRETACIÓN POR LA DGRN DE LOS EFECTOS DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES CONFORME AL DERECHO EXTRANJERO PARA SU RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA.–III. ¿ES UN REQUISITO *SINE QUA NON* LA EQUIVALENCIA DE EFECTOS COMO CONDICIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DE ADOPCIONES INTERNACIONALES?.–IV. ¿INFLUYE EL REGISTRO CIVIL EN EL QUE SE PRACTIQUE LA INSCRIPCIÓN O, EN SU CASO, ANOTACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN LA FORMA DE ENTRADA DEL MENOR EN TERRITORIO ESPAÑOL?–V. ¿DE VERDAD SON ESPAÑOLES LOS MENORES ADOPTADOS POR ESPAÑOLES?

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Cuando un jurista lee una resolución en la que la autoridad competente satisface la justicia material a través de una interpretación del Derecho extranjero atendiendo a las circunstancias del caso concreto, puede pensar que es avanzada, moderna, progresista. En realidad, se trata sólo de una actuación con sentido común, pero sorprende, porque el sentido común resulta poco corriente. Nos referimos a las Resoluciones de la DGRN de 23 de noviembre de 2006 <sup>1</sup>, (5.ª) de 1 de febrero de 2007 <sup>2</sup> y (5.ª) de 21 de febrero de 2007 <sup>3</sup> en materia de adopción internacional, que permiten la inscripción en el

---

\* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía SEJ 820: «Análisis transversal de la integración del Extranjero en la Sociedad Andaluza», financiado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa (*BOJA* núm. 138, de 18 de julio de 2005).

<sup>1</sup> *BOE* núm. 310, de 28 de diciembre de 2006.

<sup>2</sup> *BIMJ* núm. 2057, pp. 945-955.

<sup>3</sup> *BIMJ* núm. 2058, pp. 1186-1196.

Registro Civil (RC) español, de las adopciones constituidas en Etiopía por la competente autoridad extranjera a favor de matrimonios de españoles residentes en España. Nada tendrían de particular, si no fuera porque en contra de la reiterada doctrina del Centro Directivo, la DGRN reconoce unas adopciones que no conllevan la ruptura de los vínculos con la familia biológica del menor y que, por tanto, no son equivalentes a la adopción regulada por el CC español, con una argumentación que compartimos, con algunas matizaciones.

Al hilo de estas Resoluciones se suscitan una serie de interrogantes: 1) ¿Cómo se informa el Juez Encargado del RC español (municipal o consular) y la DGRN acerca del contenido del Derecho extranjero que deben tomar en consideración para decidir sobre la validez de un acto de estado civil que ha de acceder al RC español; con qué medios cuentan y qué sucede si no tienen éxito en dicha averiguación? 2) ¿Es la equivalencia de efectos un requisito imprescindible para el reconocimiento de las adopciones internacionales? 3) ¿Incide el RC en el que se haya practicado la inscripción o, en su caso, anotación con valor simplemente informativo de la adopción internacional en la forma de entrar el menor adoptado en territorio español? 4) ¿Qué sucede con la nacionalidad del Estado de origen de dichos menores?

## II. INTERPRETACIÓN POR LA D. G. R. N. DE LOS EFECTOS DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES CONFORME AL DERECHO EXTRANJERO PARA SU RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA

En el marco del RC, la obligación de aplicar el Derecho extranjero por autoridades extrajudiciales impuesta por el artículo 12.6 Cc.<sup>4</sup> viene acrecentándose cada día como consecuencia del incremento de las migraciones<sup>5</sup>. Al margen de este precepto, que actúa en el sector del Derecho aplicable, las autoridades no judiciales deben informarse acerca del Derecho extranjero en el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones en numerosas ocasiones, para decidir la admisión en España de los efectos de una institución constituida conforme a otro ordenamiento jurídico<sup>6</sup>. En el marco de las adopciones constituidas por autoridad extranjera, varios preceptos obligan a la DGRN o al Juez Encargado del RC a comprobar qué dispone el Derecho extranjero. El artículo 26.1, 2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional<sup>7</sup> impone el control de la

<sup>4</sup> Vide por todos FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Comentario al artículo 12.6.º CC», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. II, ed. Edersa, Madrid, 1995, pp. 973-1082.

<sup>5</sup> Vide BLANCO-MORALES LIMONES, P. y CABALLUD HERNANDO, A., «Inmigración y Registro Civil», *BIMJ* núm. 2059, de 15 de abril de 2008, pp. 1272 y 1298-1299; preocupación ya evidenciada hace unos años por el Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil de Palma de Mallorca: LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., «Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil», Consejo General del Poder Judicial, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, pp. 88 y 92-95.

<sup>6</sup> Vide SÁNCHEZ LORENZO, S., «Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia», *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, núm. 17, Madrid, 2005, p. 126.

<sup>7</sup> *BOE* núm. 312, de 29 de diciembre de 2007. Vide sobre la nueva Ley de adopción, entre otros, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», *Diario La Ley*, núm. 6910, Sección Doctrina, 25 de marzo de 2008, año XXIX, Ed. La Ley, pp. 1-22; *id.*, «El proyecto de Ley de adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente», *Actualidad Civil*, núm. 22,

ley aplicada por la autoridad competente del Estado de origen, de acuerdo con las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que la constituyó, lo que encuentra su justificación, según algún sector doctrinal, en el respeto al interés del menor y en la necesidad de salvaguardar la validez *ab origine* de la adopción constituida por la competente autoridad extranjera<sup>8</sup>, aunque el precepto parece más orientado hacia la salvaguardia de la armonía internacional de soluciones<sup>9</sup>. También el artículo 26.2 de la Ley 54/2007 obliga a controlar la equivalencia de las adopciones constituidas ante autoridad extranjera a la hora de proceder a su inscripción en el RC, cuando el adoptante o el adoptado sean españoles. Lo mismo sucede con el carácter irrevocable de la adopción, pues la renuncia al derecho de revocación que el artículo 26.2 *in fine* de la Ley 54/2007 exige que se efectúe antes del traslado del menor a España sólo procederá si el Derecho extranjero prevé la revocación<sup>10</sup>.

En estos supuestos, la *toma en consideración* del Derecho extranjero se hace para efectuar el control de validez de la adopción internacional, que las normas de reconocimiento imponen<sup>11</sup>. Aunque en el ámbito extrajudicial hay una mayor flexibilidad para llegar al conocimiento del Derecho extranjero, el problema fundamental será cómo hacerlo, habida cuenta de las diversas procedencias geográficas y culturales de las adopciones. A veces los particulares proporcionan los datos al Encargado del RC, otras, se recurre a la vía del artículo 91 RRC, a partir de las comunicaciones directas por correo, fax, teléfono o por vía telemática con organismos públicos, registros y en el ámbito consular<sup>12</sup>. Pero, los órganos registrales se quejan de la lentitud y falta de eficacia en la colaboración de los Consulados extranjeros y de las Administraciones públicas españolas<sup>13</sup>. Por eso, la solución a este problema –aparte de que se cree una

2.ª quincena de 2007, pp. 1-22; ESPLUGUES MOTA, C., «La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?», *Riv. dir. int. pri. pr.*, 2008, año XLIV, núm. 2, pp. 363-380.

<sup>8</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, ed. Comares, Granada, 2008, pp. 183-193, espec. pp. 187-188.

<sup>9</sup> Cabe plantearse para qué sirve un control tan estricto de la ley aplicada para asegurarnos de que la adopción es válida en el Estado de origen, si luego se permite la conversión de una adopción simple o menos plena, o incluso la transformación de una *kafala*, sin consideración del Derecho extranjero conforme al cual se ha constituido la adopción e, incluso, en contra de sus prescripciones. Más útil es el artículo 26.1º,2, que obliga a la autoridad española a cerciorarse de que todos los consentimientos exigidos por la ley extranjera reguladora de la adopción se hayan obtenido. En este sentido, Vide también ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento e inscripción en el Registro civil de las adopciones internacionales», *REDI*, vol. LVIII, 2006, pp. 692-694.

