

# EL ACOGIMIENTO PREADOPTIVO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA\*

SUMARIO: I. *Introducción y marco de estudio.* II. *Cuestiones preliminares.* III. *El acogimiento preadoptivo y la adopción.* IV. *Régimen jurídico del acogimiento preadoptivo en derecho internacional privado.* V. *El acogimiento preadoptivo en derecho internacional privado español: reconocimiento de los acogimientos preadoptivos.* VI. *Conclusiones y propuestas.* VII. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN Y MARCO DE ESTUDIO

El acogimiento de menores constituye un campo de investigación privilegiado para todo aquel que se interrogue acerca de la finalidad y el sentido del derecho en la actualidad y, en particular, del derecho internacional privado. El conocido proceso histórico, y profundamente analizado desde diferentes perspectivas, de transición desde el “Estado liberal” al “Estado social”, ha implicado una paralela mutación de la forma tradicional de elaborar y pensar el derecho. El radical liberalismo e individualismo que, como es sabido, caracterizó la forma histórica asumida por el derecho civil tras el fenómeno codificador, fue progresivo y gradualmente desplazado, aunque de manera parcial y no siempre unívoca, por una fuerte presencia del intervencionismo estatal y de los fenómenos organizativos y de grupo en la nueva forma histórica asumida por la expe-

\* Profesora titular de derecho internacional privado de la Universidad de Jaén.

perencia jurídica imperante a partir de la segunda posguerra mundial, a saber, la del “*derecho social*”.<sup>1</sup>

Uno de los rasgos más característicos de la formación del derecho contemporáneo, particularmente evidenciado por nuestra mejor doctrina, es el de “masificación” o “colectivización” del derecho privado, sea en el ámbito de lo que convencionalmente se viene denominando “derecho civil” como del “derecho mercantil”. Esta constatable tendencia evolutiva de la técnica y de la política legislativas implica, por lo que aquí interesa, una triple realidad: por un lado, la proliferación o la emersión de nuevas categorías de intereses (del consumidor, del inversor, del trabajador, del *menor*...), por otro lado, y paralelamente, la generalización de la legislación formalmente diferenciadora en favor de una mayor igualdad efectiva de estos grupos y categorías de sujetos, y, finalmente, la objetivización de la tutela de estos colectivos.<sup>2</sup>

El menor se coloca, así, como objetivo propio de atención por parte de las políticas legislativas, situándose el “libre desarrollo de la personalidad” como horizonte finalista de las nuevas técnicas de tutela de los menores. La actuación de las diferentes políticas de protección social presuponen, desde esta perspectiva, una captación de los problemas que pretenden resolver en atención no tanto a las características o rasgos socio-económicos identificadores de un grupo, una categoría social o un colectivo identificado de forma abstracta y general, sino más bien analizando historias singulares, trayectorias personales o “situaciones concretas”. De esta forma, junto a los perfiles sociológicos, los componentes estrictamente humanos, físicos, psíquicos, ambientales... son tenidos cada vez más en cuenta para definir política y jurídicamente las medidas de tutela o protección a poner en funcionamiento. En síntesis, del análisis de las “poblaciones”, una de cuyas categorías centrales han sido desde hace largo tiempo los “menores”, se pasa a la comprensión de las situaciones específicas de cada sujeto individual.<sup>3</sup> Esta revisión individualista y subjetivista de lo social presenta significativas implicaciones

1 Cfr., Bertrand, E., *L'esprit nouveau des lois civiles*, París, Economica, 1984. En un plano de teoría general, de particular interés resulta, Ewald, François, *L'État Providence*, París, Grasset, 1986.

2 Cfr., Amselek, Paul, “L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales”, *Revista de Derecho Privado*, 1982, pp. 324-341.

3 Cfr., en general, Rosanvallon, Pierre, *La nueva cuestión social*, trad. de H. Pons, Buenos Aires, Manantial, 1995, pp. 187 y ss.

para nuestro tema de investigación. La configuración del “libre desarrollo de la personalidad” como fundamento axiológico y horizonte finalista de las diferentes técnicas de protección del menor en general, y de las variadas figuras de acogimiento de menores en particular, obliga a integrar en el análisis una pluralidad de factores, entre los que deben ocupar un puesto central los relativos a la identidad psico-física del menor. Sólo tras un estudio exhaustivo de esta identidad, y de la concreta “situación” resultante, podrá definirse el tipo de medida, así como la modalidad de actuación, más apropiados (*v.gr.* medidas definitivas *versus* medidas temporales, acogimiento residencial *versus* acogimiento familiar). El resultado último de esta revisión individualista de “lo social”, por tanto, no puede ser más que una profundización en la comprensión del menor como un auténtico y genuino sujeto de derecho y no como un “objeto a proteger”, según la tradicional tendencia “socializadora” o “masificadora” del derecho, y consecuentemente, del derecho internacional privado.<sup>4</sup> La diversidad de “situaciones” explicará y determinará, frente a la clásica consideración del Estado social como un distribuidor de técnicas de tutela universales, la existencia de una diversidad de modalidades de acogimiento.

En segundo lugar, puede observarse en el acogimiento de menores la tendencia hacia la objetivización en el entendimiento de las formas de protección del menor, situando el centro de atención en las concretas necesidades y circunstancias real y efectivamente concurrentes en cada situación fáctica, al margen de la formal protección brindada en cada caso por un concreto ordenamiento jurídico. La emergencia del concepto de “desamparo”, frente al abandono, para calificar las circunstancias en las que se encuentran los menores y que determinan la necesidad de constituir una medida de protección, es indicativa de un cambio de concepción de la protección del niño, desde una perspectiva jurídico-formal a una óptica funcional, en la medida en que en el acogimiento interesa la situación de desprotección efectiva o real en la que se encuentra el niño, con independencia de su situación de formalmente desprotegido.<sup>5</sup> De

4 *Cfr.*, para una reflexión crítica sobre la masificación del derecho privado, Vallet de Goytisolo, Juan, *Metodología del derecho*, Civitas, 1988, p. 293.

5 *Cfr.*, Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)”, *Anuario de derecho civil*, 1992, pp. 1391 y ss.

este modo, cabe constituir un acogimiento incluso cuando el niño se encuentra sujeto a la patria potestad o a la tutela, siempre que se dé una situación de “desprotección”.

Puede decirse que estas notas caracterizan el marco de regulación del acogimiento de menores en el derecho internacional privado en la actualidad, y que, como se verá más adelante, encuentran reflejo en la normativa aplicable a esta medida de protección.

