



## **SOBRE LA NECESIDAD DE QUE LA MADRE BIOLÓGICA RATIFIQUE EL ABANDONO-EXPOSICIÓN DEL RECIÉN NACIDO EN LOS SUPUESTOS DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (1)**

*Por M.ª ISABEL VELAYOS MARTÍNEZ  
Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Alicante*

El presente estudio pretende resolver la cuestión suscitada en la práctica de si, en el marco de una adopción internacional realizada por nacional español, la madre biológica debe ratificar el abandono-exposición de su hijo, de acuerdo con lo prevenido en el art. 177.2.2.º *in fine* Código Civil español, cuando tal hecho hubiere acontecido antes del transcurso de treinta días del parto. La conclusión ha de ser doblemente negativa, tanto desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado cuanto desde la propia interpretación doméstica del precepto citado.

### **I. CUESTIÓN PLANTEADA**

El objeto de reflexión sobre el que versa y pretende resolver el presente estudio jurídico gira en torno a si resulta pertinente aplicar el último inciso de art. 177.2.2.º del vigente Código Civil (CC) español, cuando se trata de una adopción de un menor extranjero por padres de nacionalidad española, y sobre la que haya de pronunciarse autoridad judicial extranjera, para que surta plenos efectos jurídicos en España.

Más en concreto, y por lo que se refiere al consentimiento de la madre biológica del adoptando en manifestar el abandono-exposición de su retoño, para que de él se haga cargo la Administración, se plantea la duda de si prestado aquél antes de los treinta días inmediatamente posteriores al parto es válido o, por el contrario, debe ser ratificado por la madre en fecha posterior. Por descontado, y por cuanto que este trabajo carecería de sentido, se obvia cualquier hipótesis de que la propia *lex fori* material, coincidente en este caso con la Ley nacional del adoptado, contemple un precepto similar al art. 177.2.2.º *in fine* CC español: se está presuponiendo su inexistencia.

Anticipando aquí la tesis que más adelante se concretará en profundidad, puede sostenerse que, si bien no cabe duda de que la redacción del precepto aludido configura una presunción *iuris et de iure*, tampoco debe obviarse que la jurisprudencia reconoce circunstancias fácticas que ponen de manifiesto una desvirtuación de tal conjetura, en la realidad de muchos casos estadísticos de la práctica forense.

### **II. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

El art. 177 CC español en su redacción vigente regula la intervención exigible de los padres biológicos en el desarrollo del proceso de adopción de un menor en España; su contenido literal es el que sigue:

«Art. 177 CC:

1. Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años.

2. Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/1881:

1.º El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

2.º Los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el art. 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/1881.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

*El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.*

3. Deberán ser simplemente oídos por el Juez:

1.º Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción.

2.º El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores.

3.º El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio.

4.º La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél.»

Como se deriva del texto señalado en cursiva, el ordenamiento jurídico español exige un requisito temporal para dar validez al consentimiento de la madre biológica en dar en adopción a su hijo recién nacido; de esta suerte, todo parecería indicar que, en principio, sería nula la resolución judicial que constituyera la adopción de un menor en favor de quienes legalmente estén capacitados, en el caso de que la madre biológica hubiera manifestado su voluntad favorable dentro del plazo de los treinta días siguientes a los del nacimiento del niño, pero no después. En consecuencia, desde una interpretación literal del precepto, se impondría la tesis provisional de la necesidad de que, en todos los casos, se ratificara ese consentimiento en fecha posterior.

### **1. Consecuencias de Derecho interno en adopciones nacionales de menor español por padres españoles y ante autoridad judicial española**

#### *A) Criterios interpretativos del Ordenamiento jurídico español*

Antes de abordar la cuestión de fondo, debe reflexionarse sobre dos aspectos que condicionan cualquier interpretación coherente del art. 177.2.2.º *in fine* CC español; de un lado, si se trata o no de un norma anterior a la promulgación de la vigente Constitución Española que tuvo lugar el 6 de diciembre de 1978; de otro lado, cuál sería el resultado, atendiendo a las reglas que el propio Código Civil español establece para la correcta interpretación de las normas jurídicas.

