

DR 29 677

Hola, muy buenas noches. Hoy último viernes del mes de marzo iniciamos un nuevo espacio de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Les saluda, en nombre de todos los que hacemos este programa, Charo López de Alba.

Durante las próximas dos horas y media estaremos compartiendo con todos ustedes este tiempo de radio para acercarles a la universidad y ofrecerles unos espacios de contenido cultural y educativo. Los programas habituales de los viernes son la Revista de Derecho, que esta noche contará con la presencia de los profesores de quinto curso, el informativo semanal de la UNED, que será eco del fallo de los jurados del cuarto certamen de narración breve y del tercer certamen de pintura de la UNED, y el curso de acceso a la Universidad para mayores de 25 años, que hoy está especialmente dedicado a los alumnos que optaron por la carrera de Derecho. La profesora de Nociones Jurídicas Básicas, doña María Eugenia Gallo, explicará las ramas del Derecho Público.

Con el desarrollo de estos contenidos estaremos hasta las 11 de la noche, desde Radio 1, en la frecuencia modulada de Radio Nacional de España. Vamos a dar comienzo a la penúltima Revista de Derecho que dedicamos en el presente curso académico a las materias correspondientes al último año de la licenciatura. Desde este programa nos dirigimos a nuestros alumnos de la UNED y a todos los oyentes que están interesados por los temas jurídicos.

La motivación para el estudio, la orientación y la explicación de los temas que son considerados de interés o de actualidad son los principales objetivos de esta revista, y para ello contamos con la presencia y colaboración de los profesores de la sede central de la UNED. Los títulos de los temas que desarrollaremos esta noche son los siguientes. La adopción internacional, que será analizada por el profesor de la disciplina de Derecho Internacional Privado, don Pedro Pablo Miralles Sangro.

Tendremos una visión general del derecho procesal en Argentina a cargo del profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires, don Adolfo Armando Rivas. El titular de Derecho Civil, don Jesús Álvarez Carballo, explicará dos conceptos importantes en el derecho de sucesiones, la legítima del Código Civil y la legítima simbólica. Y finalizaremos con la concepción tridimensional del derecho, que expondrá el profesor y catedrático emérito de la UNED, don Antonio Fernández Caliano.

Los primeros minutos de la revista los vamos a dedicar a analizar los aspectos más importantes de la adopción internacional, así como las leyes que la regulan. Para ello se encuentra con nosotros el profesor titular de la disciplina de Derecho Internacional Privado, don Pedro Miralles Sangro. Buenas noches, profesor Miralles.

Buenas noches. A partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, ¿la figura de la

adopción ha recibido algún tratamiento jurídico especial? Sí, evidentemente, como consecuencia de la vigencia y de la realidad práctica del principio de igualdad, en el más amplio sentido de la palabra, que en la Constitución queda reflejado de una parte, en términos generales, en el artículo 14, pero también en lo que hace al ámbito de la protección de la familia y de los menores en el ámbito de la familia. En el artículo 39, la modificación de la legislación como consecuencia de estos principios fundamentales de la Constitución se tenía que haber llevado a cabo y ha tenido lugar, como ahora les voy a explicar, porque en un primer momento se empezó a trabajar sobre todo el derecho de familia en general, se hicieron modificaciones sucesivas, recuerdan ustedes la aprobación de la ley del divorcio, toda la regulación de la patria potestad, de la tutela, y por fin, mediante la ley 21 de 1987, se aprobó la modificación del Código Civil y de la ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción.

Bien es cierto que esta ley 21 de 1987 tenía unos defectos, digamos que de imprenta, incomprensiblemente no se produjo en el Boletín Oficial del Estado la corrección de errores correspondientes y hubo que esperar a que se aprobase una nueva ley, la ley 11, en 1990, que subsanaba y enmendaba la de 1987, como decía antes, por no haberse producido la corrección de errores que debería haberse producido. Entonces, ¿cuál es, en términos generales, la nueva regulación de la adopción en el derecho español? Pues digamos que lo podríamos resumir en tres apartados. En primer lugar, el que se regula un solo tipo de adopción, desaparecen las figuras de la adopción simple y la adopción plena, que siguen existiendo en otros ordenamientos jurídicos, pero en España, a partir del 87, solo existe un tipo de adopción que se asimila a cualquiera de los otros tipos de filiación.