## II. CUESTIONES PRELIMINARES

### 1. *Rasgos característicos del acogimiento de menores*

Antes de abordar las características específicas y propias, que diferencian, a la vez que identifican, el acogimiento preadoptivo de otras modalidades de acogimiento, es preciso señalar el sentido y la función de esta medida de protección, dado que el acogimiento preadoptivo, como modalidad o tipo de acogimiento, participa de la finalidad propia de esta institución. Se pretende con ello individualizar sus rasgos esenciales (“precomprensión”) para determinar sus claves de lectura en derecho internacional privado, tanto en lo relativo al sector de la competencia internacional, al del derecho aplicable y, por último, al de la validez extraterritorial de decisiones y la cooperación internacional.<sup>6</sup>

Tras un estudio de derecho comparado puede comprobarse que, si bien se trata de una institución tuitiva multifacética, cumple una misma función: la protección del niño fuera del ámbito de la patria potestad o “responsabilidad parental”. Así, el acogimiento de menores es una medida de protección que ha servido, y sirve en la actualidad, para evitar que los niños sufran perjuicios derivados de la situación de “desasistencia” material y/o moral (reversible o irreversible) en la que se encuentran.<sup>7</sup> La persona (o centro) que recibe al menor en acogimiento lo educa, lo alimenta y le proporciona el “clima” o “ambiente” familiar necesario para el adecuado libre desarrollo de su personalidad, sanciona-

6 Como es sabido, el derecho internacional privado se caracteriza, cada vez más, por la utilización de conceptos propios, cuyo significado no se extrae de un determinado ordenamiento jurídico (el del foro, especialmente), a saber, por la utilización de términos generales o de términos que son calificados autónomamente.

7 Sobre la génesis del acogimiento véase Tiley, A., *Das Pflegekind in der Rechtsgeschichte*, Böhlman Verlag, Köln, Weimar, Wien, 1996.

do en algunos sistemas jurídicos como derecho constitucional fundamental (artículo 10, párrafo primero de la Constitución española de 1978).

Por tanto, pueden cifrarse en cuatro las características esenciales del acogimiento.

En primer lugar, un rasgo significativo de esta medida de protección, que se repite constantemente en el derecho comparado, es su contenido exclusivamente personal (educación, alimentación, cuidados, cariño, etcétera).<sup>8</sup> El recurso a esta institución “tuitiva” no legitima al acogente (al menos, en principio) para ostentar sobre el menor titularidad alguna, que le otorgue facultades sobre sus bienes, con respecto a su confesión religiosa, de representación procesal, etcétera, porque existen otras instituciones pensadas para cubrir tales necesidades del niño.<sup>9</sup>

En segundo término, la figura del acogimiento exige la separación física del niño (aunque sea temporal) de su familia de origen, pues si la atención tiene lugar en el marco de la casa o del hogar familiar, no se tratará de un acogimiento sino de otro tipo de medida.<sup>10</sup> No constituyen acogimientos las modalidades de asistencia o ayuda educativa a la familia que se conocen en el derecho alemán, especialmente, tras la modificación llevada a cabo mediante la *Gesetz zur Neuordnung des Kinderund Jugendhilferechts* del 26 de junio de 1990 (*KJHG*) que requieren un mayor o menor grado de intervención estatal.<sup>11</sup> Tampoco constituyen acogimientos las distintas modalidades de ayuda y asistencia a la familia previstas en el derecho español por la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de

8 Este rasgo determina el carácter selectivo o limitado de la atribución de facultades a los acogedores, conservando los padres del menor o el ente público asistencial tutelar tanto las relativas a la administración del patrimonio como las funciones de representación del menor, etcétera. *V.gr.*, el “custodio” del derecho inglés se responsabiliza del niño, pero no de sus bienes dado que la “*Custodianship*” concede a los acogedores ciertos derechos sobre los niños acogidos (*cfr.*, Freeman, Michael D. A., *The Law and Practice of the Custodianship*, Londres, Sweet and Maxwell, 1986, pp. 327 y ss.).

9 *Cfr.*, Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel, *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Granada, Comares, 1989, p. 163.

10 El acogimiento está vinculado al concepto de “desasistencia” moral y/o material (reversible o irreversible). Cuando el niño se encuentra en situación de “riesgo”, su protección se realiza desde y con la propia familia, sin que sea necesario acudir a la solución más drástica de “extracción” de su núcleo familiar cotidiano. La distinción entre estas dos situaciones y las medidas que llevan aparejadas, se sitúa en las diferentes situaciones, en que se encuentran los niños, que requieren una desigual intervención del Estado.

11 *Cfr.*, Beitzke, Günther, *Familienrecht. Ein Studienbuch*, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992, pp. 369-377.

enero de Protección Jurídica del Menor para cuando el niño está en situación de “riesgo” (véase artículo 17).<sup>12</sup>

En tercer lugar, y respecto a su duración, a diferencia de otras instituciones jurídicas de carácter protector más o menos próximas, el acogimiento es temporal, al ser un medio para que el menor acogido se integre en su familia de origen o en otra familia (como es el caso del acogimiento preadoptivo), o para la tutela civil.<sup>13</sup> Puede señalarse, por tanto, que uno de los caracteres del acogimiento se vincula estrechamente con su función. Siendo preparatoria de otras instituciones jurídicas, el acogimiento no es un fin en sí mismo, sino que introduce otras figuras de protección. En el desempeño de esta función, el acogimiento puede durar más o menos en el tiempo, por lo que si bien es cierto que no tiene vocación de estabilidad, no está necesariamente orientado a una extinción inmediata.<sup>14</sup> La temporalidad es una característica básica del acogimiento que deriva de su función preparatoria, y que también puede apreciarse, si cabe en mayor medida, en el acogimiento preadoptivo, ya que consiste en la estancia del menor durante un periodo de tiempo en el seno de la familia que lo va a adoptar.

Por último, ha de tenerse en cuenta que el “interés del menor” inspira esta institución. De este modo, la modalidad de acogimiento, la designación de la familia (en su caso) que haya de acoger al menor, su duración (temporal o permanente), su revocación (pensemos, sobre todo, en

12 BOE núm. 15, enero de 1996.

13 Véase el artículo 11 de la Declaración de las Naciones Unidas, del 3 de diciembre de 1986, sobre principios sociales y legales relativos a la protección y el bienestar del niño, con especial consideración al acogimiento y a la adopción nacional e internacional. En la doctrina española se ha señalado que “el carácter temporal (del acogimiento familiar) se deriva de su vocación de institución preparatoria de la reinserción del menor en su familia de origen..., o de su inserción en una nueva en virtud de la institución adoptiva... o de la tutelar ex párrafo segundo del artículo 239 del Código Civil...” (cfr., Iglesias Redondo, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 368). En este mismo sentido, en relación con el *affidamento* del derecho italiano, cfr., Perlingieri, Pietro y Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*, Napoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1984, p. 14.

