

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXXV

■ Núm. 2.239

■ Abril de 2021

ESTUDIO DOCTRINAL



LA ADOPCIÓN CONSULAR TRAS LA REFORMA POR LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO

Mónica Guzmán Zapater



ISSN: 1989-4767
NIPO: 051-15-001-5
www.mjusticia.es/bmj

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

Registrador de la Propiedad

Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

Profesor titular de Derecho Civil

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excmo. D.^a Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho Civil

Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.^a Nieves Fenoy Picón

Catedrática de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach

Catedrático de Derecho Administrativo

D.^a Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

LA ADOPCIÓN CONSULAR TRAS LA REFORMA POR LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER
Catedrática de Derecho Internacional Privado
UNED

Resumen

La adopción constituida ante autoridad consular española en el extranjero experimenta una drástica reducción del supuesto y una limitación de las atribuciones consulares tras la reforma operada por Ley 26/2015. La constitución queda sujeta a ley española. Excepcionalmente, cuando el adoptando posea una nacionalidad extranjera, la capacidad quedará sujeta a una ley extranjera. La adopción consular ofrece ventajas para los españoles residentes en el exterior pero también un cierto riesgo de fraude. La prevención exige cautela por parte del funcionario consular.

Abstract

Relevant changes have been introduced on Consular Adoption by Spanish Law 26/2015, mainly by reducing its scope of application as well as consular functions. Being an international institution, nevertheless constitution should be submitted to Spanish substantive law unless the person to be adopted law enjoys a foreign nationality. Consular Adoption offers advantages to Spanish people established abroad as well as certain risk of fraud. To mind the gap careful consular attention should be recommended.

Palabras Clave

Adopción consular. Supuestos contemplados por Ley 26/2015. Ley aplicable. Procedimiento. Ventajas y riesgos.

Key Words

Consular adoption. Scope of application under Spanish law 26/2015. Applicable law. Procedure. Benefits and risks

SUMARIO

1. Introducción
2. La adopción consular y su encuadre sistemático en el ordenamiento español
3. La atribución de competencia a la autoridad consular: alcance
4. Delimitación de los supuestos objeto de adopción consular
 - 4.1. Supuestos que no necesitan propuesta previa
 - 4.1.1. Adopciones intrafamiliares
 - 4.1.2. Adopciones sobre menores emancipados y mayores
 - 4.2. Requisitos en relación con el adoptante
 - 4.3. Requisitos en relación con el adoptando
5. Procedimiento
6. Una cuestión particular: la capacidad del adoptando sujeta a una ley extranjera
 - 6.1. El mandato de aplicación de una ley extranjera: alcance
 - 6.2. Las excepciones a la aplicación de la ley extranjera
7. Inscripción en la Oficina consular del Registro Civil.
8. Una valoración

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto la adopción consular, una institución que desde una perspectiva dogmática se sitúa en un punto de encuentro entre el derecho privado (el objeto sería la constitución de una relación de filiación), el derecho público (se trata de una institución de protección del menor y por ello fuertemente controlada por los poderes públicos) y el derecho internacional (dado que los cónsules españoles adquieren competencia por el derecho internacional y sujetos a los límites derivados del Convenio de Viena, de 24 de abril de 1963, sobre Relaciones consulares, en su artículo 5 f)¹. Competencia modulada por la Ley 2/2014, sobre Acción y Servicio Exterior del Estado², por la que un alto cuerpo de funcionarios del Estado, los funcionarios diplomáticos y consulares, asume distintas tareas y, entre otras, el ejercicio de la «fe pública, registro civil o jurisdicción voluntaria, en las que estarán sujetos a lo establecido por la legislación notarial, registral y procesal para el ejercicio de estas funciones y a las Resoluciones, Instrucciones y Circulares de la Dirección General de los Registros y del Notariado» (art. 48.6 L 2/2014).

La adopción consular merece tal vez una reconstrucción teórica a la vista de los cambios experimentados por esta institución. Examinaremos (2) su encuadre sistemático en el ordenamiento español, (3) el alcance de la atribución de la competencia a los funcionarios diplomáticos y consulares, (4) la delimitación exacta de los supuestos de adopción consular admitidos, (5) el procedimiento en sus gruesos trazos, (6) que culmina en la inscripción en la Oficina consular del Registro Civil, (7) con la particularidad de que la capacidad del adoptando eventualmente pueda quedar sujeta a una ley extranjera. (8) Finalmente, extraeremos alguna conclusión.

1 BOE, n.º 56, de 6 de marzo de 1970.

2 BOE, n.º 74, de 26 de marzo, 2014.

2. LA ADOPCIÓN CONSULAR Y SU ENCUADRE SISTEMÁTICO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1. La adopción ha experimentado numerosas transformaciones legales y en todas se ha preservado la intervención consular en la constitución de esta relación de filiación. Por Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y Adolescencia (LPIA)³, en la que nos centraremos, se modifica el artículo 17 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción Internacional (LAI 2007)⁴, resultando una reforma de calado dado que el supuesto sufre una drástica reducción⁵. Se ha mantenido la atribución de competencia a los cónsules, más allá de la discusión teórica y pese a las oportunidades brindadas para su supresión en los sucesivos cambios legislativos en relación con la adopción: desde la primera Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, al incidir en el artículo 9.5, apartados. 4 y 5, del Código Civil (y con anterioridad se plantea en resoluciones, DGRN de 19 de junio de 1943 y, 7 de abril de 1952 y 19 de septiembre de 1974⁶), y, posteriormente, por LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor⁷.

3 Cf. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia (BOE de 29 de julio de 2015), artículo tercero, relativo a la modificación de Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional; sobre el proceso de elaboración, *vid.* ADROHER BIOSCA, S., «La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, (Del HOYO, dir.), Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 33-65, espec. 37-40.

4 BOE, n.º 312, de 29 diciembre de 2007. Art. 17, Competencia de los cónsules en la constitución de adopciones internacionales. «Siempre que el Estado receptor no se oponga a ello, ni lo prohíba su legislación, de conformidad con los Tratados internacionales y otras normas internacionales de aplicación, los cónsules podrán constituir adopciones, en el caso de que el adoptante sea español y el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente. La nacionalidad del adoptante y la residencia habitual del adoptando se determinarán en el momento de inicio del expediente administrativo de adopción».

5 Quedando redactado como sigue. Artículo tercero, 18 LPIA, por el que se modifica el art. 17 LAI 2007, relativo a la competencia de los cónsules en la constitución de adopciones internacionales. «1. Siempre que el Estado local no se oponga a ello ni lo prohíba su legislación, de conformidad con los Tratados internacionales y otras normas internacionales de aplicación, los Cónsules podrán constituir adopciones en el caso de que el adoptante sea español, el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente y no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública de acuerdo con lo establecido en las circunstancias 1.ª, 2.ª y 4.ª del artículo 176.2 del Código Civil. La nacionalidad del adoptante y la residencia habitual del adoptando se determinarán en el momento de inicio del expediente de adopción. 2. En la tramitación y resolución de este expediente de adopción será de aplicación la legislación sobre jurisdicción voluntaria».

6 Cf. BERCOVITZ, R., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (ALBALADEJO, M., dir.), tomo III, vol. 2, Edersa, 1982, p. 318.

7 BOE, n.º 15, de 17 de enero de 1996.

2. Puede resultar paradójico que en la escasa literatura sobre el tema destaquen los análisis procedentes de diplomáticos⁸, lo cual obedece tal vez al hecho de que sean ellos, los funcionarios diplomáticos y consulares, quienes se enfrentan a esta delicada institución cuando son requeridos bien para la constitución, bien para el reconocimiento e inscripción de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras. No faltan referencias en la doctrina internacional privatista española. Desde que la adopción experimentó su gran reforma, por Ley 21/1987, en la que evolucionó desde una concepción privatista hacia una institución fuertemente controlada por los poderes públicos, lo cierto es que el debate sobre la adopción consular se ha mantenido vivo y marcado por la polémica acerca de la idoneidad de la intervención consular en la constitución de esta relación de filiación.

La adopción se constituye por resolución judicial tal y como establece el artículo 175 del Código Civil, y es este un requisito de validez. Cuando el expediente se insta ante funcionario diplomático o consular, de inmediato se ha venido suscitando la cuestión de la adecuación de la sustitución del juez por el funcionario diplomático o consular. El carácter residual y también controvertido de la adopción consular para un sector importante de la doctrina⁹ tiene que ver precisamente con esta equiparación¹⁰. Se ha cuestionado, en particular, en cuanto a las decisiones que implica una intervención jurisdiccional estricta, como poder dirimente en el sentido de la resolución de una controversia¹¹. Se ha puesto en tela de juicio, asimismo, la preceptiva intervención del

8 Paradigmático, PAZ AGUERAS, J. M., *La adopción consular*, Biblioteca diplomática española, Madrid, 1990; idem., «La adopción consular. El problema de la propuesta previa», *BMJ*, n.º 1552, pp. 519-539; NÚÑEZ HERNÁNDEZ, *La función consular en el derecho español*, MAEC, Madrid, 2004; TORROBA SACRISTÁN, J. *Derecho consular* (revisado y actualizado por J. TORROBA/F. ALVARGONZÁLEZ et al.) Madrid, 1993, pp. 371-374.

9 A veces procedente de profesionales alejados de la realidad privada internacional (vid. BERCOVITZ R., «Comentario al artículo 9 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009).

10 Defendida sobre la base de un argumento ciertamente formal como que el cónsul asume, vía tratados internacionales, funciones en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, o que el ejercicio de funciones jurisdiccionales por funcionarios consulares fuera de nuestras fronteras es un ejemplo típico de extensión extraterritorial de la soberanía (cf. PAZ AGUERAS, J. M., *La adopción consular*, cit., pp. 2 y 15-20).

11 Con sólidos argumentos en cuanto al art. 9.5 CC, ESPLUGUES MOTA, C., «El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España, *Rivista diritto internazionale privato e processuale*», 1997, p. 54; P. RODRÍGUEZ MATEOS, se mostraba poco favorable a la competencia consular por la configuración judicialista que tomó la adopción (cf. *La adopción internacional*, Universidad de Oviedo, 1988, p. 174). Otros autores aceptan la institución pacíficamente, tal vez por un mayor conocimiento del funcionamiento de la institución consular (vid. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., *La intervención consular en derecho internacional privado*, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 105-107; ESPINAR VICENTE, J. M., *El matrimonio, las familias y la protección del menor en derecho internacional privado*, Madrid, Dykinson, 2018; en clave histórica y actual en cuanto a las funciones de los cónsules, «De la función consular en materia de derecho privado y de la formación de los cónsules», en *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al*

Ministerio Fiscal (por tratarse de un expediente que afecta al estado civil y con más motivo, cuando se trate de un procedimiento que afecte a menores) que asumiría el canciller, crítica que se puede compartir habida cuenta que es una figura que ni siquiera necesariamente ha de ostentar la nacionalidad española.

Sin embargo no puede compartirse como idea de principio el rechazo a la equiparación juez-cónsul. En primer lugar, porque la adopción es ante todo una institución perteneciente a la jurisdicción voluntaria, con la consiguiente caracterización de sus funciones típicas como no estrictamente judiciales independientemente de cuál sea el órgano encargado de desempeñarlas¹². En segundo lugar, si la institución consular se enmarca en el ámbito de la asistencia a los propios nacionales en el exterior, dicha función también implica facilitar a los españoles la constitución de las adopciones en el extranjero vía intervención consular.

3. Podría objetarse que en el derecho interno e internacional, está muy asentada la concepción de la adopción como una institución de protección del menor, y por ello judicialista y precedida por una intensa instrucción administrativa previa, en correspondencia con los principios de protección del menor y de integración del adoptando en la familia del adoptante¹³, y en cambio la adopción consular favorece el interés del adoptante en adoptar (en el extranjero) frente al interés del menor¹⁴. Pues bien, en el régimen jurídico vigente para la adopción consular, comprobaremos que en los supuestos contemplados por el vigente artículo 17 LAI 2007 no siempre el

profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, de TORRES BERNÁRDEZ, S. (coord.), Madrid, Iprolex, 2013, pp. 349 y ss.