<sup>10</sup> Al margen de la normativa autónoma, vid. también los artículos 26 y 27 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (en adelante, Convenio de La Haya de 1993).

<sup>11</sup> Vide MASEDA RODRÍGUEZ, J., «La toma en consideración del Derecho extranjero por la DGRN en materia de adopción internacional», en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, ed. Iprolex, Madrid, 2003, p. 354 y SÁNCHEZ LORENZO, S., «Globalización, pluralidad cultural...», cit., p. 126.

<sup>12</sup> Consulta a la DGRN de 10 de febrero de 2005, *BIMJ* Suplemento al num. 2022, de 1 de octubre de 2006, Año LX, pp. 19-20 y Consulta a la DGRN de 2 de diciembre, ambas sobre adopción de menor vietnamita, *BIMJ* suplemento al núm. 1986, de 1 de abril de 2005, pp. 1776-1778.

<sup>13</sup> Es frecuente que muchas Embajadas y Consulados extranjeros acreditados en España se nieguen a expedir certificaciones sobre su legislación a sus propios nacionales e, incluso, a informar directamente al Juez Encargado del RC. Cfr. ALBERDI VECINO, F., «Registro civil y elemento extranjero: problemática en cuanto a ley aplicable», Consejo General del Poder Judicial: *Registro civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, pp. 55-56.

base de datos propia del RC-, podría consistir en la creación de un organismo especializado para informar de forma rápida y eficaz sobre el contenido de la legislación extranjera<sup>14</sup>. Mientras tanto, la DGRN elabora sus propias guías sobre el Derecho de los países de procedencia de los menores gracias a su participación en foros internacionales, donde se discute sobre las particularidades de los distintos ordenamientos jurídicos en cuestiones de estado civil<sup>15</sup>.

Pero, ¿qué hará el Encargado del RC cuando no pueda determinar el Derecho extranjero? No podrá simplemente aplicar, en su defecto, el Derecho del foro o buscar una solución alternativa coherente con el sistema conflictual<sup>16</sup>. De los artículos 28 LRC y 91 RRC parece desprenderse que se debe paralizar el procedimiento hasta que se obtenga la documentación requerida, bien del Consulado español o el del país de procedencia de la adopción<sup>17</sup>. Si no han intervenido las autoridades administrativas españolas y no se ha podido constatar qué establece el Derecho extranjero, no se podrá afirmar que existe equivalencia de efectos con la adopción española. El interés del menor en ser integrado plenamente en la familia adoptiva cede en estos casos, pues no se puede atribuir a una institución extranjera unos efectos que no se sabe si el Derecho del Estado de origen le atribuye. Con ello, se protegen, de alguna manera, los intereses de los progenitores biológicos del menor, pues ante la duda de si han otorgado o no sus consentimientos y si la adopción comportaba la ruptura de los vínculos con el adoptado, se opta por no inscribir la adopción como tal<sup>18</sup>. Otra opción es practicar una anotación con valor simplemente informativo, al amparo de los artículos 38 LRC y 81, 145 y 154.3 RRC, como si de un acogimiento se tratara, lo que en su día permitirá proceder, bien a la conversión de la institución extranjera en adopción española, bien a su constitución *ex novo* ante la autoridad judicial española; opciones a las que también se recurre cuando no existe equivalencia de efectos<sup>19</sup> y ello, tanto si la ley nacional del menor no prevé la adopción en los términos del Derecho español<sup>20</sup>, como si la prohíbe<sup>21</sup>. Estas soluciones, que priman el interés del menor en ser integrado en la familia de acogida por encima de la consecución de la armonía internacional de soluciones, aunque deben saludarse positi-

<sup>14</sup> LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., «Evolución estadística...», cit., pp. 94 y 132.

<sup>15</sup> Vide las *Fichas de legislación de adopción internacional por países* del Servicio de Adopción y Protección de la Subdirección General de Infancia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, publicadas en la página web de dicho Ministerio, así como VAN LOON, J. H. A., «Report on Intercountry Adoption», Hague Conference on International Private Law, abril 1990, anexo C, pp. 11-31.

<sup>16</sup> Vide GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 66-80.

<sup>17</sup> Vide ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. M., «El Registro Civil Central», *BIMJ* núm. 1834, de 1 de diciembre de 1998, p. 3454.

<sup>18</sup> Vide GUZMÁN ZAPATER, M., «Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho internacional privado clásico?», CALVO CARAVACA, A. L. e IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Mundialización y familia*, ed. Colex, Madrid, 2001, pp. 112-114.

<sup>19</sup> Lo que ha sido calificado por la doctrina como una degeneración de la adopción extranjera. Vide entre otros, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/200...op. cit.*, pp. 297-298; ESPLUGUES MOTA, C., «El nuevo régimen jurídico de la adopción...», cit., p. 66.

<sup>20</sup> Vide por todas, la Resolución DGRN de 19 de noviembre de 2005, *BOE* de 22 de diciembre de 2005.

<sup>21</sup> Vide por todas, la Resolución (2.ª) DGRN de 21 de marzo de 2006, *BOE* de 30 de mayo de 2006.

vamente, no deberían generalizarse, pues podrían volverse en contra del menor. Éste podría adquirir la nacionalidad española por opción, por haber estado sujeto a la patria potestad de un español [art. 20.1.a) CC] o adquirirla por residencia por estar sujeto a tutela, guarda o acogimiento de un español [art. 22.2.c) CC]<sup>22</sup> y, en ambos casos, aunque luego se constituyera la adopción ante las autoridades españolas, no podrá llegar a ser español de origen<sup>23</sup>. Además, en todo caso, habrá que realizar un control riguroso de los consentimientos necesarios, pues no deben olvidarse los otros sujetos implicados en la adopción internacional y que, quizás, no han prestado su consentimiento para una adopción como la prevista por el ordenamiento jurídico español<sup>24</sup>. En este sentido, la posibilidad de conversión de las adopciones simples en plenas cuando concurren los consentimientos a que se refiere el artículo 30.4 de la Ley 54/2007 merece un juicio favorable, pues permite considerar uno de los elementos que podría atentar contra un principio de orden público de nuestro ordenamiento jurídico, el de audiencia de los progenitores biológicos<sup>25</sup>. No obstante, por un lado, habrá que preguntarse cómo se lleva a cabo dicha audiencia, cómo se obtienen tales consentimientos y, qué pasa con el interés del menor, en caso de que, estando ya el menor en España, no se consiga contactar con los progenitores biológicos o éstos se opongan a otorgar el consentimiento<sup>26</sup>. Por otro lado, esas previsiones sirven de poco al condicionar la posibilidad de conversión a lo que disponga la ley reguladora de la adopción que, a la postre, puede acabar oponiéndose a la conversión<sup>27</sup>. Y, aunque el juego de las reglas reguladoras de la adopción conducirá en la mayoría de ocasiones a la aplicación del Derecho español, habrá casos en que será aplicable un ordenamiento extranjero que no permita la conversión, por lo que, lo más adecuado habría sido remitir a la aplicación de la ley española para regular la posibilidad de la conversión<sup>28</sup>.

Todo ello corrobora la necesidad de una colaboración entre las autoridades para lograr un adecuado conocimiento del Derecho extranjero, sin el cual se puede ver obstaculizado el interés superior del menor.

---

<sup>22</sup> Vide ESTEBAN DE LA ROSA (Coord.), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, ed. Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 385-402.

<sup>23</sup> Vide ESPINAR VICENTE, J. M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 93-94 y CANO BAZAGA, E., *Adopción internacional y nacionalidad española*, ed. Mergablum, Sevilla, 2001, p. 76.