14 Así, la doctrina italiana, en relación con el carácter temporal del *affidamento familiare* introducido por la ley núm. 184 de 1983, ha señalado que el término “temporal” significa “que no está destinado a durar de manera estable, en atención a una prognosis inicial obviamente modificable, pero, no por este motivo, está *a priori* destinado a extinguirse en breve tiempo” (cfr., Rossi, S., “Affidamento familiare: un primo bilancio”, *Politica del diritto*, 1989, p. 716, nota núm. 4).

la trascendencia que esta decisión puede tener en el caso del acogimiento preadoptivo), etcétera, ha de decidirse de conformidad con este principio. No vale más argumento que lo que convenga al interés del menor, a diferencia, *v.gr.*, de la adopción, en la que, además, pueden tomarse en cuenta los deseos de los adoptantes.

Pero, sin duda, la característica más interesante del acogimiento de menores, que incide de forma decisiva en la determinación de su régimen jurídico en derecho internacional privado es que se trata de una institución polifuncional, cuyo transfondo o “tipo real” son las circunstancias de hecho (y/o jurídicas) en las que se encuentran los niños. Por este motivo, en los distintos ordenamientos jurídicos existen diversas modalidades de acogimiento (simple, educativo-terapéutico, permanente, “*a rischio giuridico*”, preadoptivo, proadoptivo, etcétera), que atienden a las necesidades concretas de los niños. Si la familia atraviesa por una situación de crisis temporal, originada por la penuria económica transitoria o por otra causa de carácter reversible, el acogimiento tendrá la finalidad de constituir una medida de suplencia, destinada a la reinserción del menor (acogimiento simple). Por el contrario, el desamparo del niño, provocado por la inexistencia de progenitores o por cualquier causa que determine una crisis persistente de la familia, exige la constitución de una modalidad de acogimiento que tienda a su inserción en otra familia (acogimiento permanente y acogimiento preadoptivo).

Por este motivo no puede hablarse del régimen jurídico del acogimiento de menores en derecho internacional privado, sino de los distintos tipos o modalidades de acogimiento. De ahí la dificultad que presenta la determinación de su régimen jurídico en derecho internacional privado.

## 2. *El acogimiento preadoptivo en el derecho material.*

### *Visión de derecho comparado*

El acogimiento preadoptivo participa de todas estas características, ya que es una medida de protección que tiene como finalidad primera y última atender a las circunstancias personales en las que se encuentran los niños. La función preparatoria propia de esta medida de protección se aprecia de forma aún más clara en el acogimiento preadoptivo, pues tiene la finalidad de “insertar” al niño en una familia (la familia adoptiva) distinta de la originaria. Sin embargo, a diferencia de otras modalidades

de acogimiento, es necesario que se haya declarado el estado de abandono o de desamparo del niño para que pueda constituirse.<sup>15</sup>

El acogimiento preadoptivo tampoco es una institución unívoca, pues en los distintos ordenamientos jurídicos no existe una única modalidad de acogimiento preadoptivo, ni tampoco puede decirse que los acogimientos puedan clasificarse en preadoptivos o no preadoptivos, dado que las necesidades del niño determinarán el tipo de acogimiento que sea necesario constituir, de tal modo que un acogimiento que no comenzó siendo preadoptivo, puede transformarse en un acogimiento de este tipo, y a la inversa, un acogimiento preadoptivo puede transformarse en otro tipo de acogimiento si se comprueba que la constitución de la adopción no va en interés del niño.

En determinados ordenamientos, la institución de la adopción está precedida de una situación jurídica en la que el menor es colocado en la familia que lo va a adoptar, que recibe el nombre de “acogimiento preadoptivo”. Sin embargo, este acogimiento no tiene lugar siempre de la misma forma ni cumple la misma finalidad: en ocasiones está destinado a servir como periodo de prueba anterior a la constitución de la adopción, formalizándose, bien una vez iniciado el expediente de la misma, bien con anterioridad a la presentación de una petición de adopción.<sup>16</sup>

15 Para que un niño pueda ser adoptado y también para que pueda ser acogido con esta finalidad, se exigen una serie de condiciones que varían de unos ordenamientos jurídicos a otros. V.gr., en el Derecho italiano, el “*affidamento preadoptivo*” presupone como “*condizione di legittimità... la definitività della dichiarazione di adottabilità*” (cfr., párrafo primero del artículo 7o. y artículos 22-25 de la Legge 4 mayo de 1983, núm. 184; Manera, Giovanni, *L'adozione legittimante*, Roma, Pragma-Bologna, 1990, pp. 328). En derecho francés, por el contrario, el “*placement en vue de l'adoption pléniere*” se extiende a todos los “*enfants adoptables*”, por tanto, además, de a los “*pupiles de l'Etat*” y a los “*enfants déclarés abandonnés par décision judiciaire*”, también al “*enfant pour lequel il a été valablement et définitivement consenti à l'adoption*” (cfr., párrafo primero del artículo 351 del Código Civil). También en derecho español, el acogimiento preadoptivo depende “de la adoptabilidad del menor que resulta, bien de la resolución firme de haber lugar a la declaración de la situación de desamparo, o bien, declarada ésta en virtud de una resolución definitiva, de la prestación del consentimiento de sus padres conocidos y no privados de la patria potestad...”.

16 Como un periodo de prueba ha sido considerado el acogimiento preadoptivo en el artículo 351, párrafo primero del Código Civil francés tras la reforma del 11 de julio de 1966. Cfr., Varios Autores, “La procédure de l'adoption”, en Rubellin-Devichi, J. (dir). *Droit de la famille*, París, Dalloz, 1996, pp. 527-529. Igualmente, la Ley alemana del 2 de julio de 1976 sobre mediación en la adopción (*Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind -AdVermiG.-*, BGBl. I 1762) reformada por la Ley del 27 de noviembre de 1989 sobre mediación en la adopción y prohibición de mediación de las madres

En segundo lugar, el acogimiento preadoptivo también puede constituir un estadio o fase del procedimiento conducente a la formalización de la adopción mediante la cual se coloca al menor bajo el cuidado de las personas que lo van a adoptar.<sup>17</sup> Finalmente, existe otra modalidad de acogimiento que despliega la finalidad de servir como tiempo de espera, dado que la temporalidad o reversibilidad del acogimiento no puede preverse *a priori*, pues no puede saberse con antelación cómo evolucionará la situación de la familia del menor, de tal modo que este acogimiento puede finalizar en uno temporal con la finalidad de la reinserción, o bien, en uno preadoptivo. Esta última modalidad de acogimiento se sitúa en un término intermedio entre el acogimiento preadoptivo y otras modalidades de acogimiento que no tienen como finalidad la inserción del niño en una familia adoptiva. Con el primero comparte la característica de que tiende a la adopción (siempre en función de cómo se vayan desarrollando las circunstancias de la familia de origen del menor), mientras que tiene en común con los segundos la circunstancia de que, por encima de cualquier otra función más concreta, su finalidad prístina es la consecución del interés del menor.<sup>18</sup> Puede pensarse también en los casos en que, una vez que el niño ha sido colocado en una familia, surgen dificultades en un momento ulterior que aconsejan, en interés del menor, no continuar con el procedimiento de adopción. Igualmente, se plantea la cuestión de qué sucede cuando un acogimiento que, en su ori-

de sustitución (*Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern -AdVermiG.-, BGBl. I 2017*) recoge en el artículo 1o. (inciso segundo) un tipo de colocación del menor como mecanismo de prueba de la oportunidad de recibir a un niño o de permitir que sea recibido en una familia.