12 Cf. GÓMEZ ORBANEJA, E./HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 62. Bien es cierto que la LJV 2015 se dirige a las autoridades judiciales, no mencionándose la intervención de las autoridades consulares (cf. art. 1: «Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria [...] todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de los derechos e intereses en materia de derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso»).

13 Esto se evidencia en el título I de la LAI 2007, así como en el Convenio de La Haya de 1993, sobre protección de menores y adopción internacional, que no obedece estrictamente al *favor adoptionis* sino más exactamente a facilitar la adopción siempre en interés del menor (art. 1): «El presente Convenio tiene por objeto: a) Establecer las garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que les reconoce el derecho internacional» (BOE n.º 182, de 1 de agosto de 1995). En el mismo sentido, *vid.* art. 4.1 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 (BOE, n.º 167, de 13 de julio de 2011).

14 *Vid.* en este sentido ARENAS GARCÍA, R./GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 17, 2009, pp. 1-39, p. 9 (www.reei.org). Se asumía esta crítica, en el sistema anteriormente vigente, en cuanto a las adopciones constituidas conforme al derecho interno y no a las que se constituían por el Convenio de La Haya de 1993, sobre protección de menores y adopción internacional, que, al regular el procedimiento y ser muy garantista, permitía defender la función consular en la constitución de las adopciones (cf. CARRILLO CARRILLO, B., *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1983*, p. 215).

adoptando será un menor, ni siquiera algunos de los supuestos responden al objetivo de lograr la integración familiar porque dicha integración puede haber cristalizado con anterioridad al momento de la constitución.

4. Con todas las resistencias teóricas lo cierto es que la adopción consular se erige como una institución singular, pero, sobre todo, necesaria, siquiera sea por un hecho *sociológico*, y es la presencia de más de dos millones de españoles establecidos en el exterior¹⁵. Este sería un argumento de peso.

5. Su pervivencia se justificaría, también, por otros datos de índole jurídica. La adopción consular sitúa al jurista ante un exponente paradigmático de las nefastas consecuencias de una técnica de regulación escalonada en el tiempo por las sucesivas reformas, sectorial y dispersa, enmascarando una falta de visión de conjunto en todas y cada una de las oportunidades de reforma. De entrada, de una lectura apresurada del ámbito de aplicación personal y material del régimen jurídico sobre adopción internacional, se deduce que tanto el Convenio de La Haya sobre protección de menores y adopción internacional, de 29 de mayo de 1993¹⁶ (CLH 1993), como la LAI 2007 únicamente contemplan dentro de su ámbito los supuestos de adopción: 1.º) sobre menores de 18 años y 2.º) que van a ser trasladados (a España). Ambos instrumentos excluirían el supuesto en que la adopción se constituye en el extranjero y una vez constituida adoptante y adoptando permanecen en el extranjero, lo que nos situaría ante una laguna difícil de colmar. Pues bien, esa lectura es correcta únicamente en cuanto al ámbito material y personal de aplicación del CLH 1993.

En cambio, la LAI 2007 recoge esta caracterización al definir la adopción internacional como «aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España», (art. 1.2 LAI). Pero, al mismo tiempo, se asigna la competencia para su constitución a las autoridades judiciales y consulares al disponer: «La presente Ley regula la competencia de las autoridades judiciales y consulares españolas y la determinación de la ley aplicable a las adopciones internacionales» (art. 1.1. LAI). Se admite, pues, una doble caracterización de la adopción internacional. Los supuestos de menores trasladados a España son los contemplados por título I, a saber, los que precisan de cooperación internacional de autoridades. Mientras que las normas de derecho internacional privado (DIPr) contenidas en el título II son de aplicación a otros supuestos de adopción, los que presenten algún elemento extranjero (art. 1.2. LAI)¹⁷. De modo que en la LAI 2007 se distinguen adopciones transnacionales, que generalmente van precedidas de cooperación internacional de autoridades, junto con adopciones internacionales,

15 Los datos oficiales (INE) indican 1.444.942 emigrantes correspondientes al año 2019.

16 BOE, n.º 182, de 1 de agosto de 1995.

17 Habrá que entender, por tanto, que la adopción consular sería uno de los supuestos que presentan algún elemento extranjero y están dentro del ámbito de aplicación de la LAI 2007 (cf. ADROHER BIOSCA, S., «El nuevo régimen jurídico...», *cit.*, p. 54).

porque presentan algún elemento extranjero¹⁸. Dentro de esta segunda modalidad estarían comprendidas las adopciones constituidas ante autoridad consular española y, en general, todas las adopciones constituidas por autoridades extranjeras en el extranjero en las que no va a haber traslado a España, pero que, por el hecho de que adoptante o adoptado posean la nacionalidad española, pueden promover la constitución ante autoridad consular; o en caso de haber sido constituida ante autoridad extranjera, el reconocimiento e inscripción en la Oficina consular del Registro Civil¹⁹. Una técnica legislativa poco clara aunque permita evitar la laguna legal que se daría por la exclusión de lo que hemos retenido como supuesto tipo de adopción por intervención consular: 1.º) adoptante español, 2.º) adoptando de nacionalidad española o extranjera y 3.º) residente en el extranjero, cuando no va a ser trasladado a España, claramente excluidos del ámbito del CLH 1993.

6. La asunción de un amplio volumen de competencia judicial internacional por las autoridades judiciales españolas —todos los supuestos en que la adopción se constituya en España por adoptantes españoles o residentes en España o adoptandos españoles o residentes en España ex art. 14 LAI— se compensa con la asignación de competencia a las autoridades consulares en el exterior en el artículo 17 LAI 2007, orientado, con carácter prioritario, a dar respuesta a las expectativas de la comunidad de españoles residentes en el extranjero —supuesto de adoptante español y adoptando residente en la demarcación consular—. Es lógico que se atribuya a una autoridad española en el exterior la competencia para la constitución e inscripción en la Oficina Consular del Registro Civil correspondiente. De lo contrario, a los interesados no les quedaría más opción que, bien desplazar al adoptando a España y constituir aquí la adopción ante autoridad judicial española, dentro o fuera del marco convencional, bien acudir a la autoridad local para que se constituya conforme a la ley local, intervención que no siempre tiene que ser más adecuada ni más garantista que acudir a la autoridad consular española²⁰. Sin mencionar, en conexión con esto, los supuestos

18 Acerca de la cooperación internacional de autoridades como criterio diferenciador, *vid.* HERRANZ BALLESTEROS, M., «El ámbito de aplicación de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional tras la reforma de julio de 2015», *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado* (GUZMÁN M./ESPLUGUES, C., dir.s), Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 387-398.

19 Conforme a los arts. 96 o 98 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro civil, en vigor desde el 1 de octubre de 2020 para las oficinas consulares y, en general, a partir de 30 de abril de 2021, según lo dispuesto en la disposición final quinta de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE, n.º 250, de 19 de septiembre de 2020, por la que se modifica la disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil).

20 *Cf.*, en este sentido, el parecer de un diplomático sobre el terreno: PAZ AGUERAS, J. M., «La adopción consular. El problema de la propuesta previa», *cit.*, pp. 519-539. Y aun así quedaría por resolver el problema del régimen jurídico del reconocimiento de la decisión extranjera de constitución de la adopción.

en que la adopción no pueda ser constituida ante la autoridad local o aquellos en que el adoptando no pudiera abandonar el país²¹.

7. El supuesto del artículo 17 LAI 2007 _adoptante español y adoptando residente en la demarcación consular_ explica que el legislador someta la adopción consular a derecho español. En principio, dado que en materia de jurisdicción voluntaria la idea clásica es la indisoluble vinculación autoridad interviniente-ley aplicable, se da una unidad entre el procedimiento y forma de adopción y ley aplicable²². En lo esencial, al Código Civil como régimen general en la materia y complementariamente a la LAI 2007; por último, la Ley 15/2015, de 2 de julio, sobre la Jurisdicción voluntaria²³ (LJV 2015), en lo relativo al procedimiento. La adopción consular estará sujeta a la ley española como ley única en cuanto a la delimitación de los supuestos admisibles, la capacidad de los intervinientes, la forma y el procedimiento. Excepcionalmente, en lo relativo a la capacidad del adoptando residente en el extranjero, cabe la aplicación de una ley extranjera (art. 19 LAI), posibilidad que en la práctica complicaría el procedimiento de constitución.

21 *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Críticas y contra críticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción internacional: el ataque de los clones», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. II, n.º 1, 2010, pp. 73-139, p. 87 (www.uc3m.es/cdt).

22 Aunque no siempre sea exacta esa supuesta vinculación entre el procedimiento o forma y el fondo (*vid.* MIGUEL ASENSIO, P. de, «La ley de la Jurisdicción voluntaria y el derecho internacional privado», *AEDIPr*, t. 16, 2016, pp. 147-197, p. 168). El mandato de aplicación de la ley española a prácticamente todas las cuestiones se ha explicado también en clave de conflicto de leyes: entre los países conectados con el supuesto se aplica la ley del país más vinculado, lo cual solo puede conducir a la ley española (*vid.* «Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la ley española», *Diario La Ley*, n.º 6953, 26 de mayo de 2008, pp. 1-12, p. 3).

23 *BOE*, n.º 158, de 13 de julio 2015.

3. LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA A LA AUTORIDAD CONSULAR: ALCANCE

8. Nótese que el legislador puso el acento en el alcance de la atribución de competencia. El artículo 17 LAI 2007 no tiene por objeto la adopción consular como tal institución sino que va referido a la «Competencia de los cónsules en la constitución de adopciones internacionales». Anticipa, entiendo, que la competencia que se les asigna no es general o para la constitución de cualquier adopción, sino que su intervención discurre dentro de ciertos límites.

9. La competencia del funcionario diplomático o consular se activa por la nacionalidad española del solicitante de la adopción (art. 17 LAI). Dicha atribución está modulada por lo dispuesto en el propio artículo 17, inciso primero, LAI 2007, al establecer, en primer término, una remisión genérica a la ley del Estado receptor conforme a la que se autorizará la intervención consular si no hubiera oposición o prohibición en tal legislación. Recuerda, en segundo término, la subordinación de la intervención consular a los límites impuestos por el derecho internacional. No se alude, sin embargo, a los propios límites previstos en el marco de la LAI 2007.

10. 1.º) De modo que decae la atribución de competencia si la ley local se opone a la intervención consular en materia de adopción o, en general, si se prohíbe la intervención de autoridades extranjeras sobre los adoptandos residentes en el Estado receptor. En el mismo plano se sitúan las prohibiciones para adoptar, que pueden ser generales, cuanto el Estado receptor desconoce (como es, señaladamente, el caso de los países islámicos) o prohíbe la adopción (como se prohíbe la adopción por parejas o matrimonios homosexuales²⁴).

11. 2.º) En un segundo término, el artículo 17.1 LAI 2007 recuerda los límites generales dentro de los que discurre la intervención consular en el ámbito jurídico-privado. De ahí la remisión a los tratados internacionales generales que solo pueden ser los derivados del Convenio de Viena sobre Relaciones consulares, de 24 de abril de 1963²⁵. Conforme a este la competencia del cónsul en cuanto a la constitución se sustentaría en el artículo 5 f), que asigna a los cónsules de los Estados parte el ejercicio de funciones de contenido estrictamente jurídico, como son la función notarial y la función registral, admitido que los Estados puedan ampliar estas atribuciones o introducir otras. En materia de adopción dichas atribuciones se verían reforzadas por lo previsto en el artículo 5 a) del Convenio sobre Relaciones Consulares, relativo a la protección general de los intereses de los nacionales en el país receptor del cónsul como función consular distinta de las anteriores, y por el artículo 5 h) del mismo

24 Cf. En este sentido ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador no vio», en *Estudios de derecho de familia y sucesiones*, (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ed.), Santiago de Compostela, 2009, pp. 9-38, p. 38.