<sup>24</sup> Vide las críticas que formulaba al Proyecto de Ley de adopción internacional por priorizar el carácter inmigrante del menor en lugar de su condición de menor necesitado de protección y la identificación que dicho Proyecto hacía del interés del menor con la armonía internacional de soluciones, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El proyecto de Ley sobre adopción internacional...», cit., pp. 7 y 12 y a la actual Ley 54/2007, id., «Reflexiones...», cit., p. 11.

<sup>25</sup> Vide DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, ed. Eurolex, Madrid, 1997, pp. 189-193.

<sup>26</sup> Parece que se muestra favorable a hacer primar, de todos modos, el interés superior del menor, lo que justificaría la no toma en consideración de la ausencia de dichos consentimientos como motivo de orden público para la denegación del reconocimiento de la adopción internacional DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Eficacia de las resoluciones extranjeras... op. cit.*, pp. 193 y 209-210. En el mismo sentido CALVO BABÍO, F., *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, ed. Dykinson, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2003, pp. 206 y 401-405.

<sup>27</sup> En este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones...», cit., pp. 11-12.

<sup>28</sup> Así lo planteaba CALVO BABÍO, F., *Reconocimiento en España de las adopciones simples... op. cit.*, p. 393.

### III. ¿ES UN REQUISITO *SINE QUA NON* LA EQUIVALENCIA DE EFECTOS COMO CONDICIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DE ADOPCIONES INTERNACIONALES?

Tradicionalmente, la DGRN suele ser bastante exigente con este requisito que, sin embargo, es relativo. Por un lado, hay que tener en cuenta que la integración en España de una adopción constituida ante la competente autoridad extranjera se somete a las reglas generales de reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria<sup>29</sup>. Por tanto, cuando sea de aplicación el Convenio de La Haya de 1993, la adopción concluirá con la certificación conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado de origen, debiendo ser reconocida, salvo contravención del orden público (arts. 23 y 24 del Convenio). Teniendo en cuenta que el artículo 26 del Convenio de La Haya de 1993 impone el reconocimiento de las adopciones que conlleven la ruptura del vínculo de filiación según dispone la legislación del Estado contratante en el que se haya constituido la adopción, *a sensu contrario* habrá que entender que si este ordenamiento jurídico no conlleva tal ruptura, la adopción tendrá que ser reconocida sin este efecto. Cabe la posibilidad de convertir la adopción en otra que sí lo produzca (art. 27.1), pero tendrá que permitirlo la ley del Estado de recepción y otorgarse los consentimientos necesarios. Si estos consentimientos no se otorgaran, el Convenio obliga al reconocimiento de la adopción, aunque sin el efecto de ruptura del vínculo de filiación con la familia de origen. Además, el Convenio nada dispone respecto a la posibilidad de revocación de la adopción, por lo que ésta no constituye un motivo para la denegación del reconocimiento. En consecuencia, el Convenio permite el reconocimiento de adopciones que no producen efectos equivalentes a la adopción española<sup>30</sup>.

Por lo que se refiere a la normativa autónoma, el artículo 26 de la Ley 54/2007 sí que impone como requisito que la adopción conlleve la extinción de los vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia biológica, que genere los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes<sup>31</sup>. La DGRN ya había afirmado que la equiparación no significaba una coincidencia absoluta o total, sino una equivalencia de efectos<sup>32</sup>. El establecimiento de los mismos vínculos que la filiación por naturaleza es, a juicio de la DGRN, esencial, ya que la adopción se configura en España como «una institución que procura el desarrollo integral del niño en el seno de una familia estableciendo el mismo vínculo de filiación

<sup>29</sup> Vide por todas, la Resolución DGRN de 23 de febrero de 2001, *RJ* 2001/3857.

<sup>30</sup> Vide por todos, CARRILLO CARRILLO, B. L., «La adopción internacional en España», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 21, 2003, pp. 170 y 177-180; id., *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*, Granada, ed. Comares, 2003.

<sup>31</sup> Equiparación que sólo se exige cuando el adoptante o el adoptado sea español: CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007... op. cit.*, pp. 203-204. En sentido crítico, entre otros, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Adopción internacional y sociedad multicultural», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gastéiz*, 1998, p. 184; id., «Reconocimiento e inscripción...», cit., pp. 694-695.

<sup>32</sup> Vide la Res.-Circular de la DGRN de 31 de octubre de 2005 en materia de adopciones internacionales, *BOE* núm. 308, de 26 de diciembre de 2005 y la Resolución Circular de 15 de julio de 2006, sobre reconocimiento e inscripciones en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, *BOE* núm. 207, de 30 de agosto de 2006.

que el que tienen los hijos por naturaleza»<sup>33</sup>, lo que implica, que la única adopción que puede ser reconocida como tal es la que crea un *status familiae*, una relación no sólo con el adoptante, sino también con su familia, con el mismo contenido de derechos y deberes que se derivan del vínculo de filiación natural. La extinción de vínculos con la familia biológica, para la DGRN es consecuencia de lo anterior e implica que la filiación no puede compartirse entre dos familias<sup>34</sup>. No obstante, como la propia DGRN reconoce, la ruptura de los vínculos con la familia de origen no es un dato determinante ni en la adopción regulada en el CC, ni en la legislación autonómica<sup>35</sup>, que prevé supuestos en que no se produce tal ruptura<sup>36</sup>. Por último, el requisito de irrevocabilidad de la adopción, entiende la DGRN que se refiere únicamente a la imposibilidad de que aquélla sea revocada por los adoptantes<sup>37</sup>. La revocación judicial o decretada por la autoridad judicial requeriría analizar caso a caso para ver las causas a las que ha podido responder, ya que el ordenamiento jurídico español admite excepcionalmente la revocación judicial de la adopción, cuando el padre o la madre, sin culpa suya, no han intervenido en el expediente de adopción (art. 180.2 CC)<sup>38</sup>.

La cuestión es saber si dichos requisitos deben interpretarse de manera estricta o si cabe alguna flexibilización de los mismos, atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, hay que saludar positivamente la actitud que está adoptando la DGRN en las Resoluciones (5.ª) de 23 de noviembre de 2006, (5.ª) de 1 de febrero de 2007 y (5.ª) de 21 de febrero de 2007, al tomar en consideración todos los datos del caso, especialmente el interés superior del menor, para llegar a la conclusión de que, aunque el Derecho extranjero conforme al cual se ha constituido la adopción prevea la no extinción de los vínculos con la familia biológica, ello no implica que no exista equivalencia de efectos con la adopción española. Actuando con un criterio de cordura, la DGRN mantiene, aunque no lo dice así expresamente, que la equivalencia de instituciones no puede valorarse a la luz de las prescripciones genéricas del Derecho extranjero, sino que hay que comprobar si los efectos que la adopción produce, conforme al Derecho extranjero, son inadmisibles en España, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en la adopción de cuyo reconocimiento se trata. Flexibilidad que, por otro lado, ya había manifestado la DGRN en otras ocasiones: en la Resolución

<sup>33</sup> Entre otras, vide la Consulta a la DGRN de 30 de mayo de 2006, sobre los requisitos de inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, *BIMJ* Suplemento al núm. 2022, año LX, p. 38; Consulta de 10 de febrero de 2005, *Anuario DGRN* 2005, vol. III, pp. 3300-3301; Res. DGRN (3.ª) de 24 de septiembre de 2002, *Anuario DGRN* 2002, vol. II, pp. 3962-3964.

<sup>34</sup> Entre otras, Res. DGRN (1.ª) de 6 de abril de 2006, *Anuario DGRN* 2006, vol. III, pp. 3581-3583; (3.ª) de 4 de julio de 2005, *Anuario DGRN* 2005, vol. III, pp. 4691-4693.

<sup>35</sup> Vide sobre las peculiaridades de la adopción regulada por la legislación catalana y navarra CALVO BABÍO, F., *Reconocimiento en España de las adopciones simples...* op. cit., pp. 156-161.