La segunda característica de estas modificaciones legales es el que se crean dos nuevas figuras que van a ofrecer mayores garantías, y van a ser unos pasos previos en definitiva a la adopción, que son la figura del desamparo y la figura del acogimiento. Y, por último, ya más en el ámbito del derecho internacional privado, lo que nos importa destacar es que en el capítulo cuarto del título preliminar del Código Civil se modifican los números 4 y 5 del artículo 9, que contienen las normas de derecho internacional privado español en materia de adopción. Bueno, estos son, en términos generales, el proceso de modificación y adaptación de la legislación a los principios constitucionales, que es lo que usted me preguntaba.

Teniendo en cuenta que una de las fuentes internacionales del derecho internacional privado es el derecho convencional, ¿cuál es la situación actual de la adopción en el derecho convencional español? Pues así, a bote pronto, la situación es mala y preocupantemente mala, diría yo. Pero no solamente en lo que afecta a España, sino a nivel internacional en general. Porque ¿cuál es el panorama de convenios internacionales que tenemos delante en esta materia tan importante de protección de los menores? Pues, de una parte, el trabajo realizado en la conferencia de la AIA tuvo como resultado el que se aprobó un convenio en 1965 sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de adopción.

Pero, desgraciadamente, este convenio no ha llegado nunca a entrar en vigor y, por tanto,

bueno, ahí quedó un esfuerzo baldío en la medida en que no se lograron superar las diferencias entre los diferentes estados miembros de la conferencia como para que entrase en vigor el convenio. No obstante, también en este momento, en la conferencia de la AIA, visto su fracaso anterior del 65, se ha trabajado haciendo un esfuerzo, yo me atrevería a decir sobrehumano, para que en la sesión de la conferencia de este año, 1993, se someta a aprobación, a debate y aprobación, un anteproyecto de convenio sobre cooperación internacional y protección de menores en materia de adopción internacional. Es un convenio, es un proyecto de convenio que está basado en la cooperación internacional y que es mucho más flexible y que cuenta con la experiencia de los últimos 20 o 30 años en materia de adopción internacional y que, previsiblemente, dado el esfuerzo que se ha hecho, yo pienso que no solamente se aprobará en la conferencia de la AIA de este año, sino que rápidamente entrará en vigor por el número de ratificaciones de los estados.

Otros esfuerzos convencionales, pues están de una parte, yo citaría evidentemente el convenio del Consejo Europa en materia de adopción, que es de los años 60, en concreto de 1967, del que España es parte, perdón, del que España no es parte, pero sí forman parte de un número muy importante de países europeos. El problema de este convenio es que es un convenio excesivamente genérico y poco limitador de las concepciones nacionalistas y nacionales que sobre la adopción existen y, por ejemplo, la protección de los menores en previsión de tráfico internacional de menores cuando estamos ante una adopción internacional, pues su eficacia, yo me atrevería a ponerla en cuestión, es una eficacia al menos muy limitada. Y en otro ámbito geográfico habría que señalar el convenio sobre adopción internacional que se aprobó en la conferencia interamericana de derecho internacional privado en el continente americano.

Es un convenio sobre conflicto de leyes en esta materia del año 1984, aunque a pesar de que los países miembros de esta conferencia interamericana de derecho internacional privado están muy afectados por la problemática de la adopción, pues solamente lo han ratificado dos países, que son Colombia y México, por tanto su eficacia, dado el número tan importante de países que hay en ese continente, pues también ha sido reducida. En tal sentido, también en cierta medida, como se ha hecho en la conferencia de la AIA, en la conferencia interamericana de derecho internacional privado, en estos momentos que se va a celebrar su quinta sesión este año, en 1993, se realiza un esfuerzo para preparar un proyecto de convenio de protección de menores, tanto en el ámbito civil como en el ámbito del derecho penal. Luego, en resumidas cuentas, creo que los resultados de los foros internacionales y de los estados a la hora de la celebración de convenios internacionales, y por supuesto España, que no tiene ratificado ninguno, pues el resultado son muy penosos y lamentables al fin y al cabo, y el hecho que no haya habido una regulación convencional en la materia, yo estoy convencido que ha sido uno de los motivos por los cuales ha habido más desprotección de menores, se han producido adopciones un tanto irregulares, y hemos estado ante el problema del aumento creciente del tráfico irregular internacional de menores.