25 Recuérdese que el art. 5 f) atribuye, entre otras funciones las de «actuar en calidad de Notario, en la de funcionario de registro civil y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor».

instrumento, en el que se les encomienda la función de velar por los intereses de los menores del país de la nacionalidad del cónsul.

12. 3.º) Dichas atribuciones están moduladas por el derecho interno, en particular, por la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y Servicio Exterior del Estado (art. 48.6 LASEE), disposición que, sin hacer una asignación expresa —dado que no contiene una enumeración de funciones consulares—, presupone la atribución de funciones a los cónsules en el ámbito notarial, registral y de jurisdicción voluntaria²⁶. Luego el derecho interno español amplía las previsiones del Convenio de Viena, al añadir a la función notarial y registral la relativa al ejercicio de la jurisdicción voluntaria.

13. 4.º) La intervención consular debe también ser conforme con otras normas internacionales y en esa clave se comprende la remisión relativa a los tratados bilaterales en la materia (p. ej. el tratado bilateral con Rusia²⁷ prohíbe la adopción por personas solteras, seguramente con vistas a prevenir la adopción por homosexuales).

14. 5.º) Por último, no habría que olvidar otros límites particulares no mencionados en el artículo 17 LAI 2007 y que tienen que ver con la propia política exterior española, en cuyo desarrollo se abren escenarios inéditos, propiciando la adopción internacional por españoles sobre residentes en el extranjero. Me refiero a la previsión del artículo 4 LAI 2007, por el que se impide la adopción si concurren determinadas circunstancias excepcionales²⁸. Pues bien, aunque justamente las circunstancias de guerra o de catástrofes naturales puedan incentivar un interés en adoptar menores abandonados, la autoridad consular ante la que se exprese el ofrecimiento de adoptar (por ejemplo, a un menor residente en el país extranjero en el que se halla acreditado) tiene vedada la intervención en estas circunstancias. Y es que no cabe obviar las garantías que rodean a este tipo de procedimiento por los derechos en juego, y, en particular, en

26 Art. 48.6: «Los Jefes de la Oficina Consular de Carrera ajustarán su actuación a las instrucciones del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y del Jefe de la Misión Diplomática Permanente de la que dependan, excepto en materia de fe pública, registro civil o jurisdicción voluntaria, en las que estarán sujetos a lo establecido por la legislación notarial, registral y procesal para el ejercicio de estas funciones y a las resoluciones, instrucciones y circulares de la Dirección General de los Registros y del Notariado».

27 Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia, hecho en Madrid el 9 de julio de 2014 (BOE, n.º 74, de 27 de marzo de 2015).

28 Redacción conforme a LAI modificada en 2015 por la LPIA en su artículo tercero, ya citada: Art. 4.2. LAI: «No se tramitarán ofrecimientos para la adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias: a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural. b) Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción y que remita a las autoridades españolas la propuesta de asignación con información sobre la adoptabilidad del menor y el resto de la información recogida en el párrafo e) del artículo 5.1. c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la misma no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3».

atención al interés superior del menor. Esta limitación de origen interno (derivada del art. 4.2 a) LAI) incide de lleno en la adopción consular²⁹. La disposición en análisis contiene una prohibición de tramitar adopciones en esas circunstancias y es una norma imperativa española³⁰.

15. Por vía de consecuencia decae la atribución de la competencia del funcionario diplomático o consular y deberá abstenerse de tramitar la adopción en todos los supuestos que comporten una infracción de los límites impuestos por el artículo 17, incisos primero y cuarto de la LAI 2007. La infracción de las prohibiciones o la actuación consular desbordando los límites derivados del derecho internacional general o particular serán causa de nulidad de la adopción al haber sido constituida por autoridad no competente.

Finalmente, el momento para la apreciación de su propia competencia debe ser el momento inicial del procedimiento, a saber, cuando media un ofrecimiento. Corresponde al funcionario diplomático o consular comprobar su competencia y, por tanto, que no concurren ninguna de las prohibiciones y restricciones señaladas. En este punto, las prohibiciones y restricciones a que se refiere el primer inciso del artículo 17 LAI 2007 suscitan un problema de conocimiento de la ley local para la que el funcionario diplomático o consular inicialmente competente está en perfecta situación en orden a conocer o averiguar el contenido de la ley extranjera a este respecto.

29 Como se ha señalado, el supuesto parece pensado para los casos en que, aprovechando las circunstancias excepcionales descritas por la norma (conflicto bélico o catástrofe natural) puedan buscarse oportunidades con fines ilícitos o de tráfico (cf. HERRANZ BALLESTEROS, M., «Prohibiciones y limitaciones del artículo 4 de la Ley 54/2007: entre los objetivos de la norma y la realidad en su aplicación», *Cuadernos de derecho Transnacional* (marzo de 2011), vol. 3, n.º 1, pp. 195-213, p. 197, www.uc3m.es/cdt). Esta sería la razón última de la prohibición. Pero es sabido que en la práctica también se han dado supuestos sin fines perversos en los que simplemente un español pretende adoptar a un menor abandonado a su suerte por las circunstancias excepcionales en que se halla un país, como se ha consultado al hilo de ofrecimientos de adopción por parte de miembros de las tropas españolas en misiones de paz en el extranjero.

30 Cf. HERRANZ BALLESTEROS, M., «Prohibiciones...», *cit.*, pp. 202 y 212. La situación es diferente desde el ángulo del reconocimiento de la adopción que haya sido válidamente constituida por autoridad local en estas circunstancias y merece un tratamiento más matizado, en particular cuando hubo traslado a España, cuestión que desborda los límites de este estudio. *Vid.* SÁNCHEZ CANO, M. J./ROMERO MATUTE, Y., «Circunstancias que impiden o condicionan la adopción: alcance de la denominada cláusula chadiana», *Cuadernos de derecho Transnacional* (marzo de 2019), vol. 11, n.º 1, pp. 917-928, www.uc3m.es/cdt.

4. DELIMITACIÓN DE LOS SUPUESTOS OBJETO DE ADOPCIÓN CONSULAR

16. La intervención consular se ciñe a los supuestos en que el adoptante sea español, el adoptando posea su residencia habitual en la demarcación consular, y únicamente en los supuestos en los que el legislador exime de la propuesta previa, esto es, en las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 4.º del artículo 176.2 del Código Civil. Circunstancias que deben concurrir en cada caso y ser apreciadas en el momento inicial del procedimiento con el fin de que el funcionario diplomático o consular inicialmente competente valore su competencia³¹. De modo que no cabe constituir cualquier adopción sino únicamente en los supuestos previstos y condiciones indicadas por el Código Civil.

Ello requiere, por una parte, integrar el supuesto del artículo 17 LAI 2007 con el contenido o supuestos contemplados en el artículo 176.2, apartados. 1.º, 2.º y 4.º del Código Civil —excluido como está el 3.º—, y, por otra, ahondar en las condiciones adicionales relativas al adoptante y al adoptando.

4.1. Supuestos que no necesitan propuesta previa

17. La remisión al artículo 176.2 del Código Civil permite concretar los supuestos en que se dispensa de la propuesta previa. Son aquellos en los que se prevé la también llamada «solicitud privada de adopción». Se exceptúan de dicho trámite las adopciones a constituir: 1.º) sobre los huérfanos y parientes del adoptante en tercer grado por consanguinidad (sobrino) o afinidad (sobrino del cónyuge) (art. 176. 2.1.º CC); 2.º) sobre los hijos del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal (art. 176.2. 2.º CC), y 3.º) respecto de mayores de edad o menores emancipados (art. 176.2, 4.º CC)³².

4.1.1. Adopciones intrafamiliares

18. Los dos primeros supuestos mantienen la adopción dentro del ámbito familiar o cuasi familiar del adoptante o adoptantes. Son las llamadas adopciones intrafamiliares. Presuponen una integración del adoptando en la familia e incluso en ocasiones una convivencia anterior a la constitución de la adopción, elemento clave para prescindir de la propuesta previa. Parece razonable que se quiera adoptar al sobrino huérfano como también se comprende el deseo de adopción del hijo del propio cónyuge o de la pareja. Este es también el cauce que se está utilizando en los casos de adopción por matrimonio o parejas del mismo sexo³³. La característica de las adopciones intrafamiliares reside precisamente en la dispensa de obtener un certificado de idoneidad: no es preciso evaluar la idoneidad de los adoptantes, dado que se les

31 Cf. PAZ AGUERAS, «La adopción consular...», *cit.*, p. 539

32 No se contempla, en cambio, el supuesto 3.º) del art. 176 CC relativo a las adopciones sobre quienes hayan estado más de un año de guarda o tutela del adoptante por el mismo tiempo.

33 Cf. LASARTE, C., *derecho de Familia. Principios de derecho civil VI*, 17.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 337.

presupone idóneos o adecuados sin necesidad de un procedimiento administrativo previo de valoración o enjuiciamiento.

19. La cuestión se complica si se pretende adoptar por uno de los cónyuges o por la pareja al hijo del otro cónyuge o pareja, tratándose de menores nacidos en el extranjero por gestación por sustitución. La situación actual de este supuesto de establecimiento de la filiación —tras una azarosa evolución y mientras no tenga lugar una reforma de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción asistida, cuyo artículo 10.1 declara nulos los contratos de gestación por sustitución— puede resumirse como sigue. La intervención consular deberá supeditarse a la existencia de una relación de filiación válidamente inscrita en Registro español del hijo-adoptando respecto a uno de los cónyuges o pareja. Dicha filiación tendrá que haber superado con carácter previo el filtro impuesto por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, en esencial, el reconocimiento y acceso al Registro de la resolución judicial (extranjera) por la que el tribunal extranjero competente hubiera determinado la filiación del nacido³⁴.

4.1.2. Adopciones sobre menores emancipados y mayores

20. El tercer supuesto de intervención consular es el relativo a adoptandos menores de edad emancipados y a los mayores de edad. No se requiere propuesta previa al no haber en rigor un interés del menor que tutelar³⁵ y la adopción no tiene por efecto establecer la patria potestad³⁶. Son supuestos excepcionales y los más problemáticos. De hecho, constituyen una excepción al disponer el Código Civil que «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 de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año» (art. 175 CC). Aquí la convivencia anterior es un requisito ineludible y no parece que atienda tanto a la protección del adoptando como a la toma en consideración de los efectos económicos de la adopción.

21. En primer término, suscitan un problema particular en los supuestos internacionales dado que la LAI 2007 tiene por objeto la adopción de menores de 18 años, de tal modo que, aunque en principio la adopción de mayores estaría excluida de

34 BOE, n.º 243, de 7 de octubre 2010. *Vid.*, entre otros muchos pronunciamientos, Auto AP Barcelona, de 16 octubre 2018 (ECLI:ES: APB:2018: 6494.^a); en el mismo sentido las res. de la DGRN, de 6 de abril de 2018 y de 18 de mayo de 2018 (27.^a) (BMJ, n.º 2216, 2018, pp. 9-12 y 12-15).

35 Prácticamente son los mismos que no la requerían en el sistema anteriormente vigente. A estas excepciones se añadía el supuesto de adopción consular por adoptante que nunca había tenido residencia en España, para el que bastaba que el cónsul recabase de las autoridades del lugar de residencia habitual de aquel, informes suficientes para valorar su idoneidad (*vid.*, PAZ AGUERAS, *La adopción consular*, Biblioteca diplomática española, Madrid, 1990, pp. 32-33).

36 *Vid.* GARCÍA CANTERO, G., «La adopción de mayores de edad», *Actualidad civil*, Sección Doctrina, 1998, Ref. XLI, p. 993, tomo 4, pp. 2-13.

la LAI 2007, no faltan autores que han sostenido su aplicabilidad dada la ausencia de una exclusión expresa³⁷ y decisiones judiciales en las que no se pone en cuestión su aplicabilidad³⁸.