17 Es éste el sentido del “*affidamento preadottivo*” normado en los artículos 22 y ss. de la Ley italiana del 4 de mayo de 1983 (núm. 184). *Cfr.*, Finocchiaro, A. y Finocchiaro, M., *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori (Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983 n. 184)*, Milán, Giuffrè, 1983, p. 262. En este mismo sentido, el artículo 1o. (inciso primero) de la Ley alemana del 27 de noviembre de 1989 (*AdVermG.*) prevé la colocación del menor en una familia con la finalidad de constituir una adopción. Por último, en el derecho español, el artículo 173 *bis*, párrafo tercero del Código Civil (modificado por la Ley del Menor *supra* mencionada) recoge un tipo de acogimiento preadoptivo que tiene lugar una vez que se ha verificado el cumplimiento de las condiciones necesarias para llevar a efecto la adopción.

18 Esta modalidad de acogimiento es denominada por la doctrina italiana “*affidamento a rischio giuridico*”. *Cfr.*, Ichino Pellizzi, Francesca y Dente, G. M., “Confronto tra i due campioni della ricerca”, *Esperienze di affido familiare tra ipotesi legislativa e realtà, a cura di Francesca Ichino Pellizzi*, Milán, Franco Angelli Editore, 1986, p. 96.

gen es temporal, se transforma en uno adoptivo atendiendo a las circunstancias del caso y al interés de las personas que lo tienen a su cargo, de adoptarlo.

### *3. El acogimiento preadoptivo en derecho internacional privado: planteamiento de estudio*

Teniendo en cuenta las características esenciales del acogimiento, así como las especificidades del acogimiento preadoptivo, se van a exponer las claves de análisis del acogimiento preadoptivo en derecho internacional privado. En primer lugar, el acogimiento preadoptivo comparte con otras modalidades de acogimiento el rasgo de que es una medida de protección dependiente de otras instituciones jurídicas, de las que trae causa. Así, la tutela administrativa constituye un presupuesto para el acogimiento preadoptivo, pues los menores que pueden ser acogidos, en la modalidad de acogimiento preadoptivo, han de estar en desamparo o abandono.

En segundo término, como se ha señalado, el expresión “acogimiento preadoptivo” no es unívoca. Constituye sólo una forma de hacer referencia genérica a la situación en que se encuentra el niño durante el tiempo que transcurre entre la constitución del acogimiento y la formalización de la adopción, pero no aporta rasgos más concretos acerca de las diversas modalidades y tipos de acogimiento preadoptivo que existen en los distintos ordenamientos, como consecuencia de la variedad de finalidades que están destinados a cumplir. Por tanto, se trata de una medida de protección, cuyos contornos en derecho internacional privado son difusos.

La función del acogimiento preadoptivo, a diferencia de la de otros tipos de acogimiento que también pueden tener lugar cuando el menor ha sido declarado en desamparo (acogimiento permanente), se materializa en la constitución de una adopción. Puede decirse, por tanto, que su rasgo más característico, que lo diferencia del resto de las modalidades de acogimiento, es su especial relación con la adopción. Si bien su régimen jurídico en derecho internacional privado no se aparta radicalmente del previsto para el resto de las modalidades de acogimiento, su situación jurídica tanto inicial como final está muy determinada por su vinculación con la adopción, ya que la función del acogimiento preadoptivo consiste en integrar al niño en la familia adoptiva. Sin embargo, el aco-

gimimiento preadoptivo ni puede considerarse una mera medida preparatoria de la adopción (véase *infra*), ni su régimen jurídico puede hacerse depender de la adopción, pues hay que tomar en consideración que en algunas ocasiones no llega a constituirse la adopción. Por este motivo, no hay que subordinar la determinación de la competencia internacional para constituir, modificar o extinguir un acogimiento preadoptivo al *forum adoptionis*, ni el reconocimiento de las decisiones en materia de acogimiento preadoptivo está necesariamente vinculado a la homologación de la adopción, cuando, por ejemplo, el acogimiento preadoptivo se constituyó en un país distinto del lugar en el que posteriormente se formaliza la adopción.

La relación que presenta el acogimiento preadoptivo con la adopción también se pone de relieve en que ambas figuras tienden a evitar el “tráfico de niños”.<sup>19</sup> Es necesario, por tanto, que las autoridades de los distintos países cooperen en materia de adopción, y en materia de acogimiento preadoptivo, para que pueda prevenirse el tráfico de niños y para que pueda asegurarse el éxito de la adopción. La importancia de la idea de la cooperación se refuerza en la medida en que, con frecuencia, no llegan a constituirse las adopciones internacionales. Por este motivo, cuando se trata de llevar a efecto una adopción internacional (que viene precedida, en ocasiones, del acogimiento preadoptivo) es especialmente significativo el ámbito de la cooperación para adoptar la solución más adecuada. El sector del derecho aplicable pierde relevancia progresivamente, en favor de la trascendencia de la determinación de la autoridad competente y de los mecanismos de cooperación necesarios para asegurar el interés del niño.

Por este motivo, el estudio del régimen jurídico del acogimiento preadoptivo internacional en derecho internacional privado ha de pasar por el análisis de los convenios internacionales existentes en la materia, con la finalidad de valorar si las respuestas son adecuadas a las exigencias que impone el acogimiento preadoptivo en la actualidad. Ello obliga a determinar, en primer lugar, si los distintos convenios que disciplinan la adopción internacional incluyen en sus ámbitos de aplicación el acogimiento preadoptivo y, en segundo término, el régimen jurídico de esta medida de protección en derecho internacional privado, con carácter ge-

<sup>19</sup> *Cfr.*, Cuartero Rubio, Ma. Victoria, “Adopción internacional y tráfico de niños”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1840, pp. 5 y ss.

neral. Por último, se hará una referencia al sistema de derecho internacional privado español, con especial consideración del sector del reconocimiento.