Este es el panorama, es un poco sombrío, pero bueno, es la realidad que tenemos delante. Acaba de hablar de adopciones irregulares, pero ¿por qué es tan difícil poder adoptar? Cuando

hay familias, parejas que quisieran adoptar a un niño o a una niña, pues al final casi si no hay dinero por medio, pues prácticamente imposible, tanto en España como fuera, coger niños del extranjero. Sí, bueno, pues este es un problema que tiene varios factores, es decir, por un lado en los países más desarrollados, entre los cuales se encuentra España, nos encontramos con que la edad de la media de la población, pues de la población activa, pues se ha reducido, el número de hijos en los matrimonios, en las parejas, también se ha reducido, veas el caso de España, que la media en este momento no llega ni a dos hijos por pareja o por matrimonio, y por otra parte en los países menos desarrollados, en los países donde hay mayor problema de pobreza, de pobreza alarmante, pues si hay un aumento de la población infantil muy grande.

No es casual que estas diferencias socioeconómicas den lugar a situaciones de violencia social, económica, política y jurídica grave, y que como consecuencia de ello, pues el tráfico se produzca en el sentido de que parejas, personas pertenecientes a países desarrollados, ante su angustia y su necesidad personal de tener hijos adoptados, acudan a países donde la situación económica es de pobreza, y los ciudadanos de estos países que padecen pobreza, se vean obligados, por su parte, a caer en el tráfico de menores. En este sentido, bueno, creo que no es descubrir nada, si realmente afirmo yo aquí, porque tengo constancia de ello, que incluso hay tarifas, tarifas internacionales para la compra de menores y su posterior adopción. De todas formas, bueno, insisto, creo que los esfuerzos que se hacen en este momento en la Conferencia de la AIA para regular la adopción pueden ser un alabonazo importante en contra del tráfico internacional de menores, lo mismo que los esfuerzos que se realizan en la Conferencia Interamericana del Derecho Internacional Privado.

Pero ya que me ha tocado el tema, se acaba de relucir el tema del tráfico internacional de menores en relación con la adopción, pues sí habría que hacer una mención en concreto a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. La convención se aprobó en 1989 y España forma parte de la misma, al igual que otros muchos países. En la Convención sobre los Derechos del Niño se contempla también la adopción y se contempla la adopción en el sentido de propiciar el que los estados, cuando se encuentren ante una adopción internacional, adopten todas las medidas de protección del menor que estén al alcance de su mano.

Pero reflejo de la situación, de la situación problemática en la materia, está en que el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, se dice que los estados, y cito literalmente, adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que en el caso de adopción en otro país, es decir, adopciones internacionales, la colocación del menor no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella. Aquí la pregunta que se hizo, que se ha hecho mucha gente desde el momento en que se conoció el texto, es la siguiente, ¿es posible concebir que haya beneficios debidos, beneficios económicos debidos, ante una adopción internacional? Yo entiendo evidentemente que no, y desde la perspectiva del derecho español, pues es evidente que al amparo de la Constitución esto sería una auténtica violación de sus principios más fundamentales. De ahí que el Estado español, cuando ratificó la Convención de los Derechos del Niño, formuló una declaración, que paso a leer literalmente, porque creo que merece la pena, que dice lo siguiente, con respecto al párrafo D

del artículo 21 de la Convención, España entiende que la interpretación del mismo, nunca podrán deducirse beneficios financieros distintos a aquellos que fueran precisos para cubrir los gastos estrictamente necesarios que puedan derivarse de la adopción en el supuesto de niños y niñas que residan en otro país.

Bueno, creo que es una declaración que aclara bastante el tema, aunque bien es cierto que muchos países que lo han ratificado no han expresado ni manifestado declaración en este mismo sentido. En definitiva, el problema del tráfico de menores en relación con la adopción, pues ahí está adelante y creo que, aunque tímidamente, se están dando pasos para que desaparezca todo lo que sea tráfico regular o irregular, tráfico sobre las personas de los menores y por supuesto sobre las mayores. Lo que pasa es que hoy nos ha tocado hablar de la adopción y normalmente la adopción se practica sobre personas menores, aunque legalmente es perfectamente posible realizarla en personas mayores, pero lo frecuente es que se realice sobre menores.