22. En segundo lugar, la adopción de mayores y menores emancipados encaja mal con la finalidad de protección social que posee la adopción desde la gran reforma de 1987 y, en suma, con los dos principios básicos sobre los que se basa la adopción: el principio de integración familiar y el principio del interés del menor, y, en este sentido, su mantenimiento es de difícil justificación³⁹. Su pervivencia se comprende mejor si se entiende que la adopción va a consolidar una situación que no mira tanto al futuro previsible del adoptando como a su pasado⁴⁰, pues viene a consolidar una situación fáctica que existía con anterioridad (p. ej., el tío que acogió al sobrino pequeño ante las dificultades económicas de los progenitores, y que llegada la mayoría de edad quiere adoptarlo). Se dice también que puede servir para sortear los supuestos en los que incomprensiblemente la Administración deniega el certificado de idoneidad o incluso para las adopciones internacionales fallidas o incompletas⁴¹. Visto así el supuesto del artículo 176.2.4.º del Código Civil emerge como un vehículo cuando menos controvertido, aun cuando en última instancia corresponderá al juez-cónsul valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

23. Plantean la dificultad adicional de acreditar el tiempo de acogimiento o convivencia de al menos un año inmediatamente anterior a la adopción (art. 175.2 CC)⁴², abriendo la puerta a situaciones fraudulentas⁴³. El acogimiento es fácilmente demostrable tratándose de un contrato administrativo. En cambio, la convivencia es una situación fáctica, cuya apreciación corresponde en definitiva al juez-cónsul. La

37 Cf. CALVO CARAVACA A. L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, pp. 43-44.

38 Vid. AAP de Granada de 14 de septiembre 2018 (ECCLI:ES: APGR:2018.855A), objeto del comentario de SÁNCHEZ CANO, M. J., «Cuestiones vinculadas a la constitución de la adopción de mayores de edad: análisis desde el derecho internacional privado español», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2019), vol. 11, n.º 1, pp. 904-916, espec. pp. 913-914.

39 Cf. SÁNCHEZ CANO, M. J., «Cuestiones vinculadas...», *cit.* espec. p. 910.

40 Cf. GARCÍA CANTERO, G., «La adopción de mayores de edad», *cit.*, pp. 4-13.

41 Cf. GARCÍA CANTERO, G., *ibid.*

42 Con anterioridad a la reforma se exigía que la convivencia fuera ininterrumpida con el fin de garantizar que entre ambas partes habría existido un contacto continuado y, además, que debía haber empezado antes de los 14 años. Dos exigencias que dificultaban la adopción de los hijos del cónyuge (cf. LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 175», *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (BERCOVITZ, R., dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 49).

43 Una regla oscura, se ha dicho, por cuanto que no se especifica cómo ha de ser la convivencia y dudosamente compatible con el interés del menor (Cf. LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 175», *Las modificaciones al Código Civil del año 2015, cit.*, p. 16).

cuestión se complica cuando tenga lugar una indiferenciación de supuestos, esto es, cuando ese grado de integración exigido en la adopción de menores emancipados y mayores se superponga sobre los otros supuestos. Por ejemplo, en los casos de adopción del hijo del cónyuge o de la pareja, que sea al tiempo menor emancipado o mayor de edad, y no pueda demostrarse esa convivencia de al menos un año inmediatamente anterior a la adopción. La exigencia de ese tiempo previo de convivencia puede verse como una restricción a la adopción del hijo del cónyuge.

24. Pero lo cierto es que tal exigencia se ha proyectado incluso hacia adopciones válidamente constituidas en el extranjero para impedir su reconocimiento⁴⁴. La apreciación de la convivencia previa se levanta como un requisito esencial en orden a impedir situaciones fraudulentas, cuando la adopción persigue un fin distinto de la constitución de filiación, como sea facilitar la adquisición de la nacionalidad española o la residencia legal⁴⁵. En este punto la intervención consular es esencial también desde la perspectiva del reconocimiento e inscripción de adopciones constituidas en el extranjero. Es evidente que en rigor no cabe proyectar o exigir de las autoridades extranjeras una misma concepción sobre la adopción⁴⁶. Una respuesta tal vez excesiva de la DGRN dado que va mucho más allá del control de equivalencia de efectos que propugna en su Resolución Circular de 15 de julio de 2006, sobre reconocimiento e

44 *Vid.* Res DGRN (56) de 11 de abril 2014 (*BMJ*, 17 de diciembre de 2015, pp. 40-43), en la que el cónsul español había denegado la inscripción de adopción del hijo de su pareja peruana, constituida válidamente por autoridad notarial, al ser contraria al supuesto del art. 175 CC. Dicho auto fue confirmado por la DGRN en su resolución por entender que solo se acreditaba convivencia de ocho meses cuando el adoptando contaba con 29 años de edad, y tampoco quedaba claro si habían residido en un mismo país.

45 Así, por ejemplo, en el sustrato fáctico que da lugar a la Res. DGRN de 8 de marzo de 2019 (2.ª) (*BMJ*, n.º 2.227, febrero de 2020, p. 15), el cónsul deniega la inscripción de la sentencia (extranjera) de adopción planteada por persona mayor, que había sido adoptada por su tía y el marido de esta, de nacionalidad española, y ambos residentes en España. La adoptanda pretendía simultáneamente la inscripción de la adopción y la opción por la nacionalidad española. Afirma la DGRN que el carácter excepcional de la adopción sobre menores emancipados y mayores «pone de manifiesto que su propósito es consagrar legalmente una situación fáctica e iniciada antes de alcanzar la mayoría de edad del adoptando, con plena integración, en el entorno familiar del adoptante o adoptantes, sin que tal excepción pueda ser objeto de una interpretación extensiva»; en el caso, parecía acreditado que adoptantes y adoptanda no habían cumplido tiempo de convivencia al residir esta en República Dominicana y los adoptantes en España, lo que provocó la denegación de la inscripción por parte del cónsul español y confirmó la DGRN; con un sustrato fáctico similar y en términos análogos, *vid.* la Res. DGRN de 16 de febrero de 2018 (20.ª), respecto de adopción constituida en Perú, ante autoridad notarial, por una tía, doble nacional peruana y española, respecto de su sobrina, cuya inscripción se solicita en el Consulado de España en Lima, denegándose, y así se confirma por la DGRN.

46 *Cf.* MARCHAL ESCALONA, N., «Denegación del reconocimiento y la inscripción en el registro civil español de una adopción constituida en el extranjero», *AEDIPRr*, 2014-2015, pp. 1223-1233, p. 1227.

inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales⁴⁷, en las que tal vez pesa más el objetivo de prevenir el fraude que el de organizar la diversidad jurídica.

4.2. Requisitos en relación con el adoptante

25. Nótese, en primer término, que por Ley 26/2015 se ha modificado el término «solicitantes» de la adopción por el de «personas que se ofrecen para adoptar».

26. 1.º En todos los supuestos se exige que el adoptante (o adoptantes) sea español en el momento de iniciación del expediente (art. 17.1 LAI). La nacionalidad española activa la competencia del funcionario consular español. Puede sorprender que sea la nacionalidad de quien no es el sujeto de protección la que active la competencia del cónsul⁴⁸, pero, por lo que se ha visto hasta aquí, el elemento tuitivo está muy desvaído en estos supuestos de adopción.

Habrán supuestos en los que adicionalmente se dé una presencia del adoptante por la residencia habitual en el país en el que se halle acreditado el cónsul, pero no se exige por el artículo 17 LAI 2007. Esa no exigencia abre la puerta al fraude: los adoptantes podrán ser españoles pero residentes en España, que busquen en país extranjero la adopción que han visto denegada ante las autoridades judiciales o administrativas españolas (p. ej., todos los supuestos de adopción fallidos, con o sin justificado motivo). Por ello se comprende mal que la residencia del adoptante no se exija cumulativamente con la nacionalidad española para activar la atribución de la competencia consular, pero así es.

27. Cabe admitir, por tanto, bien adopciones por adoptante español sobre adoptando extranjero residente en la demarcación, bien adopciones entre españoles (y en ese sentido el art. 17 LAI tiene por objeto prioritario facilitar la adopción por españoles residentes en el exterior respecto a un familiar o cuasi familiar [supuestos 1.º y 2.º] o personas próximas a su entorno [supuesto 3.º] también residente)⁴⁹.

28. 2.º En los supuestos de doble nacionalidad del adoptante, la DGRN recuerda que para todas las actuaciones relativas a la adopción internacional se debe estar a las reglas generales en esta materia establecidas en tratados internacionales, y si

47 BOE, n.º 207, de 30 de agosto de 2006, regla V., apart. 5).

48 Cf. ORTIZ VIDAL, M. D., *La adopción internacional tras la Ley 26/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 145.

49 Una afirmación que deducimos, dado que en la exposición de motivos se pasa por alto cualquier justificación de la adopción consular en su nueva configuración. En el pasado se ponía el ejemplo del emigrante español que hubiera abandonado España quince o veinte años antes y desease adoptar al hijo de otro emigrante fallecido residente en la misma demarcación consular; esta solución evitaba y evita aun la instrucción de la idoneidad por las autoridades (administrativas) en España, que a la postre no tenían más remedio que recabar de la autoridad consular del país de residencia los datos fundamentales de la instrucción. Cf. PAZ AGUERAS, «La adopción consular...», *cit.*, espec. p. 536.

nada estableciesen, «será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida» (art. 9.9 CC). No obstante, si concurren dos nacionalidades activas es doctrina de la DGRN que debe prevalecer la española, a menos que a ello se oponga una disposición en contrario recogida en los tratados internacionales⁵⁰.

La cuestión de la doble nacionalidad puede ser relevante habida cuenta del importante número de españoles nacionalizados en los últimos tiempos tras la reforma del Código Civil por la DA 7.ª de la Ley 52/2007, de Memoria Histórica, por las que se reconoció un derecho de opción excepcional a adquirir la nacionalidad española a hijos de padre o madre que aun no habiendo nacido en España hubieran sido originariamente españoles y a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio. Un colectivo amplio que puede jugar con la nacionalidad española para activar la competencia del cónsul español, con o sin residencia en la demarcación⁵¹.

29. 3.º) La nacionalidad española del adoptante desencadena la aplicación de la ley sustantiva española a la capacidad del adoptante. Los requisitos para poder adoptar contenidos en el artículo 175 del Código Civil son los siguientes: (a) capacidad de obrar, objetiva y absoluta, o se tiene o no se tiene⁵²; (b) la edad mínima para adoptar son los 25 años cumplidos y si es por ambos cónyuges basta con que uno de ellos los tenga; (c) ha de mediar una diferencia de edad de al menos 16 años y máxima de 45 entre adoptantes y adoptando⁵³, aunque la regla especial del artículo 176.2 Código Civil permite excluir este requisito para las adopciones intrafamiliares⁵⁴ (art. 165.1 CC) y (d) salvo la adopción por ambos cónyuges o por pareja, nadie puede ser adoptado

50 Se recoge, por ejemplo, en su Res (3.ª) de 9 octubre de 2009 (JUR/2010/360746), en la que el cónsul había denegado la inscripción de una adopción constituida en Rusia por adoptantes venezolanos, ostentando la madre, además, la nacionalidad española. Admitido el recurso, afirma la DGRN: 1.º) «[...] en los supuestos de ciudadanos iberoamericanos y españoles concurren dos nacionalidades activas, debiendo prevalecer la nacionalidad española, a menos que a ello se oponga una disposición en contrario recogida en los Tratados internacionales» (F 6.º) y 2.º) «[...] la autoridad española ante la que se haga valer la cualidad de español de un sujeto con doble nacionalidad habrá de aplicar, preferentemente, la ley sustantiva española» (F 7.º).

51 Justamente el supuesto fáctico en la Res. DGRN de 9 de octubre 2009 antes citada: matrimonio en el que uno de los cónyuges es doble nacional, que adopta en Rusia y pretende inscribir en Austria, país de residencia de los adoptantes.

52 Habrá que ver cómo incide sobre esta cuestión la futura ley, conforme al Proyecto de Ley presentado a las Cortes el 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, al eliminar la radical distinción capacidad jurídica-capacidad de obrar y tendente hacia un modelo voluntario o de prevalencia de medidas de apoyo voluntarias frente al modelo judicial de protección.