### III. EL ACOGIMIENTO PREADOPTIVO Y LA ADOPCIÓN

#### 1. *El acogimiento preadoptivo: ¿“medida preparatoria” de la adopción?*

En el largo proceso que rodea la adopción, la colocación del niño en la familia adoptiva constituye un momento determinante, y precisamente por ello, por la importancia que reviste esta actuación no puede considerarse una mera fase preparatoria de la adopción. Para constituir una adopción es preciso llevar a cabo una serie de actos conducentes a que queden comprobados convenientemente los siguientes aspectos: que se haya declarado el estado de adoptabilidad del niño, que se hayan realizado las oportunas averiguaciones acerca de la idoneidad de los adoptantes, que el menor haya consentido la adopción, que se haya asegurado la entrada legal del niño en el Estado de acogida así como la salida del Estado de origen, etcétera. Posteriormente, a través de un procedimiento destinado a tal fin, el niño es acogido por la familia que va a adoptarlo. La función de este acogimiento va más allá de constituir una “simple” medida que prepara la adopción.<sup>20</sup> Sí son, en cambio, medidas preparatorias todas aquellas que tienen la finalidad de acreditar con anterioridad la viabilidad de la misma.

La finalidad del acogimiento preadoptivo se aparta de la de estas otras actuaciones o comprobaciones preparatorias. No se trata de una prueba anterior a la convivencia, ya que la idoneidad de los adoptantes así como de la adopción (en función de la compatibilidad entre éstos y el adoptando) debe ser contrastada antes de entregar al menor en acogimiento para evitar las adopciones fallidas. Ni siquiera el acogimiento preadoptivo caracterizado por servir como tiempo de prueba puede considerarse una mera medida preparatoria. Sería un planteamiento reduccionista centrar la finalidad esencial de este acogimiento en servir como

<sup>20</sup> La doctrina habla de “fases” de la adopción. Una de ellas es la entrega del niño en acogimiento preadoptivo o, lo que es lo mismo, la inserción del niño en la familia que lo va a adoptar. *Cfr.*, Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *Le adozioni dei minori nei sistemi italiano e francese*, Napoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1988, pp. 190 y ss.

medio de preparación para la adopción. Su función prístina es la salvaguardia del interés del menor. El periodo de duración del acogimiento preadoptivo no puede observarse, por tanto, como una medida de preparación de la adopción, sino sólo, en todo caso, como una medida que antecede, desde un punto de vista absolutamente temporal y cronológico, a la formalización de la adopción. En este mismo sentido se orienta el Convenio del 29 de mayo de 1993 sobre Adopción, en cuyo artículo 17 letra c) prevé la posibilidad de que el Estado de recepción del menor; esto es, el Estado al que va a ser desplazado a consecuencia de la adopción, ejerza un derecho de veto frente a la decisión favorable del Estado de origen a la adopción. Se pone de relieve que la “colocación” previa del menor en la familia adoptiva no tiene la naturaleza de actuación preparatoria de la adopción.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el acogimiento preadoptivo no es una medida de protección unívoca, pues en los distintos ordenamientos existen tipos de acogimiento que encajan mal en una clasificación rígida como la de “acogimiento preadoptivo” o “acogimiento no preadoptivo”. La realidad de las circunstancias en las que se encuentran las familias de origen de los menores, que determinan directamente las de éstos, deciden la conveniencia de uno u otro tipo de acogimiento.

## *2. El acogimiento preadoptivo y el Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción*

El fracaso del Convenio del 15 de noviembre de 1965 sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción que únicamente fue ratificado por tres Estados (Austria, Reino Unido y Suiza), condujo a que la Conferencia de La Haya abordara esta institución desde un prisma diferente, desde la atalaya de la colaboración entre las autoridades, al entender que “la colaboración directa entre las autoridades concernidas en el caso particular constituye el mejor medio de asegurar el respeto del interés del menor”.<sup>21</sup> Así el nuevo Convenio del 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional instaura un mecanismo de intercambio de información entre el

<sup>21</sup> Cfr., Bucher, Andreas, “La nouvelle Convention de La Haye relative à l’adoption internationale”, *Revue du Droit de tutelle*, 1994, p. 99.

Estado de la residencia habitual del menor (Estado de origen) y el Estado de la residencia habitual de la persona interesada en la adopción (Estado de recepción o Estado de acogida). Como ha señalado la doctrina,

el convenio se estructura en un reparto de responsabilidades entre ambos Estados, estableciéndose en cada uno de ellos una Autoridad Central,... De esta forma, se prepara un expediente en cada uno de los Estados sobre las condiciones respectivas del niño y de los futuros padres adoptivos, para llegar así al punto esencial que es el *matching* o acuerdo relativo a que se realice la adopción entre las autoridades centrales del Estado de origen y del Estado de recepción, al que se refiere, esencialmente, el artículo 17.<sup>22</sup>

El Convenio de 1993 no determina la competencia de las autoridades, ni el derecho aplicable a la adopción, sino que es, principalmente, un convenio de cooperación (si bien también impone un mecanismo de reconocimiento de pleno derecho de las adopciones constituidas en los Estados contratantes), cuya finalidad es establecer un sistema de garantías y un mecanismo de colaboración entre autoridades, que se aplica a las adopciones que suponen un desplazamiento del niño desde su Estado de residencia habitual al Estado en el que tienen su residencia habitual las personas o persona que desean adoptarlo.<sup>23</sup> La principal cuestión que hay que resolver es la determinación de la incidencia que tiene el Convenio de 1993 sobre Adopción en relación con el acogimiento preadoptivo.

#### A. *Diferencia entre acogimiento preadoptivo y colocación*

El Convenio de La Haya de 1993 se refiere a la adopción internacional, pero realiza una distinción entre acogimiento preadoptivo y colocación que resulta de interés, sobre todo en el ámbito de la cooperación internacional, dado que este convenio no es incompatible con otros acuerdos internacionales relativos a la protección del niño y que incluyen en su ámbito de aplicación el acogimiento preadoptivo, pero no la colocación. Según su artículo 2o. se aplica tanto a los acogimientos preadoptivos que tienen lugar antes de la constitución de la adopción,

<sup>22</sup> Cfr., Borrás Rodríguez, Alegría, “El interés del menor como factor de unificación y progresos”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, p. 41.

<sup>23</sup> Cfr., González Beilfuss, Cristina, “La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1996-2, p. 313.

como a las colocaciones que tienen lugar después de su formalización. En este marco, el término colocación es más genérico que el de acogimiento preadoptivo. Si bien en determinadas ocasiones pueden emplearse como expresiones equivalentes, merece la pena conservar su diferenciación habida cuenta de que, en otras, en cambio, hacen referencia a situaciones (de hecho y jurídicas) bien distintas, cuando, por ejemplo, la colocación se produce una vez que ha sido constituida la adopción. En este caso, no puede hablarse de acogimiento preadoptivo, dado que la convivencia entre los padres (adoptivos) y el niño (adoptado) bajo el mismo techo es uno de los derechos-obligaciones que conlleva el establecimiento del vínculo paterno-filial. Si esta convivencia no va en interés del menor tendría que revocarse la adopción.