## a) Derechos constitucionales

Con respecto de la primera de las dos perspectivas de estudio apuntadas, ha de señalarse que el texto contemplado por el art. 177.2.2.º *in fine CC* se introduce por primera vez a resultas de la reforma operada en el Código Civil por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Se trata, por tanto, de un precepto post-constitucional, sustentado sobre la base filosófica que recoge la mencionada Ley en su exposición de motivos; más en concreto, el espíritu de la Ley 21/1987 se simplifica literalmente en «... basar la adopción en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución» (2).

Para comprender la incidencia de los derechos fundamentales que contempla la Constitución Española en la más acertada interpretación del art. 177.2.2.º *in fine CC*, deberíamos analizar la hipótesis de qué ocurriría si la madre que renuncia a su hijo antes del transcurso de 30 días después del parto desea preservar su anonimato para que no trascienda a su círculo personal el hecho de su maternidad; para que su renuncia sea válida, ¿tendrá que ratificarla exponiendo entonces públicamente su identidad?

No es sencilla la decisión sobre qué primar: si el derecho del hijo a conocer sus orígenes y filiación biológica (3), o el derecho de la madre a mantener su anonimato (4); no se trata de derechos absolutos en sí mismos; por ello, lejos de la radicalidad que en principio presenta el art. 177.2.2.º *in fine CC* español, la jurisprudencia de los tribunales españoles se encuentra dividida, sin que la respuesta pueda ser única en todos los supuestos, sino al contrario: antes bien, tendrá que adaptarse a la casuística. Además el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 13 de febrero de 2003 --caso *Odièvre*-- y con base en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, destaca la prevalencia del derecho de la madre a mantener su anonimato frente al del hijo biológico a conocer sus orígenes, sin que ello suponga una discriminación del último, por lo que trasladado al caso que aquí se trata, no sería necesaria ratificación alguna.

## b) Reglas interpretativas predefinidas por la Ley

El Código Civil español tiene la virtualidad de constituirse derecho supletorio para todos los casos; y es en calidad de tal cuando establece literalmente:

«Art. 3 CC:

1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita.»

La conclusión obvia que se extrae de una lectura reposada de la citada norma se concreta en que la interpretación literal de cualquier precepto debe matizarse según el contexto que rodee al caso concreto, y ponerse en sintonía tanto con la interpretación sociológica cuanto con la ponderación de la filosofía que condujo al legislador a finalizar su obra en la manera en que al fin resultó; todo ello sin olvidar la incorporación de los criterios de equidad o justicia natural que, por añadidura, se presumen existentes en la noble tarea de juzgar.

En consecuencia, el rigor literal del art. 177.2.2.º *in fine* CC sólo podrá ser tal si todas las otras variables interpretativas apuntadas así lo aconsejan.

*B) La necesidad de ratificación del consentimiento de la madre en el marco de una adopción nacional española*

Es tiempo de retomar el punto de partida inicial, esto es, del contenido del art. 177.2.2.º CC se extrae como conclusión que --cito inicio-- «en principio, sería nula la resolución judicial que constituyera la adopción de un menor en favor de quienes legalmente estén capacitados, en el caso de que la madre biológica hubiera manifestado su voluntad favorable dentro del plazo de los treinta días siguientes a los del nacimiento del niño, pero no después; desde una interpretación literal del precepto se impondría la tesis provisional de la necesidad de que, en todos los casos, se ratificara ese consentimiento en fecha posterior».

a) Supuestos que alteran la conclusión derivada de la interpretación inicial literal del art. 177.2.2.º CC

a') Situación fáctica de desamparo

Existe una clara diferencia entre renunciar a un hijo biológico, y por consiguiente asentir a la adopción, sin hacer dejación de los derechos derivados de la maternidad, y la situación de hacer dejación de estos derechos aunque formalmente no se haya producido la renuncia al hijo biológico; estas circunstancias fácticas aludidas tienen unas consecuencias jurídicas que, por lógica, no pueden ser las mismas para ambos casos.