<sup>36</sup> Son los casos de adopción del hijo del consorte, cuando éste hubiera fallecido o el otro progenitor no esté legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo vaya a persistir (art. 178 CC).

<sup>37</sup> Entre otras, vide la Res. DGRN (1.ª) de 6 de abril de 2006, *Anuario DGRN*, 2006, vol. III, pp. 3581-3583; la Consulta a la DGRN de 22 de diciembre de 2004, *BIMJ* suplemento núm. 1986, de 1 de abril de 2005, pp. 1781-1782; Res. (3.ª) de 14 de febrero de 1998, *Anuario DGRN*, 1998, vol. II, pp. 2246-2250.

<sup>38</sup> Vide entre otras, la Consulta a la DGRN de 10 de febrero de 2005, *Anuario DGRN*, 2005, vol. III, pp. 3300-3301; Res. DGRN de 30 de marzo de 1999, *Anuario DGRN*, 1999, vol. II, pp. 3108-3112 y Res. DGRN (1.ª) de 11 de marzo de 1997, *Anuario DGRN*, 1997, vol. I, pp. 1434-1436.

de 5 de febrero de 1998<sup>39</sup> puso de manifiesto la necesidad de tener en cuenta el espíritu que emana de las normas o instituciones que se comparan para comprobar su adecuación a la ley española<sup>40</sup>. Este propósito condujo a la DGRN a admitir, en contra de todo pronóstico, que la adopción nepalí puede ser reconocida en España, pese a que sólo es revocable cuando de varones se trata<sup>41</sup>. El hecho de que esta distinción vulnere el orden público español le permitió concluir en interés del menor que la adopción nepalí es irrevocable para varones y hembras<sup>42</sup>.

Además, cierta flexibilidad se manifiesta también en el plano normativo. El artículo 26 de la Ley 54/2007 prevé, en interés del menor, la posibilidad de reconocer adopciones revocables por los particulares, siempre que el adoptante renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla antes del traslado del menor a España<sup>43</sup>. Por ello, aunque el Derecho etíope tenga preceptos muy claros respecto a la no extinción de vínculos<sup>44</sup>, éstos no se pueden mantener cuando el menor es huérfano o ha sido abandonado por sus progenitores y no se conoce quiénes son éstos. De allí que una adopción constituida en tales circunstancias no produciría en España efectos incompatibles con la adopción española. La DGRN hace una documentada reflexión sobre los objetivos perseguidos por el Derecho etíope y se plantea todas las situaciones posibles en que un menor etíope puede ser adoptado: siendo sus progenitores biológicos conocidos, habiendo sido abandonado y desconociéndose sus orígenes biológicos, estando sus progenitores incapacitados, siendo huérfano... Y concluye que sólo procede denegar el reconocimiento cuando sea factible el mantenimiento de los vínculos: progenitores conocidos, que no hayan fallecido, no estén incapacitados y no se encuentren en paradero desconocido<sup>45</sup>. Este proceder no esconde ningún prejuicio relacionado con una determinada política migratoria, pues migrantes son tanto los menores extranjeros desamparados adoptados por españoles, como los menores extranjeros vinculados a su familia biológica y adoptados por españoles naturalizados, con independencia de que los menores accedan a la nacionalidad española por vías diferentes<sup>46</sup>.

En la misma línea, en la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales<sup>47</sup>, mantuvo la DGRN que hay que analizar caso por caso para ver las causas a que

<sup>39</sup> *BIMJ* núms. 1827-1828, pp. 2158-2162.

<sup>40</sup> Estas manifestaciones de flexibilidad ya fueron percibidas en su momento por S. Álvarez González, quien destacó la necesidad de una «profundización real en el alcance del Derecho extranjero [...] a fin de realizar una valoración ponderada de la equivalencia entre la adopción constituida en el extranjero y la española»: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Adopción internacional y sociedad multicultural», cit., pp. 206 y 207-208.

<sup>41</sup> Vide SÁNCHEZ LORENZO, S., «Globalización...», cit., p. 126.

<sup>42</sup> Vide las Res. DGRN de 16 de febrero de 1998, *BIMJ* núm. 1829, pp. 2285-2289; de 25 de marzo de 1998, *BIMJ* núm. 2598, pp. 2599-2602; de 18 de abril de 1998, *BIMJ* núm. 1832, pp. 2741-2744, entre otras.

<sup>43</sup> Entre otros, ESPINOSA CALABUIG, R., «Una nueva reforma en materia de adopción internacional en España», *R.G.D.*, núm. 667, 2000, pp. 8-15; ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I., *Adopción internacional*, ed. Colex, Madrid, 1998, pp. 165-166.

<sup>44</sup> La DGRN cita el artículo 183, número 1 del Código de Familia Revisado (Proclamation nº 213/2000, de 4 de julio) publicado en la *Federal Negarit Gazette de Addis Abeba*, según el cual, el niño adoptado conservará sus vínculos con la familia de origen.

<sup>45</sup> Así lo estableció en su Res. de 6 de abril de 2006, *Anuario DGRN*, 2006, vol. III, pp. 3581-3583.

<sup>46</sup> No parece entenderlo así GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Nota introductoria», *AEDIPr.*, 2006, p. 1068.

<sup>47</sup> *BOE* núm. 207, de 30 de agosto de 2006, p. 31365.

<sup>48</sup> Vide la Res. DGRN de 11 de marzo de 1997, *BIMJ* núm. 1823, pp. 1509-1511.

pueda responder la revocación judicial de la adopción y tener en cuenta que el ordenamiento jurídico español también admite excepcionalmente la revocación judicial cuando el padre o la madre, sin culpa suya, no hayan podido intervenir en el expediente de adopción que prevé el artículo 180 CC. Por eso, no hay inconveniente en admitir en España estas adopciones, cuyos efectos derivados del ordenamiento jurídico extranjero, son admisibles en España<sup>48</sup>. Lo que está haciendo la DGRN al interpretar la equivalencia de efectos no es más que la práctica que se sigue cuando de apreciación de la contravención del orden público internacional se trata: la autoridad española no debe denegar el reconocimiento de la resolución extranjera cuando se ha aplicado una norma contraria a nuestro orden público, sino que debe comprobar si el resultado que se lograría mediante el reconocimiento en España de dicha resolución es radicalmente incompatible con los principios fundamentales y valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

Pero si el interés superior del menor, unido al sentido común, nos conducen a admitir como razonable el reconocimiento de una adopción extranjera cuyos efectos no son iguales a los previstos por la adopción española en abstracto y sí en el caso concreto, habría que plantearse ahora qué razones llevan a la DGRN a no admitir el reconocimiento de adopciones internacionales en las que el vínculo de filiación no se rompe en el Estado de origen del menor o que no crean exactamente el mismo vínculo de filiación que la adopción española. Si el legislador español ha previsto la posibilidad de renunciar a la revocación de la adopción, no debería haber obstáculo para que se admitiera la renuncia al mantenimiento de los vínculos de filiación con la familia biológica del menor. Ciertamente, en el caso de la renuncia a la revocación nos hallamos ante una previsión legal expresa que no existe en el caso del mantenimiento de los vínculos de filiación. Pero, ¿qué lleva al legislador a admitir un supuesto y no otro? Y, como ya se ha planteado la doctrina, ¿cómo es que no plantea dudas la admisión de esta renuncia a la revocación cuando sea contraria al Derecho extranjero? O, incluso, ¿por qué se permite la conversión de una adopción simple o de una *kafala* en adopción plena, cuando esto no está permitido por la legislación del Estado de origen del menor donde se ha constituido la medida de protección?<sup>49</sup> Parece que es porque el interés superior del menor se coloca por encima de los demás intereses presentes en la institución de la adopción, hasta el punto de justificar, en unos casos la conversión de la adopción y en otros la constitución *ex novo* de la misma, sin tomar en consideración una ley extranjera que no admita esta forma de adopción, aunque ello conlleve la creación de situaciones claudicantes<sup>50</sup>. Pero, entonces, ¿qué diferencia hay entre reconocer la adopción internacional no equivalente a la española, si en su constitución se han observado todas las garantías necesarias, una vez que se obtengan los consentimientos y constituir *ex novo* la adopción en España desconsiderando el Derecho extranjero que se opone a ella?<sup>51</sup>

<sup>49</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Adopción internacional y sociedad multicultural», cit., p. 202; id., «El proyecto de Ley de adopción internacional...», cit., p. 11.