Otra de las ocasiones en las que aparece la oportunidad de mantener la diferenciación conceptual entre acogimiento preadoptivo y colocación se presenta en el caso del denominado “acogimiento a riesgo de adopción”. Esta modalidad de acogimiento (que sin ser aún preadoptivo puede transformarse en uno de este tipo), no se beneficia del sistema de garantías previsto en el Convenio de 1993, pues no se trata de una colocación que tenga “*la finalidad de realizar (la) adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen*”. Esta situación plantea desajustes, dado que estas modalidades de acogimiento no se llevan a efecto respetando las garantías previstas en el Convenio de 1993, sin que pueda observarse la voluntad maliciosa de defraudar las normas convencionales, pues este tipo de acogimiento no queda comprendido en el ámbito del citado convenio (véase *infra*).

### B. *Las adopciones fallidas*

El Convenio de La Haya de 1993, al tratarse de un texto que pretende garantizar la oportunidad y el éxito de la adopción internacional, ha previsto las situaciones en que cabe pensar que las adopciones no lleguen a celebrarse (adopciones fallidas), a pesar de que se llevaron a efecto en el Estado de origen de los menores.<sup>24</sup> Por este motivo, tanto el artículo

24 Sobre los motivos que determinan el fracaso de las adopciones internacionales y las consecuencias jurídicas que conlleva, *cfr.*, Lücker-Babel, Marie-Françoise, *Adoption internationale et droits de l'enfant: Qu'advient-il des laissés-por-compte?* Étude de l'échec de l'adoption internationale en Suisse, réalisée pour le compte de Défense des enfants International Section suisse, Suisse, Edit. Univer. Fribourg, 1991.

17, letra c) como el artículo 21 prevén sendos mecanismos tendentes a asegurar el éxito de la adopción, de un lado y, de otro, las medidas y la autoridad competente para los casos en que no llegue a constituirse.

En el primer supuesto, como ha señalado la doctrina,

el Estado de recepción debe examinar cuidadosamente el informe que hayan remitido las autoridades del Estado de origen y asegurarse de que el reconocimiento de esa concreta adopción, o su constitución una vez el niño haya sido desplazado, no presenta dificultades. Se trata, por tanto, de hacer una especie de pronóstico a fin de evitar que el proceso fracase una vez el niño ha sido confiado a los solicitantes. Con ello se pretende salvaguardar el interés del menor, pues hay que evitar a toda costa que se produzca un segundo abandono del niño.<sup>25</sup>

Asimismo, el artículo 21 prevé determinados mecanismos para los supuestos en que la adopción es fallida. Esta norma atribuye la competencia internacional a la autoridad central del Estado de recepción cuando, tras el desplazamiento del menor, considera que su adopción ya no responde a su interés superior. El artículo 21 contiene un foro relativo, no a la adopción, sino a la colocación que tiene lugar antes de la constitución de la adopción, y que atribuye competencia en los casos críticos (cuando el menor ya ha sido desplazado al Estado en donde iba a ser constituida la adopción pero, a juicio de la autoridad central de dicho Estado, ya no conviene al interés del menor), a la autoridad central del Estado del lugar al que ha sido trasladado el menor. Esta disposición determina la competencia internacional cuando los acogimientos preadoptivos no terminan en una adopción, concediéndola a las autoridades del lugar al que ha sido trasladado el menor (las autoridades del Estado de recepción). El tipo de medidas que estas autoridades pueden constituir son “*las necesarias para la protección del niño*” y (según sigue señalando la citada disposición), especialmente, otro acogimiento preadoptivo o un acogimiento permanente, siempre en colaboración con las autoridades de la residencia del menor que tenía antes del desplazamiento.

25 Cfr., González Beilfuss, Cristina, *op. cit.*, nota 23, p. 337.

### 3. *El acogimiento preadoptivo y el Convenio de la CIDIP sobre adopción*

Desde un plano regional, en el ámbito de América Latina, también se han realizado esfuerzos para dar respuesta a los desplazamientos de niños como consecuencia de una adopción internacional.<sup>26</sup> Así, en el marco de la CIDIP III, puede citarse la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, hecho en La Paz, el 24 de julio de 1984.<sup>27</sup> Sin embargo, la influencia ejercida por el Convenio de La Conferencia de La Haya de 1965 ha determinado que la citada Convención haya caído pronto en desuso.<sup>28</sup> En un momento en el que se imponen medidas de carácter territorial, no tiene sentido abordar la adopción internacional desde la óptica del derecho aplicable, sin prestar la atención que requiere en la actualidad el sector de la cooperación entre autoridades, especialmente, en el ámbito de la protección de los menores y, muy significativamente, en la adopción internacional.<sup>29</sup>

Además, la protección de los menores, y especialmente cuando se trata de la adopción internacional, no debe enfocarse exclusivamente desde una perspectiva regional, sino que es conveniente enfocarla de forma más amplia, a través de un convenio abierto a todos los Estados. Sería conveniente, por tanto, llevar a efecto un texto internacional, en el que participaran los países de Europa y de América (entre otros), dado que estos últimos son exportadores de niños en la actualidad.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Sobre los procesos de codificación en América Latina, véase Fernández Arroyo, Diego Pedro, *La codificación del derecho internacional privado en América Latina. Ámbito de producción jurídica y orientaciones metodológicas*, Madrid, Beramar, 1994.

<sup>27</sup> Cfr., Tellechea Bergman, Eduardo: *El nuevo derecho internacional privado interamericano sobre familia y protección internacional de menores*, Fundación de Cultura Universitaria, 1991, pp. 69 y ss.; Calvento Solari, Ubaldino, "Adozione internazionale in America Latina: aspetti normativi", *Adozione internazionale tra norma e cultura*, Milán, Ed. Unicopli, 1997, pp. 253-257.

<sup>28</sup> Cfr., Miralles Sangro, Pedro-Pablo, "La protección jurídica internacional de los menores en el marco de la CIDIP", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1993, p. 333.

<sup>29</sup> Cfr., Eduardo Tellechea Bergmann, *El nuevo derecho internacional privado interamericano sobre familia y protección de menores*, Montevideo, Fundación de Cultura universitaria, 1991, pp. 69 y ss.; Loon, J. H. A. van, "International Co-operation and Protection of Children with Respect to Intercountry Adoption", *Recueil des Cours* (1993-VII), vol. 244, p. 311.

<sup>30</sup> Loon, J. H. A. van, *op. cit.*, nota 29.

#### IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACOGIMIENTO PREADOPTIVO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

##### 1. *El problema de la autonomía del acogimiento en derecho internacional privado con respecto a otras instituciones jurídicas de las que depende o trae causa*

La primera cuestión que plantea la determinación del régimen jurídico del acogimiento de menores y, por ende, del acogimiento preadoptivo en derecho internacional privado es que no se trata de una institución “autónoma”. Por el contrario, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos el acogimiento es un “modo de ejercer” la tutela asistencial o la guarda administrativa.<sup>31</sup> Puede decirse que la situación de menor susceptible de acogimiento está en estrecha y directa dependencia de las concretas situaciones jurídicas en las que se encuentra. Se presenta, por tanto, la cuestión relativa a si el acogimiento (tanto residencial como familiar) sigue el mismo régimen que la institución jurídica que le precede o si, por el contrario, experimenta un proceso de “independización” con respecto a aquélla. Esta disyuntiva se presenta también en el caso del acogimiento preadoptivo, pues los niños que van a ser acogidos con la finalidad de constituir una adopción están en determinada situación jurídica: abandonados, desamparados o declarados adoptivos, esto es, han sido conferidos al ente público asistencial porque los padres no pueden cuidarlos.

Dicha dialéctica se plantea con claridad en materia de acogimiento preadoptivo en el siguiente supuesto: la tutela administrativa se ejercita por el ente público asistencial cuando el menor está desamparado. Puede decirse que es un instituto que tiende a la protección del menor en situación de desamparo. Si el acogimiento sigue el régimen de la tutela de la que trae causa, de un lado, también será una institución para la protección de los menores en situación de desamparo, y, de otro, consecuencia más importante, estará sometido al mismo régimen jurídico que la tutela en situación de desamparo. Al tratarse de una tutela *ad cautelam*, que se adopta en los casos de urgencia, es provisional. Por tanto, el acogimien-

<sup>31</sup> También se conocen las modalidades de acogimiento privados (o pactos de delegación de la patria potestad) que han sido decididos por los particulares y puede que posteriormente aprobados por una autoridad judicial o administrativa. En este caso es claro que nos enfrentamos, en realidad, ante el reconocimiento de un documento (privado o público), que plantean la misma opción reguladora en derecho internacional privado.

to será también una medida urgente y provisional. Sin embargo, la provisionalidad de esta tutela no coincide con el carácter temporal del acogimiento.<sup>32</sup>

Por tanto, es aconsejable respetar la independencia entre la tutela administrativa y el acogimiento preadoptivo en derecho internacional privado. La principal dificultad que presenta la opción por la independencia del régimen jurídico del acogimiento es que se trata de una forma o “modalidad de ejercicio” de la tutela administrativa. Sin embargo, esta es la solución que hay que seguir. Estas situaciones jurídicas (la tutela *ex lege* en el caso del acogimiento preadoptivo o la guarda administrativa en el caso de las otras modalidades de acogimiento) sólo determinan la categoría de menores que son susceptibles de ser acogidos. Como manifestación del interés del Estado, mediante ellas se pretende asegurar que la medida del acogimiento, desde su constitución (desde la propia selección, tanto de los acogedores como de los acogidos) se va a desarrollar en condiciones adecuadas. Constituyen, en realidad, instituciones que cumplen una finalidad de intermediación para el acogimiento. Por tanto, el acogimiento, cuando constituye una forma de llevarlas a efecto, adquiere autonomía propia y su régimen jurídico no está en función del de aquéllas.

## 2. *Convenios que incluyen el acogimiento preadoptivo en su ámbito de aplicación material*

### A. *Inclusión del acogimiento preadoptivo en el ámbito material del Convenio de La Haya de 1961 sobre Competencia de las Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores*

El Convenio de La Haya, del 5 de octubre de 1961, sobre Protección de Menores (en adelante CPM) determina el régimen jurídico de las “medidas de protección” del menor y de las “relaciones de autoridad” desde la perspectiva de la competencia internacional, el derecho aplicable, el reconocimiento y la asistencia internacional.<sup>33</sup> Sus redactores qui-

<sup>32</sup> *Cfr.*, Esteban de la Rosa, Gloria, *El acogimiento internacional de menores: régimen jurídico*, Granada, Comares.

<sup>33</sup> *BOE* núm. 199, agosto de 1987. En la actualidad, forman parte del convenio doce países: Alemania, Austria, Eslovenia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía.

sieron superar las dificultades que había suscitado la aplicación del Convenio de 1902, al hacer referencia a una única institución (la tutela). De este modo, el CPM evita la utilización de términos excesivamente precisos con la intención de no proporcionar unos márgenes estrechos para facilitar su aplicación.

Se ha empleado el término “medida de protección” para evitar problemas de calificación, pues al utilizar esta noción se proporciona la posibilidad de calificar autónomamente (con arreglo a la función) y subsumir en ella todas las instituciones de protección existentes en un determinado ordenamiento.<sup>34</sup> La calificación se lleva a cabo partiendo de la función que cumple determinada medida o institución, de manera que si una relación jurídica corresponde teleológicamente con el sentido de la norma puede subsumirse en ella. A saber, se interpretan los términos atendiendo a su finalidad o a la teleología de la reglamentación en la que se encuentran inmersos.

Medidas de protección son todas las existentes en un determinado ordenamiento, que tienden a la protección individual del menor (tanto de su persona como de su patrimonio). Pueden citarse como ejemplos en el derecho español, la tutela, la curatela, la guarda administrativa, el acogimiento, etcétera. Aunque el CPM no menciona expresamente el acogimiento preadoptivo, comprende todas las modalidades de acogimiento existentes en nuestro ordenamiento y en otros sistemas jurídicos (incluido el acogimiento preadoptivo).

*B. Inclusión del acogimiento preadoptivo en el ámbito material del Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 sobre Competencia, Ley Aplicable, Reconocimiento y Cooperación Internacional en el Ámbito de la Responsabilidad Paterna y de las Medidas de Protección*

La XVIII sesión de La Conferencia de La Haya aprobó el 19 de octubre de 1996 el convenio sobre Competencia de las Autoridades, Ley Aplicable, Reconocimiento y Cooperación entre Autoridades en Materia de Medidas de Protección y de Responsabilidad de los Padres (en ade-

<sup>34</sup> Cfr., Kropholler, Jan, *Minderjährigenschutzabkommen*, Ernst and Gieseking Verlag, 2. Auflage, 1977, pp. 55 y 56.

lante, CPN).<sup>35</sup> A diferencia del CPM, los redactores del convenio del 19 de octubre de 1996 han optado por enumerar en dos disposiciones correlativas, los artículos 3o. y 4o., las materias comprendidas y excluidas de su ámbito de aplicación, respectivamente. El artículo 3o. del citado Convenio recoge especialmente en la letra e) el acogimiento, tanto en su vertiente familiar como residencial. El artículo 4o., letra b), sin embargo, excluye del convenio “*la decisión sobre la adopción y las medidas que la preparan...*”. Esta disposición ha suscitado dos cuestiones: en primer lugar, qué ha de entenderse por “medida preparatoria” de la adopción; y, en segundo extremo, si puede considerarse que el acogimiento preadoptivo es una medida de este tipo.<sup>36</sup> Hay que extraer el sentido de la citada exclusión de la función y finalidad del Convenio, así como de la interpretación de los artículos 3o. y 4o.<sup>37</sup>

Como se ha señalado, el acogimiento preadoptivo no es una fase preparatoria de la adopción. Las etapas preparatorias son todas aquellas que tienen como finalidad disponer y organizar todos los requisitos necesarios para constituir la adopción (*v.gr.*, la selección de los padres adoptivos, el estudio de la idoneidad de los candidatos y del buen resultado de la adopción, etcétera), siendo el acogimiento preadoptivo una etapa temporalmente anterior a la constitución de la adopción, que no ha de ser vista como medida preparatoria.