La dejación de derechos y deberes aunque no se asienta a la adopción puede entenderse como un verdadero abandono, en tanto que si los padres biológicos --y más en concreto la madre para el caso de que aquí se trata-- no acometen sus deberes, necesariamente tendrán que ser sustituidos por la entidad pública correspondiente, organismo que debe controlar la idoneidad de los posibles adoptantes en el proceso de adopción; *el menor está desamparado, porque quienes en primer término están obligados a protegerle renuncian a ello, lo que prácticamente llevará a la privación de su derecho de veto a la adopción por terceros que sí estén en condiciones de ser verdaderos padres, y a ello se hayan comprometido con anterioridad ante las autoridades públicas.*

En la práctica los tribunales españoles consideran que cuando la madre, antes del transcurso de treinta días post-parto, entregan expresamente al recién nacido a la entidad pública o simplemente abandonan el hospital dejando al bebé en él, se está materializando un acto de desamparo (5); la Administración pública necesita en estos casos un título que legitime su actuación, en tanto que no puede ser un mero guardador de hecho.

En estas circunstancias resulta irrelevante una ratificación del consentimiento de la madre, por lo que, aunque no se recabara, ello no impediría la entrega en adopción de su hijo biológico por parte de la Administración pública, verdadera depositaria material de la custodia del menor.

b') Imposibilidad de la madre para ratificar su asentimiento a la adopción

Llama poderosamente la atención cómo el art. 177.2.2.º CC español, inmediatamente antes de aludir a la invalidez del consentimiento prestado por la madre antes de los treinta días inmediatamente posteriores al parto, recoge en párrafo precedente lo que sigue:

«Art. 177.2.2.º.I CC:

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.»

Desde luego, si en el caso concreto concurrieran causas que imposibilitaren a la madre para ratificar su asentimiento previo, como por ejemplo las de índole psíquica --enfermedad, adicción o deficiencia-- o la falta de localización de su paradero..., tales circunstancias harían decaer el rigor del precepto que se estudia en este trabajo; esto es, no sería necesario recabar la ratificación en el caso de que con anterioridad al transcurso de los treinta días posteriores al parto ya hubiera renunciado a su hijo biológico.

Así lo han entendido numerosas sentencias de tribunales españoles, entre las que cabe citar la de la Audiencia Provincial de Las Palmas --tribunal de apelación-- de 3 de febrero de 1999, que entendió que la madre biológica se encontraba imposibilitada para prestar el asentimiento a la adopción por ser consumidora habitual de estupefacientes; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia --tribunal de apelación-- de 12 de junio de 2003, que reconoce la imposibilidad de la madre por haber sido consumidora de heroína y de cocaína durante todo el embarazo, y sus graves limitaciones personales y sociales para proporcionar a su hijo un adecuado rol parental; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo --tribunal de apelación-- de 4 de abril de 2005, entre otras muchas.

b) La relevancia del asentimiento a la adopción: el *favor minoris*

Ni que decir tiene que la audiencia de padre y madre al tiempo de tramitar un expediente de adopción es fundamental para no generar la indefensión de todos aquellos que resultan implicados en un procedimiento de adopción. Así lo han reconocido numerosas sentencias del más alto tribunal de España, este es el Tribunal Constitucional; entre otras pueden observarse las sentencias núms. 143/1990, 298/1993, y 124/2002.

Pero, si se examina detenidamente, estas resoluciones judiciales no determinan ni el momento en el que deba recabarse tal audiencia, ni la trascendencia de una posible actitud negativa de los padres biológicos; en suma, lo que el Tribunal Constitucional español obliga a garantizar es, al menos, una audiencia.

¿Qué trascendencia tiene, entonces, la falta de consentimiento a la adopción por los padres biológicos, en el marco de un procedimiento de adopción tramitado en España? El propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en su auto núm. 319/1999, de 21 de diciembre de 1999; de acuerdo con su doctrina, será posible constituir la adopción aun cuando la madre biológica se niegue a prestar su asentimiento, pues, dentro del amplísimo arbitrio que la Ley le concede, el juez puede aprobar la adopción en estos casos, siempre que entienda que la misma es beneficiosa para el niño. En la misma línea puede reconocerse la sentencia del Tribunal Supremo español --Sala I-- de 20 de abril de 1987 (6).