53 Novedad en la LJV 2015, por la que se modifica el art. 175 CC (cf. LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 175», *cit.*, p. 49).

54 Cf. LÓPEZ MAZA, S., *ibid.*

por más de una persona (art. 175. 4 CC). La DA 3.ª de la Ley 21/87 equiparaba la pareja estable formada por hombre y mujer al matrimonio, quedando entonces excluidas las parejas homosexuales. Por Ley 13/2005, al admitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo, cabe la adopción por matrimonio o pareja homosexual.

Una dificultad suscita la calificación de las *parejas de hecho*, designadas como la «persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal». Para las parejas inscritas en registros españoles —conforme a las respectivas legislaciones autonómicas— o extranjeros, bastará acreditar la situación mediante certificación registral. Para las parejas no inscritas, sujetas por tanto al derecho civil común, es más dudoso que sea admisible la adopción por parejas que únicamente viven juntas⁵⁵, aun cuando a la postre una cierta estabilidad es simplemente una cuestión de prueba, siempre será posible la adopción por una de ellas.

30. 4.º) Por último, se prevé para las adopciones intrafamiliares (supuestos 1.º y 2.º) en las que el adoptando se halle en situación de acogimiento por ambos cónyuges o pareja unida por análoga relación de afectividad y se produzca el divorcio o separación de la pareja, ello no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta, siempre y cuando se acredite la «convivencia efectiva» del adoptando con ambos cónyuges a, menos los dos años anteriores a la propuesta de adopción (art. 175.5 CC, modificado por Ley 26/2015)⁵⁶. Asimismo, si se produce el fallecimiento del adoptante, se permite que la instrucción prosiga «si este hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento o el mismo hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento» (art. 176.4 CC).

4.3. Requisitos en relación con el adoptando

31. 1.º) Se requiere que el adoptando sea residente en la demarcación consular⁵⁷, dato a contrastar en el momento de la iniciación de la tramitación del expediente (art. 17.1 *in fine* LAI). Dicha exigencia cierra el paso a los supuestos en las adopciones sobre menores procedentes de terceros países, cuestión que examinamos a continuación.

55 Cf. LÓPEZ MAZA, S., *cit.*, p. 651.

56 Una norma que se ha explicado y solo se entiende desde la idea de equiparación de los hijos adoptivos con los hijos biológicos, de modo que si la ruptura de la pareja o el divorcio no deben afectar a las relaciones con los hijos biológico, esa misma crisis tampoco puede condicionar la culminación de un proceso de adopción, máxime si el adoptando está conviviendo (cf. LÓPEZ MAZA, E., *cit.*, p. 653).

57 Esta exigencia ya estaba presente en el anterior art. 17 LAI, que había sustituido el domicilio del adoptando por la residencia habitual para facilitar la prueba (cf. CALVO CARAVACA, A. L./CA-RRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La Ley 5/2007, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional. cit.*, p. 103).

32. Por demarcación consular debe entenderse el ámbito territorial (en el extranjero) para el que el funcionario consular o la sección consular de la embajada pueden ejercer las funciones que tienen conferidas. La demarcación coincide con los registros civiles en el extranjero, de modo que el Ministerio de Justicia dispone de la información relativa a cada demarcación que proporciona el Ministerio de Asuntos Exteriores⁵⁸. Cada demarcación cuenta, además, con un registro de inmatriculación (administrativo) a través del cual se controla la presencia de españoles en la demarcación.

De ahí que tratándose de adoptandos españoles, la inscripción en el registro de inmatriculación será el medio de prueba preferente de su residencia en el extranjero. De no estar inscrito o en el caso de adoptandos de nacionalidad extranjera, será inexcusable la prueba por otros medios documentales (p. ej., certificación registral extranjera u otros documentos acreditativos de la residencia habitual), habida cuenta de que dicha circunstancia es clave por el sentido restrictivo que se ha querido dar a la intervención consular en la constitución de la adopción.

33. Al ser el objeto de adopción consular únicamente los adoptandos residentes en la demarcación (y que previsiblemente pueden, además, ostentar la nacionalidad del Estado de recepción del cónsul), por una parte, se quiere asignar a la autoridad española más próxima al supuesto, y, por tanto, en mejor situación para apreciar el interés del adoptando.

Por otra parte, se cierra el paso a supuestos en los que la vinculación con la autoridad consular competente es mínima por faltar una residencia efectiva. Por ejemplo, si se tratara de adoptar a un menor que ha sido desplazado desde otro Estado (p. ej., porque no se pudo constituir la adopción) y recalca en el país en el que se halla acreditado el cónsul cuya competencia se activa. Tales supuestos no estarían contemplados por el actual artículo 17 LAI 2007 y tampoco sería deseable la constitución de la adopción en estos supuestos por loable que pueda ser el móvil del funcionario ante el que se plantea la cuestión. Pero en el examen de la práctica anterior no faltan casos en los que se ha pretendido la inscripción de adopciones constituidas en países distintos al de la demarcación consular en la que se solicitaba sobre menores nacionales del país en el que se hallaba acreditado el cónsul⁵⁹. La

58 Téngase en cuenta que la extensión es muy variable. Donde no hay oficinas consulares, la sección consular de la embajada extiende su demarcación a todo el territorio del país de acreditación, y si se encuentra afectada por un régimen de acreditación múltiple, a todos aquellos Estados ante los que está acreditada.

59 Cf. Res DGRN (5.ª) de 4 de septiembre de 2009 (*BMJ*, 1 de septiembre de 2010, pp. 275-277), sobre adopción privada de menor surcoreano, por adoptantes norteamericano y española, que había sido constituida en EE.UU., supuesto en el que lo que se impide son tanto la constitución como el reconocimiento e inscripción de una adopción al exigir la legislación coreana la existencia de un convenio bilateral entre el país de la nacionalidad del adoptante (España) y la República de Corea, que no se daba; idéntico motivo concurre en la Res. DGRN (4) de 20 enero de 2009 (*JUR*/2010/99155). Son las llamadas adopciones oblicuas, que, de admitirse, se obtendría un resultado no querido por el derecho interno de la República de Corea (cf. Res de 20 de enero de 2009, *cit.*, *in fine*).

vinculación exigida es la residencia habitual, noción fáctica, sí, y de fácil prueba, al tiempo que evoca una vinculación segura con la autoridad interviniente.

34. 2.º) Una cuestión particular suscita la no exigencia de traslado a España en sede del artículo 17 LAI 2007, esto es, en principio se contemplan los supuestos llamados a permanecer en el país de recepción del cónsul. Otra redacción —exigiendo la permanencia a futuro— habría sido poco realista. La norma aísla el momento de la constitución de la adopción y, como es obvio, no está en condiciones de prever o asegurar el futuro, esto es, un eventual traslado a España. De nuevo aquí aparece el fantasma del fraude: españoles que se trasladan al extranjero, acuden al cónsul para adoptar a persona residente en la demarcación y, ulteriormente, regresan a España. El legislador se ha preocupado por establecer la vinculación mínima con la autoridad interviniente al exigir la residencia habitual del adoptando en la demarcación. Pero deja abierto el camino a adopciones en las que se aspire a eludir el control (administrativo) de la legislación española.

35. 3.º) Por último, las circunstancias requeridas en el adoptando en los supuestos objeto de adopción consular (condición de huérfano, vínculo de parentesco, la condición de emancipado o la mayor edad, la propia situación previa de convivencia estable) necesitan ser acreditadas en el momento de iniciación del procedimiento (art. 17.1 *in fine* LAI) por medios documentales (certificación registral o documento notarial; tal vez la prueba testifical pueda servir para acreditar situaciones puramente fácticas). La falta de cualquiera de las circunstancias centrales de los supuestos a los que se refiere el artículo 17 LAI 2007 provoca que decaiga la competencia del funcionario diplomático o consular en orden a constituir adopción.

5. PROCEDIMIENTO

36. La ley aplicable a este expediente de adopción es, en todos los supuestos, la legislación española sobre jurisdicción voluntaria⁶⁰, a saber, los artículos 33 y siguientes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), relativos al procedimiento de constitución. Incomprensiblemente en la LJV no se menciona la intervención consular en relación con este expediente⁶¹.

37. 1.º) Exigencia central es que la adopción se constituye por resolución judicial que tendrá en cuenta el interés del adoptando, especialmente si es menor, por lo que es precisa la intervención del Ministerio Fiscal (arts. 176.1 CC y 34.1 LJV). Es un acto que requiere la presencia de funcionario diplomático o consular en el ejercicio de funciones judiciales y del canciller en el ejercicio de la función de fiscal.

38. 2.º) El expediente se iniciará con una solicitud del adoptante (art. 35.1 LJV), que deberá presentarse por escrito (35.3 LJV). En estos supuestos que no requieren propuesta previa, en el ofrecimiento para la adopción se harán constar expresamente, por una parte, «las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante o adoptantes asignados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la elección de aquél o aquéllos» (ex art. 35.2 LJV); por otra, «las alegaciones y pruebas conducentes a demostrar que en el adoptando concurre alguna de las circunstancias exigidas por dicha legislación» (art. 35.3 LJV). Complementariamente el artículo 38 LJV establece las reglas para las citaciones⁶².

En suma, la no exigencia de propuesta previa no exime al cónsul de recabar todos los datos señalados con el fin de valorar cuando menos la adecuación del adoptante o adoptantes⁶³. Al tratarse de supuestos dispensados de certificado de idoneidad si se constituyeran en España, esa misma dispensa se proyecta hacia el exterior en la constitución por autoridad consular, ya que el fundamento no varía por el hecho de constituirse ante autoridad española pero en el extranjero. Pues bien, toda esa operación de indagación y contraste de las circunstancias alegadas durante la instrucción y con carácter previo a la constitución resulta una carga significativa para el funcionario consular. Datos que obtener a partir de los documentos que sean

60 Art. 17.2 LAI: «En la tramitación y resolución de este expediente de adopción será de aplicación la legislación sobre jurisdicción voluntaria» .

61 Omisión que ha sido criticada (cf. LIÉBANA ORTIZ, J. R./PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de Jurisdicción voluntaria*, Aranzadi/Thomson-Reuters, 2015, p. 61).

62 Cf. art. 38 LJV: «1. Si en la propuesta de adopción o en el ofrecimiento para la adopción no constare el domicilio de los que deban ser citados, el Secretario judicial practicará inmediatamente las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio conforme a lo prevenido en el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento. 2. Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguna persona que deba ser citada, o si citada debidamente, con los apercibimientos oportunos, no compareciese, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida [...]».

63 Cf. GUZMÁN PECES, M., *La adopción internacional (Guía para adoptantes, mediadores y juristas)*, La Ley, 2007, p. 235.

aportados y, adicionalmente, una entrevista con los interesados parece una medida recomendable. Con carácter excepcional tendrá que recabar la colaboración de las autoridades locales. Y es que si bien las adopciones intrafamiliares pueden resultar más «mecánicas» por estar básicamente subordinadas a la presentación de ciertas pruebas documentales, no lo serán las relativas a menores emancipados y mayores.

39. 3.º) El aspecto sustantivo central es la manifestación del consentimiento del adoptante y del adoptando (arts. 36 y 37 LJV). La legislación española exige determinados consentimientos, asentimientos y audiencias conforme a lo previsto en el artículo 177, Código Civil, que operan como condición *sine qua non* del acto constitutivo de adopción⁶⁴. Se requiere (a) el consentimiento del adoptante o adoptantes, además del del adoptando mayor de 12 años; (b) deben asentir a la adopción el cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad⁶⁵; al exigirlo se admite que hay una derivación económica directa en el cónyuge o pareja por el hecho de la adopción⁶⁶. Esta era la actuación más controvertida para la intervención consular: averiguar si había progenitores y recabar el consentimiento en caso de no haber sido privados de la patria potestad; supone el ejercicio de una función cuasi jurisdiccional. Estos requisitos deben observarse, pues determinan la viabilidad de la adopción; creo que, por razonables, serían insoslayables, incluso si la capacidad del adoptando queda sujeta a una ley extranjera, como veremos en el siguiente epígrafe.