Centrándonos en España, profesor Miralles, ¿cuáles son, en su opinión, los aspectos más destacables de la regulación de la adopción internacional? Los aspectos más destacables, desde la perspectiva del derecho internacional privado, por supuesto, pues son de una parte los relativos a la competencia judicial internacional en la materia. En este sentido, en los foros de competencia judicial internacional del artículo 23.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se establece que los juzgados y tribunales españoles eran competentes en el orden civil para la constitución de la adopción cuando el adoptante o adoptado sea español o resida en España. Competencia que se extiende, por tanto, y por supuesto conforme a lo dispuesto en el artículo 9.5 párrafo tercero del Código Civil, se extiende, digo, a los cónsules españoles en el extranjero siempre que el adoptante sea español y el adoptado esté domiciliado en la demarcación consular correspondiente.

Esto por lo que hace a competencia judicial para seguir un poco las orientaciones pedagógicas de la primera unidad didáctica que se dieron a los alumnos, ¿no? Y entonces una vez aclarados, aclarada la regulación de la competencia judicial, hay que ver cuál sería la ley aplicable en materia de adopción. La ley aplicable en materia de Derecho Internacional Privado Español está regulada en el artículo 9.5 del Código Civil, artículo 9.5 que deriva de la redacción dada por la ley 21 de 1987 que, como dije antes, se modificó, se subsanó el defecto que contenía mediante la ley 11 de 1990. Conforme a este artículo 9.5, el párrafo primero del Código Civil, hay que distinguir varios aspectos en cuanto a ley aplicable.

Se aplicará la ley española en cuanto Lex Fori a todo lo relativo a las formalidades y solemnidades de la adopción. Y por lo que hace a la constitución de la adopción en cuanto al fondo, los requisitos se regirán por la ley española, excepto lo que hace a la capacidad y consentimientos del adoptando, que se regirán por su ley nacional si reside fuera de España y, aunque resida fuera de España, si no adquiere la nacionalidad española en el momento en que se vaya a realizar o practicar la adopción. Estos son los aspectos más importantes en cuanto, repito, competencia judicial y ley aplicable.

Para terminar respecto a esta pregunta, bueno, pues yo creo que se ha dado un paso importante respecto a la regulación anterior al 87 y, por tanto, a la regulación anterior a la constitución del 78 y creo que se ha producido una armonía interesante entre Foro y IUS, entre competencia judicial y ley aplicable, bueno, que empieza a dar sus frutos, aunque realmente no sabemos, no tenemos conocimiento de que se hayan realizado estadísticas oficiales sobre el número de adopciones internacionales practicadas ya en España o ya por los cónsules españoles en el extranjero. De todas formas, por la información que yo tengo, me atrevería a afirmar, aunque no tengo estadísticas oficiales al respecto, bueno, pues que las garantías jurídicas del tráfico internacional privatista en materia de adopción han aumentado de forma considerable en España y en todo lo que se refiere a España. Los alumnos de esta disciplina ya estudiaron en la primera unidad didáctica en los temas de derecho procesal que uno de los objetivos básicos de las decisiones sobre derecho internacional privado es que, llegado el caso, tengan eficacia en el extranjero, en sentido contrario, ¿qué eficacia pueden llegar a tener en España las decisiones extranjeras en materia de adopción? Bueno, este es un tema capital en todos los aspectos del derecho internacional privado, de la práctica del derecho internacional privado, pero en concreto en este que abordamos hoy de la adopción, pues es francamente importante porque, como usted decía, toda decisión judicial o iniciativa de derecho internacional privado va a tener una aspiración de que tenga eficacia, llegado el caso, en el extranjero, pero a su vez hay que contemplar, hay que regular el tratamiento que deben recibir las decisiones en materia de adopción internacional, las decisiones extranjeras en España.