En el mismo sentido descrito se pronuncian otros tribunales menores, como es el caso de la Audiencia Provincial --Tribunal de apelación-- de Albacete, en su sentencia núm. 107/1996, de 8 de mayo, que afirma que «... el juzgador para constituir o no la adopción únicamente tendrá en cuenta el interés del adoptado... el asentimiento es una facultad de los padres biológicos que pueden o no prestarlo y que, por supuesto, no vincula al juez»; también la Audiencia Provincial --Tribunal de apelación-- de Barcelona, en su auto de 20 de marzo de 1991; así la Audiencia Provincial --tribunal de apelación-- de Almería en su sentencia de 21 de mayo de 1992, coinciden en entender que debe adoptarse la decisión que más favorezca al menor, con independencia de la voluntad de los padres biológicos. Más recientemente, la Audiencia Provincial --Tribunal de apelación-- de Cádiz, en su sentencia núm. 54/2005, de 11 de abril, ha dicho textualmente que «... habría de velarse por el derecho fundamental a la integridad moral del menor, concepto éste que impide pueda ejecutarse el retorno del menor con su familia de origen cuando pueda provocar daños psicológicos al niño,

cuyo interés superior es el que debe guiar cualquier decisión y que se integra en el ámbito protegido por el art. 15 de la Constitución... como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional».

La doctrina jurisprudencial que ha sido expuesta en los párrafos precedentes tiene una muy sólida base en el texto de numerosos Tratados Internacionales, que convienen en entender que, en situaciones de especial conflictividad, el interés del menor prima sobre cualquier otro o, lo que es lo mismo, acogen decididamente la teoría del *favor minoris*; en concreto, véanse la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y la Resolución del Parlamento Europeo núm. 3-0172/1992. Igualmente, la Constitución Española en su art. 39.4 establece implícitamente que el *favor minoris* es principio rector de la política social (7), y el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor --que modifica parcialmente el Código Civil (Ley 27/1889) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/1881)--, expresamente establece: «en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

### C) Conclusiones

Llegado el momento de recapitular todo lo expuesto, y de exponer un resumen de las principales conclusiones que pueden extraerse al respecto, puede afirmarse que, en relación con la interpretación que debe atribuirse al contenido del art. 177.2.2.º *in fine* CC en el caso de que resulte pertinente su aplicación en el desarrollo de un procedimiento de adopción ante las autoridades judiciales españolas, habrán de tenerse en cuenta las siguientes condiciones:

a) Es deseable que cuando se ha producido la renuncia a un hijo por su madre biológica, antes del transcurso de treinta días después del parto, y dicha madre ni haya sido privada de la patria potestad del menor ni se encuentre incurso en una causa que posibilite una declaración de desamparo, se recabe la ratificación de la madre biológica, antes de que la autoridad judicial proceda a entregar al menor en adopción.

b) No obstante lo anterior, se podrá prescindir de la ratificación del consentimiento cuando el juez entienda, y así lo exprese motivadamente en su resolución, que la madre ha puesto a su hijo biológico en una situación fáctica y real de desamparo, desentendiéndose de sus deberes como progenitora, aunque formalmente no haya manifestado la renuncia a su hijo.

c) No obstante lo dispuesto en el punto a), también se podrá prescindir de la ratificación del consentimiento cuando el juez entienda, y así lo exprese motivadamente en su resolución, que la madre está imposibilitada para ratificar su asentimiento a la adopción, por múltiples causas entre las que se pueden encontrar, por ejemplo, su incapacidad psíquica por consumir algún tipo de sustancia tóxica y adictiva, o por estar aquejada de alguna enfermedad mental, y la dificultad para su localización por las autoridades al desconocerse su paradero actual.

d) En cualquier caso, sea como fuere el pronunciamiento de la madre biológica a la que se le presta audiencia en el procedimiento de adopción, una vez transcurridos treinta días después del parto, el juez deberá atender con absoluta prioridad a la protección de lo que resulte mejor para el menor, cuando se deba resolver sobre su adopción por terceros padres.

## **2. Consecuencias de Derecho Internacional Privado en adopciones internacionales de menor extranjero por padres españoles y ante autoridad judicial extranjera**

Analizada la trascendencia que tiene lo dispuesto en el art. 177.2.2.º *in fine* CC en el marco de un procedimiento de adopción celebrado en España, procede entrar sin más dilación en el estudio de lo que resulta el verdadero objetivo del presente trabajo; así, pronunciarse sobre si el mencionado

artículo debe aplicarse cuando se esté tramitando en un país extranjero la adopción de un menor nacional de ese país por padres de nacionalidad española.

La conclusión que se extraiga se sostiene sobre dos pilares jurídicos fundamentales; de un lado, las directrices de Derecho Internacional Privado fijadas por la Dirección General del Registros y del Notariado española (8), a la luz de la interpretación de lo dispuesto en el propio Código Civil; de otro lado, lo que se disponga en el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993.