<sup>50</sup> MUIR-WATT, H., «Vers l'inadoptabilité de l'enfant du statut personnel prohibitif? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999-3, pp. 469-492.

<sup>51</sup> Vide en la misma línea, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Nota introductoria», cit., p. 1067 y CALVO BABÍO, F., *Reconocimiento en España de las adopciones simples... op. cit.*, p. 237.

<sup>52</sup> Vide el Reglamento (CE) 539/2001, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros

#### IV. ¿INFLUYE EL REGISTRO CIVIL EN EL QUE SE PRACTIQUE LA INSCRIPCIÓN O, EN SU CASO, ANOTACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN LA FORMA DE ENTRADA DEL MENOR EN TERRITORIO ESPAÑOL?

En su Resolución (5.<sup>a</sup>) de 1 de febrero de 2007, la DGRN recomienda que no se practiquen las inscripciones de nacimiento de los menores extranjeros adoptados por españoles en los Registros Civiles Consulares, «*para evitar la violación de la normativa interna española sobre extranjería, que no contempla obviamente la expedición de visados de entrada en España respecto de españoles, por lo que resulta preferible diferir el reconocimiento de la adopción y de la nacionalidad española (art. 19.1 CC) a un momento posterior a la entrada del niño adoptado en territorio español, solicitando, una vez obviado el anterior obstáculo, la inscripción de nacimiento del niño y de la misma adopción en cualquiera de los Registros civiles municipales o Central competentes (cfr. art. 16 LRC, redactado por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre)*». Aunque esta es una cuestión que puede llegar a preocupar a la doctrina, en el terreno práctico se suele solventar sin mayores dificultades, pese a que para facilitar la entrada de los menores adoptados en España, en los supuestos en que para ello se precise visado<sup>52</sup>, se recurra a una aplicación forzada de la normativa de extranjería. Vamos por partes.

La regla general es que la adopción de menores por adoptantes españoles debe acceder al RC español (art. 15 LRC). Al ser la adopción una inscripción marginal a la de nacimiento (art. 46 LRC), está supeditada a la inscripción de nacimiento, a cuyo margen debe practicarse. El punto de partida es el artículo 16 LRC, según el cual, los nacimientos se inscriben en el RC Municipal o Consular del lugar en que acaecen. Por tanto, si el nacimiento del menor ha acaecido en el extranjero, el RC competente para la práctica de dicha inscripción sería el RC Consular. Esta regla sigue siendo válida, pese a la excepción prevista en el artículo 68 RRC, según la cual, «*Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor estuviere domiciliado en España, deberá practicarse antes la inscripción en el Registro Central y después, por traslado, en el Consular correspondiente*»<sup>53</sup>. Aunque el tenor literal del precepto parece indicar que es imperativa la inscripción en el RCC, viene siendo habitual que se admita la inscripción practicada en el RC Consular, ya que el artículo 24 LRC no define exactamente quién es el promotor y si incluye sólo a las personas designadas por la ley como obligadas a promover la inscripción, o también a aquéllas a las que se refiere el hecho

---

países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. Vide CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOA GONZÁLEZ (dir.), *Curso de nacionalidad y extranjería*, ed. Colex, Madrid, 2007, pp. 159-160 y 184-189.

<sup>53</sup> La acreditación del domicilio en España se efectúa mediante certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento, aunque la DGRN tiene un criterio flexible, al atribuir competencia al Registro Civil Central cuando consta la residencia habitual o de hecho. Vide GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, J. V., «El Registro Civil Central: su coordinación con otros Registros Civiles», Consejo General del Poder Judicial, *El Registro de los actos del estado civil: su protección y garantía jurisdiccional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, p. 308.

<sup>54</sup> Vide la Res.-Circular de 15 de julio de 2006, cit., p. 31364.

inscribible. Por eso, la DGRN admite que, puesto que el menor adoptado tiene su domicilio en el extranjero, el Registro competente es también el Consular<sup>54</sup>.

Esta competencia tanto del RC Central como del RC Consular es compartida también por los RC Municipal correspondiente al domicilio de los promotores, a raíz de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad<sup>55</sup>, que permite a los adoptantes solicitar de mutuo acuerdo la inscripción principal de nacimiento y marginal de adopción directamente en el RC de su domicilio (art. 16 LRC)<sup>56</sup>. Así se facilita la documentación como español del menor adoptado. Los promotores pueden solicitar la práctica de una nueva inscripción de nacimiento en la que consten los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia, en su caso, al matrimonio de éstos, así como que figure su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado, sin que se haya practicado previamente la inscripción en el RC Central<sup>57</sup>, con lo que se salvaguarda el derecho a la intimidad personal y familiar del menor adoptado<sup>58</sup>. Cuando se haga uso de esta facultad, el Encargado del RC Municipal correspondiente al domicilio de los promotores deberá remitir dos duplicados, uno para el RC Central y otro que éste reenviará al RC Consular<sup>59</sup>. Esto implica que, a elección de los adoptantes, la inscripción se puede practicar tanto en el RC Consular, como en el RC Central como en el RC de su domicilio<sup>60</sup>.

Pero, aun reconociendo la triple competencia, la DGRN, en su Resolución (5.ª) de 1 de febrero de 2007, recomienda a los adoptantes españoles que pospongan la inscrip-

<sup>55</sup> BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2005.

<sup>56</sup> Vide al respecto DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., «La inscripción de la adopción internacional en el Registro Civil», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. I, 2002, pp. 465-472; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Nota introductoria», cit., pp. 1066-1069.

<sup>57</sup> Vide DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «Adopción internacional y modificación registral del domicilio del adoptado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 695, 2006, pp. 1196-1199.

<sup>58</sup> Vide MASEDA, J., «Nueva normativa registral sobre adopción internacional. La modificación de los artículos 20.1 y 16 LRC por la Ley 15/2005 y por la Ley 24/2005», *REDI*, vol. LVII, 2005, pp. 1196-1201.

<sup>59</sup> Cuando se solicite la inscripción de la adopción en el RC del domicilio de los promotores, ya sea en el RC principal, ya en el delegado, se puede hacer constar como lugar de nacimiento del menor el domicilio de los padres adoptivos o dejar como lugar de nacimiento el real (vide la Instrucción de 28 de febrero de 2006, de la DGRN, sobre competencia de los Registros Civiles Municipales en materia de adquisición de nacionalidad española y adopciones internacionales, *BOE* núm. 71, de 24 de marzo de 2006). En cambio, en los casos en que la filiación adoptiva se haya inscrito en el RC Central, deberá figurar como lugar de nacimiento del menor extranjero el verdadero lugar y no el domicilio de los padres adoptivos, ya que la inscripción de nacimiento del menor revelaría su filiación adoptiva (vide la Resolución-Circular de la DGRN de 31 de octubre de 2005, en materia de adopciones internacionales, *BOE*, núm. 308, de 26 de diciembre de 2005, p. 42211. Vide igualmente, FELIU REY, M. I., «Adopción internacional, protección de la intimidad personal y familiar y Registro civil», *La Ley*, núm. 6268, de 6 de junio de 2005, pp. 1-21, espec. pp. 5-6). Lo que sí se puede es, una vez practicada la inscripción inicial de nacimiento y la marginal de adopción, pedir el traslado de la inscripción al RC del domicilio, para que allí se practique la subsiguiente inscripción de la filiación adoptiva con el cambio del lugar de nacimiento por el del domicilio.