Pese a su trascendencia, realmente no tendrán mucho impacto —con matices— en los supuestos que contemplamos: dado que el adoptando se tratará, bien de un menor huérfano integrado dentro de la estructura familiar de los adoptantes, bien de menores emancipados o mayores y por tanto no sujetos a patria potestad. Sí tiene relevancia en los supuestos de adopción de hijo menor del cónyuge o de la pareja. De hecho, la constatación de la falta de asentimiento de la madre biológica en supuestos internacionales se ha puesto de manifiesto en un caso de adopción del hijo de la pareja, nacido por gestación por sustitución en el extranjero, siendo uno de los motivos de la denegación de la inscripción el hecho de que no quedaba acreditado el asentimiento de la madre biológica (o madre gestante) en el establecimiento de la filiación biológica⁶⁷.

64 Su infracción es causa de nulidad, salvo los casos en que no deban prestarlo (cf. LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado de derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 443).

65 Cf. LASARTE, C.: «El consentimiento es el elemento constitutivo; su ausencia o nulidad determina la nulidad de la adopción; por asentimiento entenderemos la declaración de voluntad sin que afecte a la eficacia y validez dado por parte de personas que no forman parte de la relación adoptiva; audiencia es la acción por la que los interesados formulan sus alegaciones, pero no es condición de validez de la adopción» (*derecho de Familia...*, cit. p. 337).

66 Cf. BERCOVITZ, R., *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 334.

67 Vid. AAP Barcelona 565/2018, de 16 de octubre de 2018 (ECLI:ES: APB: 2018: 6494), donde se cita la jurisprudencia asentada conforme a la cual «si el padre biológico, no privado legalmente

40. 4.º) Adicionalmente deberían tenerse en cuenta las prohibiciones para adoptar previstas en nuestra legislación. Así, no pueden ser adoptantes quienes no puedan ser tutores (art. 175.1.º CC), nadie puede ser adoptado por más de una persona (art. 175.4 CC), como tampoco puede adoptarse a un descendiente, a un pariente en segundo grado en línea colateral o a un pupilo por su tutor (art. 175.3 CC).

41. 5.º) La autoridad interviniente, además, podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción es en interés del adoptando (art. 39.1 LJV), bien que este elemento no sea central en la adopción consular al no estar particularmente dirigida a menores de edad.

42. 6.º) Por último, constituida la adopción, la resolución firme por la que se acuerde deberá ser objeto de inscripción en la Oficina consular del Registro Civil⁶⁸.

de la potestad ni incurso en causa de privación no presta su asentimiento a la adopción, no se puede formalizar» (cf. FJ 2).

68 Por analogía con lo previsto para las adopciones internas, conforme al art. 39.1 LJV: «El testimonio de la resolución firme en que se acuerde la adopción se remitirá al Registro Civil correspondiente, para que se practique su inscripción».

6. UNA CUESTIÓN PARTICULAR: LA CAPACIDAD DEL ADOPTANDO SUJETA A UNA LEY EXTRANJERA

43. La constitución de una adopción consular puede quedar sujeta a dos leyes distintas cada vez que el adoptando sea residente en el extranjero y sea extranjero. Por una parte, a la ley española, para los aspectos de procedimiento y de fondo, así como la capacidad del adoptante que venimos examinando; y, por otra, a una ley extranjera que derivaría de la eventual nacionalidad extranjera del adoptando residente en el extranjero. La sumisión a la ley española como ley única solo funciona, pues, cuando el adoptando ostente la nacionalidad española.

6.1. El mandato de aplicación de una ley extranjera: alcance

44. 1.º En efecto, la adopción constituida por autoridad consular queda sujeta a la ley sustantiva española salvo en lo relativo a la capacidad de los adoptandos residentes en el extranjero, supuesto que abre la puerta a la aplicación de una ley extranjera (art. 19.1.ºa) LAI)⁶⁹. Tiene todo el sentido que la capacidad del adoptando de nacionalidad extranjera y que en principio no va a ser trasladado a España se mida conforme a la ley de su nacionalidad⁷⁰. Se comprende dado que no habrá hasta ese momento relación alguna con la ley española. Siquiera sea ante la perspectiva de solicitar el reconocimiento (e inscripción) de tal adopción en el país de origen del adoptando, facilitándose indirectamente el *favor adoptionis*.

45. Esta exigencia estaba en la redacción anterior (art. 20 LAI 2007), aunque se ha visto reforzada al introducirse un nuevo párrafo 4.º en sede del artículo 19 LAI 2007, conforme al cual: «En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública»⁷¹. Es esta una norma imperativa del ordenamiento español. La regla principal es un mandato de no constitución —«se denegará la constitución [...]»— dirigido a las autoridades competentes. Nótese que la propia condición de adoptable puede no darse, al resultar inadmisibles o prohibidas la adopción consular en la ley nacional del adoptando. En tales casos la prohibición de la ley nacional del adoptando, coincidente o no con lo que

69 «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 española: a) si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción [...]». Estaba prevista ya en el art. 9.5.1 Cc anterior a la LAI. Esta exigencia ha sido criticada por ESPINAR VICENTE, J. M., «Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional», *Actualidad Civil*, n.º 18, 16 a 31 de octubre de 2008, pp. 1949-1962, p. 1957.

70 Es más, como se ha dicho, no estaría tan justificada ni siquiera la constitución de la adopción en España por autoridad judicial respecto de un adoptando residente en el extranjero (cf. ORTIZ VIDAL, M. D., *La adopción internacional...*, cit., p. 157).

71 Introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, art. tercero. veinte.

prevea la ley local, conlleva que decaiga la atribución de competencia inicial (en correspondencia con lo previsto en el art. 17.1, inciso primero, LAI 2007, ya examinado).

Es dudoso que el legislador al reconfigurar la adopción consular se planteara la posibilidad de que en la adopción consular intervenga una ley extranjera. Más bien, al tratar de aminorar las dificultades de la intervención consular, reflexionó en términos de facilitar las adopciones intrafamiliares, limitando la atribución de competencia para someter todo el expediente a una ley única, la ley española. Sin embargo, el hecho de que para los adoptandos residentes en el extranjero se prevea la aplicación de su ley personal si ostentan una nacionalidad extranjera, coloca a la autoridad consular ante un eventual conflicto de leyes. Aunque evoque una cierta falta de coordinación, si lo que se pretendía era someter la adopción consular a la ley española como ley única, no es un mandato que pueda soslayarse. Los artículos 17 y 19 LAI 2007, aunque respondan a finalidades muy distintas, han de encajar correctamente.

46. El contenido de la ley extranjera designada por la nacionalidad extranjera del adoptando es relevante si contiene prohibición de adoptar o el propio desconocimiento de la adopción (art. 19.4 LAI), a menos que se trate de un menor en situación de desamparo. La prohibición estricta de constitución de la adopción se introduce en la reforma de 2015 por la que el legislador se hace eco de las quejas manifestadas por países que desconociendo la adopción desean impedir la salida de menores con fines de adopción (paradigmáticamente, Marruecos). Siendo esta la finalidad prioritaria del artículo 19.4 LAI, bajo el ámbito de esta prohibición de constitución, igualmente podrían tener cabida otras prohibiciones como las que impiden la constitución de la adopción por adoptantes residentes en el extranjero, siendo los casos de Chile o India⁷².

47. En cuanto a las restricciones y otras prohibiciones previstas por la ley extranjera, la cuestión es distinta. Dada la trascendencia que tiene la adopción para el interés del adoptando, los ordenamientos jurídicos suelen imponer reglas especiales de capacidad de obrar, o, si se prefiere, una capacidad de obrar especial para entrar en la adopción. Corresponderá a la ley extranjera, debidamente acreditada, establecer las restricciones: el carácter de adoptable (o no incurrir en prohibiciones), las audiencias, asentimientos y consentimientos necesarios, el carácter irrevocable del vínculo, etc. Otras medidas restrictivas pueden estar referidas a las prohibiciones para adoptar entre parientes, la diferencia de edad entre adoptantes y adoptando, la edad mínima y máxima para adoptar y otras circunstancias, tales como el propio estado civil de los adoptantes⁷³ o restricciones más formales pero infranqueables como sería la exigencia

72 En la práctica, para sortear la prohibición de la adopción se ha venido constituyendo una tutela o acogimiento conforme a la ley española, convirtiéndolo ulteriormente en una adopción. Vid. LARA AGUADO, A., «Adopción internacional: relatividad de la equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del derecho extranjero», *REDI*, 2008, n.º 1, pp. 129-145, p. 143.

73 Así, por ejemplo, el convenio hispano-ruso impone que los adoptantes sean «matrimonio», excluyendo la posibilidad de que adopten personas solas, una regla dudosamente compatible con la normativa de derechos humanos. Las restricciones para adoptar en algún supuesto han sido

de un convenio bilateral entre el país de la nacionalidad del adoptando y el país al que presumiblemente se va a trasladar.

48. La cuestión nuclear estriba en el alcance de la ley extranjera, o dicho de otro modo, cuál de las dos leyes implicadas debe prevalecer en caso de discordancia o desajuste entre lo exigido por la ley española y la ley extranjera. Se suscitaría entonces un conflicto de leyes. En principio hay que estar a lo que disponga la ley extranjera correspondiente a la nacionalidad del adoptando (art. 19.1 LAI).

Dependerá también de dónde se identifique la discordancia. Es evidente que, de las prohibiciones previstas en el artículo 175 del Código Civil, únicamente la prohibición de adoptar por más de una persona (ex art. 175.4 CC fuera de los supuestos en que los adoptantes sean matrimonio o pareja) sería de orden público y, por tanto, llevaría a excluir la ley extranjera. Otras exigencias (o no exigencias) de la ley extranjera también parecen relevantes; así, por ejemplo, no escuchar a alguno de los progenitores no habiendo sido privado de la patria potestad parece motivo para impedir la constitución⁷⁴; es más, entraría de lleno en la cláusula de orden público del artículo 26 LAI 2007 en que para impedir el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, el legislador establece que vulneran el orden público «en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación».

Otras pueden ser prohibiciones escasamente relevantes en los supuestos de adopción consular (p. ej., que no cabe la adopción por tutor), dado que el artículo 17 LAI 2017 contempla dos supuestos muy estrictos y únicamente el supuesto de adopción por menores emancipados y mayores puede dar lugar a una mayor controversia.

La cuestión se ha planteado en el supuesto de reconocimiento de decisión judicial extranjera de adopción por el cónsul, por radicalmente abierto a lo que haya dictado una autoridad extranjera conforme a una ley extranjera. No faltan decisiones consulares en las que se han rechazado resoluciones judiciales extranjeras vulnerando

abordadas por el TEDH, para afirmar que hay infracción del derecho fundamental a la vida familiar cuando el derecho material de un Estado (Luxemburgo) impide la constitución de adopción plena por persona soltera, prohibición que no contemplaba la ley nacional del adoptando (cf. STEDH de 28 de junio de 2007, as. *Wagner c Luxemburgo*); vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Nota», REDI, 2008, n.º 1, pp. 247-250.

74 Sí ha servido como argumento, incorrecto, para impedir la conversión de una kafala en adopción; Auto AP Valencia, de 19 de diciembre de 2017 (ECCLI:ES: APV:2017: 3805A).

ciertas prohibiciones contenidas en la ley española⁷⁵, por ejemplo, la que autorizaba adopción constituida sobre la hermana de la adoptante⁷⁶.

En todo caso, la valoración y decisión final corresponderá al funcionario diplomático o consular en el examen caso por caso.

49. Creo que dar entrada a la ley extranjera tiene como límite, inevitablemente, la propia concepción que el ordenamiento español posee de la adopción desde la perspectiva de sus efectos, asentada en sólida doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁷⁷, recogida en la Instrucción Circular de 15 de julio de 2006, ya citada, en el ámbito del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras sobre adopción. Dicha circular vino a establecer un control de equivalencia entre la adopción constituida conforme a ley extranjera y la adopción conforme a la ley española, criterios finalmente cristalizados en el artículo 26 LAI 2007. Además de prever la competencia de la autoridad extranjera y la no vulneración del orden público (ex art. 26.1 LAI), impone exigencias adicionales.