#### *A) La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*

El Código Civil español vigente contiene un reducido número de normas (de los arts. 8 al 12) que, bajo el título de «Normas de Derecho Internacional Privado», indican qué Leyes materiales y procesales deberán aplicarse para enjuiciar los asuntos conflictivos, cuando versen sobre materias reguladas por el Derecho privado, e incorporen cualquier elemento de extranjería, bien por que alguna de las personas o las cosas involucradas en el objeto del conflicto sea extranjera -- entendiéndose por tal lo no nacional español--, bien por que las resoluciones judiciales españolas que se dicten deban ser ejecutadas en el extranjero o viceversa.

Por lo que respecta a la adopción el art. 9.5 CC español es suficientemente claro, y su contenido literal es el que sigue.

«Art. 9 CC: (...)»

5. La adopción constituida por Juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la Ley española. No obstante, deberá observarse la Ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios:

1.º Si tuviera su residencia habitual fuera de España.

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

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

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

*En la adopción constituida por la competente autoridad extranjera, la Ley del adoptando regirá en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios. Los consentimientos exigidos por tal Ley podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente. En su caso, para la adopción de un español será necesario el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España.*

No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Tampoco lo será, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción.

La atribución por la Ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil.»

Es, precisamente, el ap. IV del art. 9.5 CC el que resulta aplicable para resolver la cuestión planteada en este trabajo.

España no es parte de ningún tratado o convenio internacional en el que se establezca la normativa aplicable cuando en la adopción intervienen elementos de extranjería, y más en concreto, que resuelva qué Ley se tiene que aplicar cuando ciudadanos españoles, a los que las autoridades españolas y las de un tercer Estado reconocen como legalmente capaces para adoptar a un menor, pretenden adoptar a un menor extranjero y en el país del cual es nacional el niño. En un supuesto como el planteado, al menos concurren dos normativas, así la del Estado de origen --que es el de procedencia del adoptado-- y la del Estado de recepción --que es el de los padres adoptantes, en este caso España--.

La Dirección General de Registros y del Notariado española, en varias de sus Resoluciones, de entre las que cabe destacar la núm. 7132/2000, de 20 de mayo de 2000, y la núm. 4344/2003, de 9 de abril de 2003, ha establecido clara y terminantemente que la solución genérica sobre qué normas aplicar la proporciona el mencionado ap. IV del art. 9.5 CC, y se ajusta a lo que a continuación se expone:

*«a) la Ley del primero de los Estados (del que es nacional el niño y en el que se está tramitando el procedimiento de adopción) regulará los requisitos relativos a capacidad y consentimientos necesarios, lo que incluye:*

-- capacidad de una persona para ser adoptada,

-- edad a partir de la que se puede vetar su adopción,

-- los consentimientos que se deben prestar en el proceso de adopción los padres biológicos --si los hubiere--, así como las instituciones públicas que deban intervenir en el procedimiento,

-- el pronunciamiento definitivo sobre la capacidad de una persona extranjera para adoptar, conforme a la Ley de dicho Estado, y una vez que las autoridades del país del cual es nacional el adoptante también le hayan considerado capaz inicialmente (9).

*b) la Ley del segundo de los Estados (del que son nacionales los adoptantes y donde tiene que surtir efectos la adopción) regulará los requisitos relativos a la incorporación jurídica de una adopción de pleno derecho a la sociedad de ese Estado, lo que incluye:*

a) el pronunciamiento inicial sobre la capacidad de una persona nacional de dicho Estado para adoptar, subordinado siempre a la decisión que definitivamente adopte el Estado que deba resolver sobre la adopción de uno de sus menores por dicha persona.

b) los requisitos de entrada y de permanencia de un niño extranjero en ese Estado.»

*B) La influencia decisiva del Convenio de La Haya de 1993 en la interpretación del art. 177.2.2.º in fine CC español*

Ante las elevadas proporciones que está adquiriendo el fenómeno de las adopciones internacionales, no cabe duda de que existe un texto normativo de referencia universal que está siendo ratificado masivamente por los Estados; en concreto, se trata del «Convenio relativo a la Protección del Niño

y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional», hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993, más conocido en la práctica forense como el Convenio de La Haya de 1993.