<sup>60</sup> Sobre las reglas de actuación en caso de que los adoptantes tengan su domicilio en un municipio en el que no exista Juzgado de Primera Instancia y las actuaciones que debe realizar el Juzgado de Paz o RC delegado vide la Instrucción de 28 de febrero de 2006, sobre competencia de los Registros Civiles Municipales en materia de adquisición de nacionalidad española y adopciones internacionales, *BOE* núm. 71, de 24 de marzo de 2006, pp. 11532-11533 y la Instrucción de 28 de mayo de 2008, sobre funcionamiento y organización de los Registros Civiles delegados a cargo de los Juzgados de Paz y su informatización, *BOE* núm. 146, de 17 de junio de 2008.

<sup>61</sup> Así sucede con las adopciones de menores de nacionalidad china.

ción hasta el momento en que los menores adoptados se hallen en España, «para evitar la violación de la normativa interna española sobre extranjería...». Lo que sucede es que, en ocasiones, la normativa del Estado de origen del menor exige que, antes de la salida del menor de su territorio se haya practicado o solicitado la inscripción en el RC Consular del Estado de recepción <sup>61</sup>, lo que obliga a los españoles a solicitar la inscripción del nacimiento y adopción del menor en el Consulado español <sup>62</sup>. En los casos en que se practique la inscripción de nacimiento y marginal de adopción en el RC Consular español, el menor adoptado por españoles es español (art. 19.1 Cc), pues el control de la validez de la adopción ya se ha efectuado y se produce el efecto atributivo de la nacionalidad española, que permite documentar como español al menor. No obstante, la práctica suele diferir bastante de la teoría <sup>63</sup>, de modo que la solicitud de inscripción cuando el menor aún está en el Estado de origen no conlleva siempre la inscripción inmediata de la adopción. Solicitud de inscripción no equivale a atribución de la nacionalidad española (art. 19.1 Cc) hasta que no se proceda al control para su validez en España. La respuesta no es diferente cuando la adopción provenga de un Estado miembro del Convenio de La Haya de 1993, pues aunque la certificación conforme al Convenio acredita los vínculos de filiación, puede tratarse de una adopción simple, que no conlleva la atribución de la nacionalidad española. En consecuencia, aunque los progenitores soliciten la inscripción de la adopción en el RC consular, es habitual que al menor no se le entregue inmediatamente el pasaporte español y que la salida del Estado de origen se produzca con el pasaporte de ese Estado. Posteriormente, cuando reciben el certificado de la inscripción de nacimiento del menor, los adoptantes españoles solicitan el traslado de la inscripción al RC de su domicilio y comienzan con los trámites para documentar a su hijo en España. Desde esta perspectiva, no se produciría una «vulneración» de la normativa de extranjería por el hecho de que el menor necesite un visado para entrar en España <sup>64</sup>, pues, a pesar de que la nacionalidad española se adquiere desde el momento de la adopción, es necesario que, efectivamente se trate de una adopción en los términos previstos en la normativa española, por lo que necesitará pasar el control de su validez y, hasta entonces, seguirá siendo formalmente un extranjero. Otra cosa es que, después de efectuar el reconocimiento de la adopción, los efectos de la nacionalidad se retrotraigan al momento de constitución de la misma <sup>65</sup>. La pregunta es por qué las autoridades consulares no pueden practicar la inscripción a tiempo para poder documentar a los menores adoptados por

---

<sup>62</sup> Vide RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «Algunos aspectos del Derecho de extranjería en la adopción internacional», en GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ BENOT, A. (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001, pp. 257-258.

<sup>63</sup> En el mismo sentido: GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1996, núm. 2, pp. 323-324.

<sup>64</sup> Siempre que se trate de un nacional de un Estado al que se requiera visado, pues la condición de nacional de estos Estados prima sobre la condición de familiar de ciudadano de la UE. Vide JIMÉNEZ BLANCO, P., «Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea», PRESNO LINERA, M. A. (Coord.), *Extranjería e Inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 102.

<sup>65</sup> ESPINAR VICENTE, J. M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 66.

<sup>66</sup> Asunto C-459/99, MRAX, <http://curia.eu.int/jurisp>.

españoles antes de su salida del Estado de origen, habida cuenta de que tienen todos los datos para poder averiguar si la adopción reúne los requisitos para ser equiparada a la adopción española. Habrá que acelerar estos trámites, dotando de mayor infraestructura a los Consulados y de más formación a su personal. Ahora bien, ¿este proceder es compatible con las consecuencias que la doctrina extrae de la STJCE de 25 de julio de 2002?<sup>66</sup>: no podría exigirse visado a un familiar de comunitario para la entrada en territorio español, si se acreditan los vínculos familiares<sup>67</sup>. El documento extranjero en el que consta la adopción es un medio de prueba de la existencia de algún tipo de vínculo, pero hasta que no se efectúe el oportuno control, no se sabrá con certeza qué clase de vínculo es y si permite considerar al menor como descendiente del reagrupante. Además, como ha destacado la doctrina, la inclusión de los familiares de españoles en el ámbito de aplicación del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo es una decisión del legislador español, que no deriva de las exigencias del Derecho comunitario, por lo que no podría alegarse la vulneración de éste para oponerse a las exigencias del Derecho interno<sup>68</sup>.

Ahora bien, ¿qué tipo de visado se les concede a los menores? Los Consulados vienen concediendo unos visados que presuponen que los vínculos familiares ya existen, cuando en realidad, aún no se han constatado, pues la adopción no ha pasado los controles oportunos, pues si lo hubiera hecho, ya no sería necesario el visado. Son los visados de residencia por reagrupación familiar con fines de adopción, que tienen su propia clave (RFA), distinta del código del visado de reagrupación familiar del régimen general<sup>69</sup>, y que se obtienen una vez que los adoptantes han conseguido un informe certificado de la entidad pública correspondiente a su domicilio donde se acredita que está en trámites la adopción y que los adoptantes han obtenido la idoneidad, así como una Resolución de la Delegación o Subdelegación del Gobierno, según proceda, correspondiente a su domicilio, en la que se da la conformidad al certificado de idoneidad de los adoptantes. Esta documentación será imprescindible para que el Consulado español correspondiente expida el visado al menor<sup>70</sup>.

El problema que plantea este proceder es su cobertura legal. Por un lado, hay que resolver si la normativa aplicable es el RD 240/2007<sup>71</sup>, o si es de aplicación la

<sup>67</sup> Vide JIMÉNEZ BLANCO, P., «Las libertades de circulación y de residencia...», cit., p. 103.

<sup>68</sup> *Loc. cit.*, p. 99.

<sup>69</sup> Vide QUIRÓS FONS, A., *La familia del extranjero. Regímenes de reagrupación e integración*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 257.

<sup>70</sup> Una vez que los menores extranjeros entran en España, los progenitores tienen el plazo de un mes para solicitar la tarjeta de residencia en la Comisaría de Policía, puesto que el visado contiene ya la autorización de residencia que los habilita para residir en España por un año. Así permanecerá el menor extranjero documentado hasta que se haya practicado su inscripción de nacimiento y marginal de adopción en el RC español, lo que conllevará la atribución de la nacionalidad española de origen desde el momento de la adopción y permitirá documentarlo como español, con su DNI y pasaporte.

<sup>71</sup> En este sentido, si bien con respecto a la normativa anterior, entre otros, ADROHER BIOSCA, S., «Puntos capitales de familia en su dimensión internacional», AA.VV., *Marco jurídico de la adopción internacional*, Asociación Española de Abogados de Familia, ed. Dykinson, 1999, p. 141. Vide también CANO BAZAGA, E., *Adopción internacional y nacionalidad española... op. cit.*, pp. 94-95, defendiendo la aplicación del régimen comunitario para analizar la regularidad de la residencia del adoptado en caso de adquisición por residencia.