1.º) Las adopciones constituidas en el extranjero deben producir plenos efectos o, cuando menos análogos a los de la filiación por naturaleza (art. 26.2 LAI 2015). Es decir, deben permitir el establecimiento de un vínculo de filiación. Tras la reforma del Código Civil de 1987 la adopción es única en el sentido de que tiene un único contenido⁷⁸.

75 Conforme a lo previsto en el artículo 175.3 CC anterior no cabía adoptar a) a un descendiente, cualquiera que fuese el grado (dicha prohibición impidió el reconocimiento e inscripción en el Registro de una adopción practicada en Suiza, de un menor español, hijo de españoles, por sus abuelos maternos igualmente españoles [cf. Res. DGRN de 22 de junio de 1991, *BMJ*, n.º 1611, 1991, pp. 59-62]; b) a los parientes en segundo grado en línea colateral por consanguinidad —hermanos— o afinidad —cuñados—, y c) al pupilo por su tutor hasta que se hubiera aprobado definitivamente la cuenta de la tutela.

76 Res. DGRN (77) de 3 de enero de 2014 (*BMJ*, 21 de mayo 2014, pp. 25-27); en el caso la adoptada era hermana de la adoptante y la DGRN aplicó la excepción de orden público. Si bien es cierto que en la doctrina se ha discutido acerca de la naturaleza imperativa o no de tales prohibiciones, y en conexión con esto, sobre la eventual proyección en los supuestos internacionales, no es cuestionable que se trata de mandatos que la autoridad española interviniente debe respetar. Reconducirlos a la cláusula de orden público tampoco es fácil dado que la definición del orden público es sumamente restrictiva en sede del art. 23 LAI 2007 y no siempre cabría hablar de infracción de derechos fundamentales. No obstante, en supuestos como este se ha entendido que se daría una infracción del derecho fundamental a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad (cf. MARCHAL ESCALONA, N., «Denegación del reconocimiento y la inscripción en el registro civil español de una adopción constituida en el extranjero», *AEDIPr*, 2014-2015, pp. 1223-1229, p. 1225).

77 Vid. DÍAZ FRAILE, J. M., «Problemas actuales en la adopción internacional», *Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15, 2011, pp. 125-141.

78 También en la jurisprudencia constitucional: «[...] de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que la filiación no

2.º) Ruptura de los vínculos biológicos. Debe producir la extinción de los vínculos familiares entre el adoptando y su familia anterior. La adopción solo es la adopción plena prevista en el ordenamiento español. Nótese que hay sistemas en los que la adopción crea un vínculo de filiación pero no el efecto paralelo de ruptura del vínculo anterior, también llamadas adopciones simples —típicamente en algunos países sudamericanos—. La DGRN ha entendido que persisten los vínculos con la familia anterior —y, por tanto, se impide la equivalencia de efectos con la adopción española— en los supuestos en que haya padres conocidos⁷⁹, los padres no hayan fallecido, no estén incapacitados y no se encuentren en paradero desconocido⁸⁰. No obstante, cabe defender la necesidad de flexibilización de esta exigencia ante situaciones intermedias: por supuesto, si no está afectado el interés del menor, así como en los supuestos de adopciones intrafamiliares, cuando se trata de adoptar al hijo del cónyuge o pareja unida por análoga relación de afectividad, visto que el artículo 178.2. a) en su nueva redacción permite la subsistencia de vínculos familiares.

3.º) La irrevocabilidad de la adopción. Dada la imposibilidad de que la filiación pueda quedar establecida respecto de más de una familia (art. 180 CC), la adopción extranjera ha de resultar irrevocable para todas las personas implicadas, en particular, para la madre biológica. Así lo ha exigido constantemente la DGRN, confirmando la denegación dictada por los registros consulares cada vez que no quedaba fehacientemente probado este extremo⁸¹. Esto explica que «cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que este, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil» (art. 26.2, apart. 4.º, LAI).

Este control de equivalencia, forjado en el ámbito del reconocimiento de adopciones constituidas por autoridades extranjeras, puede servir de guía al funcionario diplomático o consular encargado de una constitución de adopción. Cada vez que la ley extranjera correspondiente a la ley nacional del adoptando permita o conciba la adopción con infracción de alguna de estas exigencias, lo correcto será, bien descartar

admite categorías jurídicas intermedias...» (STC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5).

79 Es clave la Res. DGRN (1.ª) de 6 de abril de 2006, en la que se matiza según que se trate de niños de padres conocidos y plenamente integrados en la familia (procede denegación del reconocimiento) o de menores en situación de acogida en un régimen de tutela o guarda legal. Cada vez son menos, dada la influencia del CLH 1993, que, asimismo, excluye la adopción simple.

80 Res. DGRN (1.ª) de 3 de septiembre de 2009 (*BMJ*, 1 de septiembre de 2010, pp. 249-255), valorada negativamente por MARCHAL ESCALONA, N., «Nota», *AEDIPr*, 2010, pp. 1198-1202.

81 *Vid.*, entre las primeras, las res. de la DGRN de 14 y 16 de febrero de 1998, 29 de mayo de 1998; especial interés, al ahondar en los distintos tipos de revocación y sus consecuencias, *vid.* Res. DGRN (7.ª) de 26 de febrero 2010 (en la que, pese a tratarse de una revocación judicial ante las autoridades de Kazajistán, constaba la voluntad de la madre de no renunciar al ejercicio de la facultad de revocación).

la ley extranjera y aplicar la ley material española también a la capacidad del adoptando, bien evitar la constitución. Se objetará que cualquiera de las dos alternativas supone ir más allá de un control de legalidad. El fundamento sería evitar situaciones discriminatorias por cuanto que no es admisible que la adopción constituida ante autoridad consular española sea radicalmente distinta en cuanto a sus efectos respecto de lo exigido por otras autoridades españolas.

50. En principio las divergencias emergerán en el curso del procedimiento en la fase de alegación y prueba de la ley extranjera del adoptando, rectora de la capacidad. La carga de la prueba acerca de la inexistencia de prohibición en la ley nacional del adoptando corresponde al interesado en el momento inicial del procedimiento (p. ej., que estuviera prohibida la adopción sin más, o la adopción sobre mayores). Pero, en la medida en que condiciona la propia atribución de la competencia a la autoridad consular, pesa sobre esta un importante papel en orden a la indagación. Puede conocer e incluso está en mejores condiciones para indagar el contenido de la ley extranjera en este punto, particularmente si la ley rectora de la capacidad del adoptando coincide con la ley local.

6.2. Las excepciones a la aplicación de la ley extranjera

51. En esta misma hipótesis de adoptando residente en el extranjero se prescindirá del recurso a la ley extranjera, bien si la remisión a tal ley no facilita el reconocimiento de la adopción en el país de la nacionalidad del adoptando (art. 19.2 LAI), bien en los supuestos de adoptandos apátridas o personas cuya ley nacional resulte indeterminable (art. 19.3 LAI). En ambos supuestos se establece una vuelta a la ley material española como ley rectora de la capacidad del adoptando.

En el primer supuesto (art. 19.2 LAI), se invita a la autoridad interviniente a hacer un cálculo prospectivo de modo que ha de cerciorarse de la posibilidad de que la adopción consular constituida pueda ser ulteriormente reconocida e inscrita en el país de la nacionalidad del adoptando. En función de las posibilidades de reconocimiento aplicará o no la ley nacional del adoptando, indagación para la que el cónsul, insisto, está en óptima situación cuando la nacionalidad del adoptando coincida con la ley local⁸², y, en cambio, casi impracticable cuando se trate de adoptandos nacionales de país distinto; en este punto, creo que es una exigencia legal muy alejada de lo razonable.

82 Aunque parezca una novedad introducida por la reforma por Ley de 2015, lo cierto es que con anterioridad los especialistas ya propugnaban este tipo de solución como precaución. Así, J. M. PAZ AGUERAS, afirmaba «[...] en cualquier caso, el Cónsul debe cerciorarse de que las autoridades del Estado donde presta sus servicios autorizan su salida del país y, con anterioridad a la resolución del expediente, valorar si el hecho de que la adopción no será reconocida por su país de origen puede perjudicar los intereses del adoptando en cuyo caso negará su constitución en base a la protección de los intereses del mismo que constituye el criterio al cual debe ajustar su actuación» (cf. «La adopción consular...», *cit.*, p. 525).

En el segundo supuesto (ex art. 19.3 LAI), si el adoptando carece de nacionalidad o no cabe determinar la ley nacional, por razones obvias corresponderá al funcionario competente la decisión de precisar conforme a qué ley facilitar la constitución de la adopción⁸³. La conexión subsidiaria solo podrá ser la ley española, regla general en relación con la capacidad y, por lo demás, ley rectora del procedimiento.

83 En el caso que da lugar a la Res DGRN (11) de 13 de febrero, 2013 (*BMJ*, de 12 de junio de 2013, pp. 8-10), en la que el cónsul de Dusseldorf, en un supuesto de adopción del hijo del cónyuge de nacionalidad serbia, deniega la constitución de la adopción al no darse la diferencia de edad (14 años) exigida por el CC español, aplicación de la ley española no justificada, por tratarse de un menor serbio —aunque sin certeza—. La autoridad consular trata de sortear la restricción de la ley española, acudiendo a la ley de la residencia habitual —alemana—, y complementariamente a la ley nacional del adoptando, siendo así que en dicha ley la diferencia de edad exigida se ampliaba a 18 años.

7. INSCRIPCIÓN EN LA OFICINA CONSULAR DEL REGISTRO CIVIL

52. El expediente de jurisdicción voluntaria concluye en una resolución judicial por la que se da por constituida la adopción, siendo esta el título de acceso a la Oficina consular del Registro Civil⁸⁴. Es precisamente en este punto en el que se marca una diferencia sustancial dado que la adopción no será internacional (por extranjera) sino española. La ventaja de haber constituido una adopción por intervención consular reside en la ausencia de un trámite previo de control de validez de la adopción dado que, aunque constituida en el extranjero, lo habrá sido por autoridad española⁸⁵, con las matizaciones derivadas de la eventual interferencia de una ley extranjera para la determinación de la capacidad del adoptando.

53. El régimen jurídico de la inscripción registral de las adopciones constituidas fuera de España ante autoridad consular se deduce de la regla de competencia general (arts. 9 y 10.2 LRC 2011)⁸⁶. La inscripción debe instarse en la Oficina consular del Registro Civil donde se haya formalizado la adopción, al corresponder a los registros consulares, entre otras funciones, la de «inscribir los hechos y actos relativos a españoles acaecidos en su circunscripción consular» (art. 24.1 LRC 2011). Como quiera que la LRC 2011 introduce un cambio de planteamiento radical al establecer, por una parte, un registro individual de cada persona (art. 5 LRC 2011), y, por otra, un registro electrónico (art. 3.2 LRC 2011), parece que por vía de consecuencia el nuevo sistema modificará una de las características del Registro Civil consular, que ha sido la de la duplicidad⁸⁷. Un registro electrónico en el que consten todos los datos de la persona tiene la ventaja de la centralización de la información relativa a cada persona. Ciertamente es que cuando se trate de la inscripción de un adoptando de nacionalidad extranjera no constará dato alguno en Registro español.

84 Es la denominación que adquiere el Registro Civil consular en la nueva LRC 2011 (art. 23), tras su entrada en vigor el 1 de octubre de 2020 (*loc. cit. supra*) «aplicándose de forma progresiva conforme a lo previsto en la disposición transitoria séptima y las disposiciones reglamentarias que se dicten al efecto». Conforme a la DT 7.ª LRC 2011: «Lo dispuesto en esta Ley se aplicará a las Oficinas consulares de Registro Civil atendiendo a los medios y sistemas informáticos, los canales electrónicos y las condiciones de funcionamiento disponibles».