Este Convenio fue ratificado por España en fecha de 30 de junio de 1995 y, de conformidad con lo que dispone el art. 10.2 de la vigente Constitución Española (10), se constituye como norma interpretativa de rango máximo, en todo lo que afecta a los derechos fundamentales que resultan implicados en los procedimientos de adopción plena que acontezcan en países extranjeros que también hayan ratificado el citado Convenio.

Los objetivos del Convenio de La Haya de 1993 se recogen en su art. 1, y tienen como máxima aspiración la de establecer garantías para que en cualquier proceso de adopción se proteja, por encima de cualquiera otros intereses, el interés superior del niño y sus derechos fundamentales (11); como expresa su art. 2, su ámbito de aplicación se extiende a las adopciones internacionales tramitadas entre Estados signatarios del Convenio y a los que pertenezcan adoptado y adoptantes (12).

El art. 4 c).4 del Convenio se refiere expresamente a los términos en los que debe exigirse el consentimiento de la madre biológica; así se establece que:

«Las adopciones por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen: (...)

c) Se han asegurado de que: (...)

*4. El consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño.»*

En lógica consecuencia puede afirmarse que, para que se pueda constituir una adopción plena, *el Convenio de La Haya 1993 se conforma con que la madre haya renunciado a su hijo biológico una vez que ya haya nacido, sin condicionarlo a plazo mínimo alguno ni a obligación de ratificación de la renuncia.*

Si se compara la conclusión anterior con el contenido del art. 177.2.2.º *in fine* CC español, es evidente que el precepto español es más estricto y, por lo que pudiera parecer desde una perspectiva global, resulta hasta anacrónico, en tanto que el consenso internacional ha apostado decididamente por considerar suficiente una única manifestación de renuncia de la madre biológica, en favor, desde luego, del interés superior del niño.

Nada obsta en interpretar que el Convenio está admitiendo tácitamente que, desde la primera renuncia de la madre, las autoridades ya están en condiciones de considerar que el menor ha sido abandonado y deben asumir su cuidado, sin que se considere pertinente conceder a la madre una nueva posibilidad de replantearse la aceptación de los deberes naturales que se derivan del hecho fisiológico de su maternidad. En definitiva, se está primando el derecho a la dignidad personal del niño sobre el derecho de la madre al libre desarrollo de su personalidad --corolario del anterior--, porque aquél es la parte más débil y necesitada de protección humana y jurídica.

### **III. CONCLUSIÓN**

Llegados a este punto, debe recordarse la cuestión que fue planteada al inicio, la cual aludía a si resulta pertinente aplicar el último inciso del art. 177.2.2.º del vigente CC español cuando se trata de una adopción de un menor extranjero por padres de nacionalidad española, y sobre la que haya de pronunciarse autoridad judicial extranjera, para que surta plenos efectos jurídicos en España. En concreto, se trata de dilucidar si, para posibilitar la adopción plena del niño, su madre biológica

debe ratificar su manifestación de abandono-exposición del menor, pasados treinta días desde el parto, o, por el contrario, el suficiente con la constancia de la primera renuncia.

La respuesta a este interrogante es negativa desde cualquier perspectiva desde la que aborde la cuestión. No debe aplicarse el artículo en cuestión en los supuestos de adopciones llevadas a cabo por padres adoptantes españoles en cualquier Estado extranjero (adopción internacional), salvo que en convenio o tratado bilateral se especificase lo contrario, porque:

A) Incluso cuando se trata de una adopción nacional española (adoptando y adoptantes españoles), se ha demostrado que, en la práctica, el art. 177.2.2.º *in fine* CC deviene vacío de contenido, por cuanto que, bien en la mayoría de las ocasiones el comportamiento de la madre subsecuente a su renuncia formal antes de treinta días del parto evidencia un abandono real del menor, bien pueden concurrir circunstancias que hacen imposible que la madre biológica ratifique la renuncia a su hijo.

B) En el supuesto de las adopciones que puedan tramitar padres adoptivos españoles en Estados que no sean signatarios del Convenio de La Haya de 1993, o de cualquier otro tratado bilateral con España, se aplicarían las normas contenidas en el art. 9.5.IV CC español, las que claramente atribuyen a lo dispuesto en la normativa del Estado de origen del menor todo lo relativo a los consentimientos que deban ser prestados.