<sup>72</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «Algunos aspectos del Derecho de extranjería...»,

Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y su Reglamento de desarrollo <sup>72</sup>. De conformidad con la disposición adicional vigésima c) del Reglamento de la LO 4/2000 <sup>73</sup> es aplicable la normativa comunitaria a los descendientes directos de españoles menores de 21 años, cuando le acompañen o se reúnan con él. Ahora bien, el menor adoptado ¿entra en este apartado, si la adopción aún no ha sido reconocida en España? Técnicamente no, pues para ello es necesario que exista el vínculo que justifica la inclusión de estos menores en el ámbito del RD 240/2007. De la documentación que se presenta en la Delegación o Subdelegación del Gobierno correspondiente se puede desprender que alguna vinculación surgirá de la adopción, pero hasta que no se proceda al reconocimiento de la misma no se puede precisar si dicho vínculo es el de filiación o si sólo transmitirá la representación legal del menor. Por tanto, sólo debería proceder la aplicación del RD 240/2007 cuando se sabe de antemano que la adopción surte los mismos efectos que en España. Pero, en ese caso, no debería ser un visado el que se concediera al menor adoptado, sino directamente el pasaporte.

La situación no se soluciona aplicando la LO 4/2000 y su Reglamento de desarrollo, porque esta normativa de extranjería no contempla expresamente ningún visado con fines de adopción y el visado por reagrupación familiar requiere la previa acreditación de los vínculos familiares, que es, precisamente, lo que se discute en estos supuestos, salvo que se efectúe una interpretación anticipatoria del susodicho vínculo <sup>74</sup>. Y si se hace esta interpretación, lo procedente no sería la aplicación del régimen general de extranjería, sino del RD 240/2007 y, como se ha indicado antes, la no necesidad de visado, cuando el menor adquiriera la nacionalidad española.

La Dirección General de Inmigración distingue dos supuestos en que se pretende la entrada en territorio español de un menor sobre el que se haya constituido en el Estado de origen una *kafala* <sup>75</sup>. El primero se refiere a los casos en que aquélla ha sido constituida por autoridad pública extranjera, sin intervención de sus progenitores, bien porque el menor sea huérfano, bien porque haya sido declarado en desamparo. En la medida en que dicha *kafala* establece entre el menor extranjero y el ciudadano español un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa, el ciudadano español se considerará su representante legal y la acogida tendrá carácter permanente. Esto implica que la entrada del menor en España se producirá previa obtención de un visado. No obstante, la DGI no deja claro si es de conformidad con el RD 240/2007 o si lo es conforme a lo previsto en

---

cit., pp. 266-267, quien considera que debe concedérseles un «visado de residencia otras causas». Igualmente, si bien respecto a la normativa anterior, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: normas sobre adopción internacional», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, p. 504.

<sup>73</sup> Introducida en virtud del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, *BOE* núm. 51, de 28 de febrero.

<sup>74</sup> Respecto a la anterior normativa de extranjería, criticando la utilización del visado por reagrupación familiar cuando la adopción aún no había sido reconocida en España y valorando acertadamente la vía del visado «por otros motivos», BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Los estatutos de los extranjeros en España», *Extranjería e inmigración en España y en la Unión Europea*, Colección Escuela Diplomática, Madrid, 1998, núm. 3, pp. 20-21; id., «La regulación de la adopción en España: examen particular de la adopción internacional», *Anuario de Psicología*, núm. 71, 1996, pp. 16-17.

<sup>75</sup> Sobre los distintos tipos de *kafalas*, vide por todos, OUALD ALI, K. y SAGHIR, T., «IV. Acercamiento a la adopción en los países del Magreb», ESTEBAN DE LA ROSA, G. (Coord.), *Regulación de la adopción internacional... op. cit.*, pp. 84-113.

<sup>76</sup> Instrucción de la Dirección General de Inmigración DGI/SGRJ/06/2007, sobre *kafala*, de 27 de

la Ley Orgánica 4/2000. Sólo precisa que se aplicará la LO 4/2000, en caso de que al menor no le sea aplicable la disposición adicional vigésima 1 c) del Reglamento de la LOE<sup>76</sup>. Pero, ¿cuándo será eso: cuando no puedan acreditarse los vínculos?

El segundo supuesto es la *kafala* constituida por los padres biológicos del menor, con independencia de que haya intervenido en el proceso una autoridad pública, judicial o administrativa. En este caso, no puede considerarse que dicha *kafala* genere entre el menor extranjero y el español un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa, por lo que el español no es el representante legal del menor extranjero. Esto implica que el acogimiento tiene carácter temporal, por lo que no se podrá conceder un visado de residencia por reagrupación familiar<sup>77</sup>, sino que deberá regularse el régimen del menor de conformidad con el artículo 93 del Reglamento de la LOE, que exige la obtención de un visado de estancia con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones<sup>78</sup>.

En caso de que el menor sea desplazado a España para que se constituya la adopción ante autoridad española, bien porque en el Estado de origen no se permita la adopción, bien porque no se admita a favor de extranjeros residentes en el extranjero, como es el caso de India o Chile, suele constituirse en el Estado de origen una tutela, que autoriza al adoptante a desplazarse con el menor al extranjero. El menor tendrá que obtener en el Consulado un visado que la doctrina denomina de residencia «otras causas», siéndole de aplicación el régimen general de la normativa de extranjería<sup>79</sup>. Para ello, se requiere presentar la resolución formal de la autoridad competente del Estado de origen por la que se confía la tutela a un español con domicilio en España, en la que se hará constar que se hace con fines de adopción en el extranjero. Dicha resolución debe contener la autorización para que el menor salga al extranjero a vivir con la familia adoptante y que el menor ha sido declarado desamparado o que se ha prestado el consentimiento de los padres<sup>80</sup>.

## V. ¿DE VERDAD SON ESPAÑOLES LOS MENORES ADOPTADOS POR ESPAÑOLES?

Esta pregunta no debería ofrecer duda, a tenor del artículo 19.1 CC, que atribuye a los menores adoptados por españoles la nacionalidad española desde la adopción, al igual que otros países receptores de menores adoptados, como Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Italia, Países Bajos, Suiza, Irlanda, Grecia...). Aunque algunos países de procedencia del

---

septiembre de 2007, cuyo texto puede consultarse en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Inmigración y Emigración, enlaces externos, [extranjeros.mtin.es](http://extranjeros.mtin.es).

<sup>77</sup> Instrucción de la Dirección General de Inmigración DGI/SGRJ/01/2008, sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal, de 17 de enero de 2008: [extranjeros.mtin.es](http://extranjeros.mtin.es).

<sup>78</sup> Instrucción de la Dirección General de Inmigración DGI/SGRJ/06/2007, sobre *kafala*, de 27 de septiembre de 2007.

<sup>79</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La aplicación en España del Convenio de La Haya...», cit., p. 324; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «Algunos aspectos del derecho de extranjería...», cit., con cita de una Instrucción-Consulares núm. 404, de 11 de noviembre de 1996, sobre los criterios que rigen la actuación consular en materia de adopción internacional.

<sup>80</sup> Sobre la entrada de menores adoptados por extranjeros residentes en España, vide LARA AGUADO, A., «La adopción de menores extranjeros como vía de inmigración en Andalucía», en prensa.