En este sentido, en primer lugar, los alumnos saben ya perfectamente, después de haber superado la primera parte de la asignatura en el examen de febrero, que en materia de adopción, por ser acto de jurisdicción voluntaria, no procede el sometimiento de las decisiones extranjeras al trámite del executor. Pero el que no haya que someter al trámite executor no quiere decir que no haya que someter la decisión extranjera a un control, y no solamente un control, sino a la comprobación de que se reúnen los requisitos que la ley española establece para dar eficacia a esas decisiones extranjeras. Y esto está regulado en el Código Civil, en el artículo 9.5, en el último párrafo de este artículo 9.5. Cuestión discutible porque podría haberse remitido a una regulación de una norma procesal específicamente, pero bueno, en cualquier caso, ahí está en el Código Civil.

¿Cuáles son las características de esta regulación de la eficacia de las decisiones extranjeras en materia de adopción cuando se pretende que tengan eficacia en España? Bueno, pues se exigen se exigen los siguientes requisitos. Que la autoridad competente extranjera que haya practicado la adopción sea realmente competente, haya sido realmente competente, y por tanto la autoridad española ha de comprobar la competencia de la autoridad extranjera que ha intervenido para realizar la adopción, conforme en coordinación con el citado artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, relación artículo 9.5, último párrafo, con 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El segundo requisito es que todo lo relativo a la capacidad y consentimientos se haya regido por la ley del adoptando.

Quiero significar y señalar a los alumnos que si bien puede que haber quedado, yo espero que

haya quedado claro estos dos requisitos, en la redacción que se da en el artículo 9.5 el asunto no queda suficientemente claro. ¿Por qué? Porque empieza diciendo, y cito literalmente, en la adopción constituida por la competente autoridad extranjera la ley del adoptando regirá en cuanto a capacidad y consentimiento necesario, es decir, que parece que el Código Civil en este 9.5 está regulando lo que debe de hacer la legislación extranjera y la autoridad extranjera, y por supuesto no entra dentro de la competencia del Poder Legislativo en España, es una extralimitación del ejercicio de su soberanía el intentar regular lo que tienen que hacer otros estados. No es esto lo que quiso hacer el Poder Legislativo, no es esto lo que quiere decir el Código Civil, evidentemente que no es esto, pero su redacción por ser mala, por ser confusa y por inducir a la equivocación, exige esta aclaración.

El último párrafo del 9.5 lo único que señala son los dos requisitos antes referidos que han de reunir las decisiones extranjeras en materia de adopción para que lleguen a tener eficacia en España. Esos dos requisitos, es decir, que realmente haya sido competente la autoridad extranjera y que haya regido la ley del adoptando en cuanto a capacidad y consentimientos, son requisitos que quizá puedan resultar un tanto rígidos, pero yo creo que no, porque dada la materia que afecta a los menores, que requiere una especial protección, y más dado toda la problemática de tráfico irregular e ilegal de menores que hay en este momento en el mundo, pues aunque quizás sea algo rígida yo creo que es sano y es positivo para asegurar las garantías jurídicas que la constitución establece. Quizá quede un último aspecto ya para terminar, que es el de que en otros ordenamientos jurídicos existen diferentes tipos de adopción, lo mismo que antes en España.

Hay adopciones plenas, menos simples. Cuando se trate de dar eficacia en España a esas decisiones extranjeras sobre adopciones que no son plenas como la española, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.5, se puede perfeccionar esa situación con los consentimientos, realizando los consentimientos preceptivos posteriormente al reconocimiento de la eficacia para que esa adopción simple o menos plena realizada en extranjero tenga plena equivalencia y valga la redundancia con la adopción en España después de la regulación de 1987 y 1990. Estos minutos que hemos dedicado a la adopción internacional creo han sido interesantes para esbozar los aspectos más importantes de la misma.

Gracias, Profesor Miralles, por su colaboración con nosotros, con la Revista de Derecho. Gracias a ustedes. La Revista de Derecho se va a ocupar en los siguientes minutos en conocer los estudios de Derecho Procesal en Argentina de la mano de un profesor de esta disciplina en la Universidad Nacional de Buenos Aires, don Adolfo Armando Rivas, que es un invitado del Departamento de Derecho Procesal de nuestra Universidad.

Pero antes, don Fernando Ibáñez López Pozas dará unas importantes indicaciones relativas a la materia de la segunda prueba presencial. Buenas noches, Profesor Ibáñez.