C) Cuando se trate de adopciones internacionales que impliquen a dos Estados que se hayan adherido al Convenio de La Haya de 1993, será suficiente con que la renuncia de la madre biológica haya acontecido una vez nacido el niño, sin que quepa someterla a condiciones temporales de ratificación.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

\* ALONSO CRESPO, Evelia, *Adopción nacional e internacional: panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos*, LA LEY, Madrid, 2004.

\* QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, *La adopción (Un estudio de sentencias, autos y resoluciones)*, Editorial Atelier, Barcelona, 2004.

\* Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

\* Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de España, de 20 de mayo de 2000.

\* Auto del Tribunal Constitucional español, de 21 de diciembre de 1999.

\* Sentencias de los siguientes Tribunales de Apelación españoles: Audiencia Provincial de Albacete --Secc. 1.ª-- (núm. 107/1996, de 8 de mayo); Audiencia Provincial de Murcia --Secc. 3.ª-- (núm. 141/2003, de 12 de junio); Audiencia Provincial de Lugo --Secc. 1.ª-- (núm. 78/2005, de 4 marzo); Audiencia Provincial de Cádiz --Secc. 5.ª-- (54/2005, de 11 de abril).

(1) Este artículo monográfico tiene como fin principal servir de ayuda a todas aquellas familias españolas que se encuentren tramitando un proceso de adopción de un menor de nacionalidad rusa, y a las que pudiera afectar negativamente la interpretación errónea de los aspectos de Derecho Internacional Privado implicados con esta cuestión, como en la práctica está aconteciendo por parte de las autoridades judiciales rusas. Dedico este trabajo a todos los padres adoptivos; con el deseo del mayor éxito en el largo camino que han emprendido hacia su felicidad y la de sus hijos.

(2) Ver el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores.

(3) Comprendido implícitamente en los derechos constitucionales a la libre investigación de la paternidad, y a la dignidad personal, a los que se refieren los arts. 39.2 y 10 de la Constitución Española.

(4) Comprendido implícitamente en el derecho constitucional a la intimidad del art. 18 de la Constitución Española.

(5) Véanse, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Tribunal de apelación) de 6 de septiembre de 1994, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Tribunal de apelación) de 1 de junio de 1998.

(6) Textualmente, la citada sentencia dice:

«... es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras intenciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el art. 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil.»

(7) Art. 39.4 Constitución Española:

«Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.»

(8) La Dirección General de los Registros y del Notariado es una institución que se incardina en el organigrama del Ministerio de Justicia español, y que representa la máxima autoridad administrativa sobre la organización del sistema de fe pública notarial y registral española, incluidos, por supuesto, los registros civiles de toda España en donde deben inscribirse todos los asientos relativos al derecho civil de las personas (*v. gr.* nacimientos, matrimonio, adopciones, filiaciones, fallecimientos, incapacitaciones, etc.).

(9) Adviértase que tras la reforma operada en el Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 julio de 2005, el art. 44 CC español consagra la posibilidad de que contraigan matrimonio dos personas del mismo sexo, masculino o femenino, otorgándoles los mismos derechos de que gozan los matrimonios formados por dos personas heterosexuales.

«Art. 44 CC:

El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.»

En consecuencia, conforme a la Ley española, los matrimonios formados por homosexuales o por lesbianas tienen perfecto derecho a ser padres adoptivos, cuando el proceso de adopción se tramite en España y sea resuelto por jueces españoles.

No obstante, cuando se trata de adopción internacional de un menor extranjero, lo más probable será que los matrimonios formados por una pareja del mismo sexo no puedan ser padres adoptivos, si el país en el que se está tramitando la adopción no permite el mismo supuesto cuando se trata de adopciones nacionales, esto es, por ejemplo, la adopción de un menor ruso al que desean adoptar nacionales rusos y sobre lo que se deba pronunciar un juez ruso.

(10) Art. 10.2 Constitución Española:

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

(11) Art. 1 del Convenio de La Haya de 1993:

«El presente Convenio tiene por objeto:

- a) Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional;
- b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;
- c) Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.»

(12) Art. 2 del Convenio de La Haya de 1993:

«1. El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (el Estado de origen) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (el Estado de recepción), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

2. El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.»