<sup>81</sup> Este es el caso de China, que considera que la atribución de la nacionalidad del Estado receptor

menor imponen a los países que cooperan con ellos en materia de adopción internacional una condición para que la adopción se lleve a cabo –la adquisición de la nacionalidad del Estado receptor–, tanto si aquellos países son miembros del Convenio de La Haya de 1993 como si no<sup>81</sup>, lo cierto es que los Estados de recepción de los menores adoptados no están obligados internacionalmente a atribuir su nacionalidad, puesto que el derecho humano a tener una nacionalidad ya se encuentra satisfecho al tener el menor la nacionalidad de sus padres biológicos<sup>82</sup>. El fundamento de esta previsión relativa a la atribución de la nacionalidad a los menores adoptados por los propios nacionales es el deseo de evitar las situaciones de apatridia en que podrían devenir aquéllos, así como facilitar la integración de los menores en su familia adoptiva y en su nuevo entorno social y satisfacer el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento, que implica que los efectos de la filiación deben ser los mismos tanto en la filiación biológica como en la adoptiva<sup>83</sup>.

No obstante, la pregunta anterior tiene sentido porque, si bien hay países que sólo atribuyen efectos limitados a la adopción en materia de nacionalidad<sup>84</sup> y otros que consideran la adopción causa de pérdida de su nacionalidad cuando conlleva la ruptura total de vínculos con la familia biológica<sup>85</sup>, la mayoría de países de procedencia de los menores adoptados, entre ellos, Bolivia, Brasil, Etiopía, Kazajstán, México, Nepal, Rusia, Ucrania, Uruguay o Vietnam, prevén la conservación de la nacionalidad de origen en supuestos de adopción internacional<sup>86</sup>. Con ello se aseguran de que los menores no van a ser apátridas<sup>87</sup>.

El Derecho español tampoco prevé como supuesto de pérdida de la nacionalidad española la adopción de un menor español por adoptantes extranjeros, a pesar de que la

---

al menor adoptado es una garantía fundamental, pues sólo así podrá el menor gozar con plenitud de los derechos civiles y políticos previstos en el Estado receptor y, en caso de que falleciesen los padres adoptivos, no se plantearán problemas de herencia por razón de la nacionalidad del menor.

<sup>82</sup> RODRÍGUEZ MATEOS, P., *La adopción internacional*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1988, p. 7.

<sup>83</sup> Vide extensamente sobre la incidencia de este principio RODRÍGUEZ MATEOS, P., *La adopción internacional... op. cit.*, pp. 38-47.

<sup>84</sup> Este es el caso del Derecho mexicano, cuyo artículo 30 de la Ley de nacionalidad mexicana (*Diario Oficial de la Federación* de 23 de enero de 1998, última reforma publicada en el DOF de 12 de enero de 2005), dispone que «la adopción no entraña para el adoptado ni para el adoptante la adquisición o pérdida de la nacionalidad. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20 fracción III de esta Ley». Y dicho precepto establece que bastará una residencia de un año inmediato anterior a la solicitud, en el caso de adoptados, así como de menores descendientes hasta segundo grado, sujetos a la patria potestad de mexicanos para adquirir la nacionalidad mexicana. Si los que ejercen la patria potestad no hubieran solicitado la naturalización de sus adoptados o de los menores, éstos podrán hacerlo dentro del año siguiente contado a partir de su mayoría de edad, en los términos de esta fracción.

<sup>85</sup> Concretamente, Alemania prevé la pérdida de la nacionalidad alemana por parte del ciudadano alemán adoptado por extranjero y que adquiera la nacionalidad del adoptante, en los casos de ruptura de los vínculos de filiación con el padre o la madre alemán. Lo mismo sucede con el Derecho suizo, según el cual, el menor adoptado por extranjero pierde la nacionalidad suiza si adquiere la del adoptante, al igual que la adopción de un menor por ciudadano suizo es causa de atribución de la nacionalidad suiza. Y lo mismo prevé el Derecho belga. Vide JUÁREZ PÉREZ, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998, p. 125.

<sup>86</sup> Vide al respecto las fichas de legislación por países (Adopción internacional) del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>87</sup> Vide entre otros, CANO BAZA, E., «La atribución o la adquisición de la nacionalidad como efecto de la adopción internacional. El sistema español», en GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ BENOT, A. (coords.), *Estudios sobre adopción internacional... cit.*, p. 294; OPERTI-BADAN, D., «L'adoption internationale», *Rec. des Cours*, 1983, t. 180, vol. II, pp. 295-411.

<sup>88</sup> Res. DGRN de 27 de diciembre de 1996, *BIMJ* núm. 1811.

adopción conlleva entre sus efectos la extinción de los vínculos jurídicos con la familia biológica del menor<sup>88</sup>. Lo que prevé el artículo 24 Cc es la posibilidad de que el emancipado que resida habitualmente en el extranjero pierda la nacionalidad española si utiliza exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuviera atribuida antes de la emancipación o cuando adquiera voluntariamente otra nacionalidad, salvo que declare su voluntad de conservar la nacionalidad española ante el Encargado del RC en el plazo de tres años a contar desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación.

Pero, con independencia de que el legislador español no atribuya efectos a la nacionalidad anterior del menor, lo cierto es que este efecto derivado de la filiación por naturaleza sigue persistiendo en algunos casos. Y como consecuencia de la combinación de la normativa de nacionalidad de estos países de origen de los menores y la normativa española correspondiente al país de recepción de los adoptados, los menores extranjeros adoptados por españoles tendrán dos nacionalidades<sup>89</sup>: la española, adquirida con motivo de la adopción por español (art. 19.1 CC) y la de su Estado de origen.

Lo mismo sucede en los casos de adopciones simples o no equivalentes a la española. En estos casos, no se atribuye a los menores la nacionalidad española como consecuencia de la adopción, pero gozan de un derecho de opción o de la posibilidad de adquirir por residencia, según los casos<sup>90</sup>. Pero, aunque el legislador español prevé la obligación de renunciar a la anterior nacionalidad (art. 23 Cc.), puede que esta renuncia no surta efectos en el Estado de origen, con lo cual, nos encontraremos ante un supuesto de doble nacionalidad fáctica. En cambio, si el menor extranjero adoptado en forma no equivalente a la adopción española no es mayor de catorce años o está incapacitado, no tendrá que efectuar la declaración de renuncia a la anterior nacionalidad, con lo que estará en un supuesto de doble nacionalidad prevista por el legislador español. Lo mismo sucederá si el menor adoptado en forma no plena es nacional de un país iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, pues en este caso, está exonerado de la obligación de renunciar a su anterior nacionalidad (arts. 23 y 24 Cc).

La conservación de la nacionalidad de origen de los menores en los casos de adopciones equivalentes a la española, aunque no depende de la voluntad del legislador español, debe saludarse positivamente, pues es una forma de favorecer la preservación de la identidad cultural del adoptado y éste es uno de los elementos que permiten concretar el interés superior del menor<sup>91</sup>. Sin embargo, debería hacer reflexionar al legislador español sobre la necesidad de reformar el artículo 9.9 Cc, puesto que esta situación de doble nacionalidad conlleva que todas sus relaciones jurídicas se rijan por la ley española, de conformidad con el citado precepto, al tratarse de supuestos de doble nacionalidad no prevista en las leyes españolas. Pero, probablemente suceda lo mismo en sus Estados de origen, generando problemas de inconciliabilidad entre ambas normas. En interés de los menores se debería tomar en consideración el hecho de que con la adopción no han perdido su nacionalidad de origen y siguen vinculados a su país de procedencia.

---

<sup>89</sup> Vide entre otras, la Res. DGRN de 30 de marzo de 1999, *BIMJ* núm. 1856, pp. 122-125.

<sup>90</sup> Vide por todos, CANO BAZAGA, E.: *Adopción internacional... op. cit.*, pp. 65-96; LARA AGUADO, A., «La adopción de menores extranjeros...», cit., en prensa.

<sup>91</sup> CANO BAZAGA, E.: «La atribución o la adquisición de la nacionalidad», cit., p. 291; JAYME E.: «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Cours Général de droit international privé, Rec. des Cours*, 1995, vol. 251, pp. 185-186.