85 Cf. JUÁREZ PÉREZ, P., *La adopción internacional. Estudio legal y jurisprudencial*, Académica española, 2012, p. 307.

86 Art. 9.1: «En el Registro Civil constarán los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español». Art. 10: «1. La solicitud de inscripción y la práctica de la misma se podrán efectuar en cualquiera de las Oficinas Generales del Registro Civil con independencia del lugar en el que se produzcan los hechos o actos inscribibles. Si se producen en el extranjero, la inscripción se solicitará y, en su caso, se practicará en la Oficina Consular de la circunscripción correspondiente. En este último caso, la inscripción también se podrá solicitar y practicar en cualquiera de las Oficinas Generales».

87 Conforme a la LRC 1957 les correspondía «extender por duplicado las inscripciones que abren folio en el Registro a su cargo, uno de cuyos ejemplares deberá ser remitido al Registro central para su debida incorporación».

54. Este nuevo planteamiento, aún no materializado, puede evitar también los conflictos de competencia entre los registros consulares y los registros municipales, dado que de una interpretación literal del artículo 10.1 LRC 2011 cabría inferir una suerte de derecho de opción del promotor de la inscripción entre la oficina consular y las oficinas generales —eventualmente correspondiente al adoptante domiciliado en España, p. ej.—. Aunque en el supuesto tipo del que partimos no cabe hablar en rigor de adopciones internacionales, lo cierto es que al no exigirse domicilio o residencia del adoptante o adoptantes en la demarcación consular, pueden estos tener su domicilio en España o en un tercer país, e incluso conllevar un desplazamiento del adoptando desde el país del cónsul a España, datos que permitirían sostener el carácter internacional.

En cuyo caso hasta ahora se abría la posibilidad de aplicar el régimen particular en materia de adopción internacional (ex art. 16.3 LRC 1957, modificada por Ley 27/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad^{88 89}), cuya vigencia es más que dudosa, si bien la nueva LRC 2011 es muy parca al respecto (art. 44.4 LRC 2011) y habrá que esperar tal vez a su desarrollo reglamentario. Conforme a aquella era competente el Registro Civil del domicilio de los adoptantes (pues el o los adoptantes serán normalmente los promotores) para la práctica de la inscripción principal de nacimiento y marginal de adopción en los supuestos de adopción internacional (art. 16.3 LRC 1957). Aunque el artículo 16.3 LRC 1957 no establezca si el Registro Civil del domicilio de los adoptantes debe ser un registro municipal o puede ser el registro civil consular⁹⁰, la competencia se ha extendido a los Registros consulares⁹¹, con doble fundamento, a saber, al corresponder con el domicilio de los adoptantes y también por coincidir con la demarcación del país donde tuvo lugar el hecho del nacimiento o de la adopción en su caso⁹².

88 Reforma que tuvo por finalidad descargar al Registro Civil Central. Véase Instrucción DGRN de 28 de febrero de 2006, sobre competencia de los registros municipales en materia de adquisición de la nacionalidad española y adopciones internacionales (BOE, n.º 71, de 24 de marzo de 2006).

89 La cuestión de la aplicabilidad del art. 16.3 LRC a lo que la juez de instancia caracterizaba como una adopción no internacional subyace en la Res. DGRN (27) de 22 de enero de 2019 (BMJ, n.º 2226, enero de 2020, p. 12), FJ VII.

90 Cf. Res DGRN (5.ª) de 4 de septiembre de 2009 (BMJ, de 1 de septiembre de 2010, pp. 275-277); sobre esta indeterminación, LARA AGUADO, A., «Imposibilidad de constituir y reconocer adopciones surcoreanas cuando los adoptantes son españoles», *AEDIPr*, 2010, p. 1207.

91 Cf. Res. DGRN de 14 de marzo de 2007, apart. IV. Está previsto, asimismo, en la Resolución Circular de 15 de julio de 2006 (*loc. cit.*), al disponer que la regla general de competencia en materia registral civil se contiene en el art. 16.1 LRC («los nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro municipal o Consular del lugar en que acaezcan»).

92 Cf. Res. DGRN (1.ª) de 28 de mayo de 2015 (BMJ, de 29 de mayo de 2015, pp. 29-33) en que se cuestionaba si la competencia correspondía al consulado en Toulouse, por ser el lugar de origen de la menor, nacida por gestación por sustitución, o al de Bruselas, por ser Bélgica el país en el que se habría constituido la adopción en favor de una de las dos madres, resolviéndose finalmente en favor de este y ante la inacción del Consulado en Toulouse (*vid.* MORENO CORDERO,

55. Finalmente, sobre estas adopciones también se proyecta el régimen de publicidad restringida⁹³ (art. 83.1 a) LRC 2011) y hasta el momento se ha permitido la rectificación del lugar de nacimiento, si bien habrá que esperar en este punto a su desarrollo reglamentario dado que la LRC 2011 es muy parca a este respecto. Se trata, en último término, de borrar el pasado del adoptado y que únicamente consten en el Registro «los datos sobrevenidos por la adopción, con referencia a la inscripción previa del nacimiento y adopción en la que se comprende todo el historial jurídico del adoptado»⁹⁴. Esto es, que los adoptantes, de común acuerdo, «pueden solicitar directamente en el Registro Civil de su domicilio que se extienda la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, así como la extensión en el folio que entonces corresponda, de una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos, la oportuna referencia al matrimonio de estos y la constancia de su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado» (según establecía el art. 16.3 LRC 1957⁹⁵).

Cabe, por tanto, realizar una nueva inscripción cancelando la anterior, de modo que en la segunda se hará constar como lugar de nacimiento del adoptado el domicilio de los padres, el nuevo nombre y, si quieren, nuevos apellidos para el adoptado. Este nuevo asiento sería accesible a cualquier persona con interés, mientras que el anterior queda cancelado y sujeto a las reglas de publicidad restringida (art. 83.1 a) LRC 2011⁹⁶).

G., «Inscripción de adopción: no extranjera», *AEDIPr*, 2016, p. 1291).

93 Cf. DÍEZ DEL CORRAL, J., «La inscripción de la adopción internacional en el Registro Civil», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, 2002, t. I, pp. 465-472, p. 471.

94 Evita, por ejemplo, que en la documentación personal del adoptado conste su lugar de nacimiento real y que de ahí se deduzca su filiación adoptiva, que puede resultar incómodo. Véase en este sentido la Res. DGRN de 6 de julio de 2018 (1.ª), en la que se pide traslado de la inscripción en el Registro civil Central de una menor nacida en Ucrania, cuyos padres solicitan una nueva inscripción por traslado al de Murcia correspondiente a su domicilio. La rectificación del lugar de nacimiento también se solicitaba en el caso que dio lugar a la Res. DGRN de 21 de julio de 2019 (34) (*BMJ*, n.º 2231, junio de 2020, p. 18).

95 En correspondencia con el art. 20.1 de la LRC 1957 tras la reforma de 2005.

96 Cf. CORRERA IZU, M., «El asiento de nacimiento en la nueva Ley de Registro Civil. El problema de la filiación», *Diario La Ley*, n.º 8886, 2016, p. 9.

8. UNA VALORACIÓN

56. Del examen anterior se desprende que la adopción consular pervive con unos rasgos propios que dotan a esta institución de una cierta autonomía respecto de los supuestos típicos de adopción interna e internacional. Tres datos llaman la atención: hay una debilidad del elemento publicista, así como del elemento internacional, y puede ser una puerta al fraude en supuestos excepcionales.

57. 1.º) Debilidad del elemento publicista. En la adopción intrafamiliar así como en los supuestos de adopción de menores emancipados y mayores, se desvanece el carácter tuitivo de la adopción y se acentúa el rasgo de negocio jurídico perteneciente al derecho de familia que permite establecer un vínculo de filiación y un vínculo familiar, sin más, con identidad de efectos a las demás filiaciones. Al quedar fuera del control a través del certificado de idoneidad, los tres supuestos escogidos del artículo 176 Código Civil sobre los que se proyecta la intervención consular se alejan del modelo dominante por el que la adopción internacional (e interna) es una institución de protección de corte publicista dada la esencial intervención de la Administración pública. Dicho de otro modo, emergen como supuestos más próximos al modelo tradicional imperante desde la legislación de 1970 y anterior a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, y la Ley 1/1996, de Protección jurídica del menor, período en el que la adopción respondía a un modelo contractual y de protección privatista⁹⁷. Pese a ello, nótese que subsiste un amplio control sobre las circunstancias previo a la constitución y en la constitución —recabar consentimientos— que recae sobre el funcionario consular y se formaliza por resolución judicial.

58. 2.º) Debilidad del elemento internacional. En principio, el legislador está facilitando la constitución conforme a derecho español y el acceso a la Oficina consular del Registro Civil de situaciones internacionales porque acaecen en el extranjero, aunque realmente muy próximas a la autoridad consular. Se permite que el funcionario diplomático o consular autorice la constitución de las solicitudes u ofrecimientos de adopción planteados en un mismo entorno, que es el de la comunidad de españoles establecidos en la demarcación consular. En suma, parece que lo prioritario era ceder a la intervención consular la adopción entre españoles en el extranjero⁹⁸. Eventualmente los adoptandos podrán ser extranjeros o dobles nacionales y podrán o no ser trasladados ulteriormente a España tras la constitución de la adopción.

97 Cf. ADROHER BIOSCA, S., «La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los santos inocentes», *Revista Crítica de derecho Inmobiliario*, n.º 711, pp. 13-56, espec. p. 17; igualmente, CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre sobre adopción internacional...cit.*, p. 11.

98 Cf. ADROHER BIOSCA, S., «Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 701, 2007, pp. 949-1004, p. 988.

59. 3.º) Las posibilidades de fraude. Qué duda cabe que la adopción es una institución que puede contribuir a satisfacer necesidades de muy distinto signo: familiares, psicológicas y patrimoniales, y por qué no decirlo, expuesta a situaciones de fraude. En los supuestos internacionales el fraude se manifiesta en la búsqueda de un estatus que posibilite la opción a la nacionalidad española o, cuando menos, a la residencia legal en España. No será extraño, además, que la adopción consular se utilice como vehículo para sortear el complejo procedimiento, en términos de coste y tiempo, del Convenio de La Haya sobre protección de menores y adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, pese a que dicho convenio sea de aplicación imperativa entre los Estados parte tratándose de menores de 18 años que van a ser desplazados desde su país de origen⁹⁹. La constitución de la adopción vía consular puede ser útil en todos aquellos supuestos en los que, injustificadamente, no se haya logrado el certificado de idoneidad o en los que por cualquier razón el procedimiento de constitución por la vía del CLH 1993 haya fallado, e incluso en los supuestos de adopción de menores emancipados o mayores, excluidos de su ámbito.

Lo cual se facilita, por una parte, al no exigir residencia del adoptante en la demarcación consular y posea la residencia en España¹⁰⁰. Por otra, la idea clave y común a todos los supuestos es que, en principio, no va a haber traslado del adoptado a España. Ahora bien, como quiera que el artículo 17 LAI 2007 no impide el ulterior traslado, las posibilidades del fraude ahí están, sin que lo que puedan llegar a ser casos excepcionales justifiquen la supresión de esta institución. Todo depende de que los cónsules ejerzan una verdadera función de control de las circunstancias presentes en cada caso. Y en este punto no es solo aconsejable la prudencia al cónsul. Convendría la implantación de algún mecanismo de comunicación o colaboración por parte de la Administración estatal que facilite al cónsul el acceso a posibles datos anteriores. Ténganse presentes las ventajas que conlleva la adopción en orden a la adquisición de un derecho de opción a la nacionalidad española o en sede de extranjería.

99 Cf. Res. Circular DGRN de 15 de julio de 2006 sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, *loc. cit.*, regla III.5.

100 La ocultación del dato de la residencia del adoptante en España también se ha dado en adopciones constituidas ante autoridad local extranjera con la finalidad de evitar la tramitación del certificado de idoneidad, (*vid.* Res DGRN (77) de 3 de enero de 2014, *BMJ*, de 21 de mayo de 2014, pp. 25-27)

MAQUETACIÓN:

Ministerio de Justicia

Secretaría General Técnica

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