Siguiendo una interpretación sistemática, en el convenio del 19 de octubre de 1996 aparece alterado el orden de los artículos 3o. y 4o. con respecto al establecido en el anteproyecto del 22 de septiembre de 1995, determinando el nuevo artículo 4o. las materias excluidas del ámbito de aplicación del texto convencional. También se ha suprimido el inciso segundo de la citada disposición, de tal forma que la actual letra b) del artículo 4o. señala que quedan excluidas del ámbito de aplicación del

35 Este convenio no ha entrado todavía en vigor. En la actualidad lo han firmado los siguientes países: Marruecos, Mónaco, Países-Bajos, Eslovaquia y la República Checa. Marruecos, además, presentó el instrumento de ratificación el 14 de mayo de 1997.

36 Determinado sector de la doctrina ha señalado que el acogimiento preadoptivo se excluye del ámbito de aplicación del Convenio del 19 de octubre de 1996. *Cfr.*, Lagarde, Paul, “Rapport explicatif de la convention de La Haye del 19 octobre 1996”, *Conférence de La Haye de Droit International Privé*, La Haya, p. 36; Bucher, Andreas, “La Dix-huitième session de La Conférence de La Haye de Droit international privé”, *Revue Suisse de Droit International et Droit Européen*, 1997, p. 76.

37 Sobre la interpretación de los convenios de derecho uniforme véase la ya clásica obra de Kropholler, Jan, *Internationales Einheitsrecht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975, pp. 258 y ss.

Convenio “la decisión de adopción y las medidas que la preparan, así como la anulación y la revocación de la adopción”.<sup>38</sup>

Esta alteración formal repercute en el sentido de la citada exclusión. Teniendo en cuenta el actual orden de los artículos 3o. y 4o. (materias incluidas y materias excluidas, respectivamente), cuando el artículo 3o. del citado Convenio recoge como una de las materias incluidas “*le placement de l'enfant dans une famille d'accueil...*”, está refiriéndose genéricamente a todas las ocasiones en las que tiene lugar el citado “*placement*” (colocación) en una familia, sin tomar en consideración su finalidad (esto es, si es la reinserción del menor o la adopción). Desde esta perspectiva, el acogimiento preadoptivo es también una colocación del menor en una familia hasta que se constituye la adopción. Cuando el artículo 4o. menciona las materias excluidas refiriéndose a “*las medidas que la preparan*” (la adopción) hace referencia a todas aquellas medidas preparatorias de la adopción con exclusión del acogimiento preadoptivo, ya que en el artículo precedente ha quedado claro que queda comprendido en el ámbito del Convenio.

Esta segunda exégesis ayuda a superar las dificultades que podrían surgir en las situaciones “patológicas” de acogimiento preadoptivo. De este modo, en el caso del acogimiento devenido en preadoptivo, el cambio de finalidad no determina la variación de su régimen. En el caso inverso (acogimiento preadoptivo frustrado), del mismo modo, al no terminar en adopción, queda regulado por las mismas disposiciones que determinan el régimen jurídico de cualquier otro tipo de acogimiento.

En realidad, la polémica que suscita en la actualidad la inclusión o exclusión del acogimiento preadoptivo del ámbito de aplicación del Convenio de 1996 se debe a los problemas de delimitación que se plantearon los delegados en la Conferencia durante la negociación del citado Convenio, más que a una decidida toma de posición acerca de su exclusión. De hecho, esta cuestión ya se vislumbró en el anteproyecto del 22 de septiembre de 1995. El motivo que determinó la inclusión del último inciso del artículo 3o., letra b) del citado anteproyecto (“Sin embargo, el capítulo IV se aplica a dichas medidas, si han sido adoptadas en aplicación de las reglas de competencia previstas en el capítulo II”) fue el hecho de que, partiendo de la consideración del acogimiento preadoptivo

<sup>38</sup> Cfr., *Procès-verbal* núm. 3, *Commission II, Protection des enfants, Dix-Huitième Session*, Séance du 1 Octobre 1996 (après-midi), marges. 110-117.

como una medida de protección (incluible, por tanto, en el ámbito del convenio que iba a nacer), podía provocar problemas en relación con las reglas que determinan los foros de competencia internacional en materia de adopción. Sin embargo, no es conveniente exagerar tales inconvenientes, como se verá a continuación.

La inclusión del acogimiento preadoptivo en el ámbito del Convenio de La Haya de 1996 no es baladí, pues origina una serie de relaciones con otros convenios internacionales, en los que también queda comprendido este tipo de acogimiento (señaladamente, el Convenio sobre Adopción de 1993). Por tanto, tendrá que determinarse si la normativa convencional actual da una respuesta satisfactoria (desde la perspectiva de la competencia, del derecho aplicable, del reconocimiento y de la cooperación internacional) a las modalidades de acogimiento preadoptivo internacional.

### 3. *El acogimiento preadoptivo y los sectores del derecho internacional privado*

#### *A. Competencia internacional*

La consideración del acogimiento preadoptivo como una modalidad de acogimiento y, por tanto, como una medida de protección con autonomía con respecto a la adopción, obliga a determinar la competencia internacional para su constitución, modificación o extinción. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la posibilidad de que el menor sea adoptado está supeditada a la constatación de determinadas situaciones previas: o bien que el menor haya sido declarado en situación de desamparo, o bien, que haya sido declarado adoptivo. La competencia para declarar al menor adoptivo o en desamparo, al tratarse de declaraciones previas, no debe estar necesariamente vinculada a la competencia internacional que sirve para decretar el acogimiento preadoptivo ni la adopción.

Para determinar la competencia en el ámbito del acogimiento preadoptivo es preciso distinguir entre: el acogimiento preadoptivo que se constituye antes de que se haya iniciado el expediente de adopción y el acogimiento preadoptivo que se constituye cuando ya se ha formalizado la adopción.

- a. Acogimiento preadoptivo que se constituye antes de iniciar el procedimiento conducente a la adopción.

Esta modalidad de acogimiento se prevé en determinados ordenamientos para servir de periodo probatorio antes de constituir la adopción. También se incluye en esta categoría el denominado “acogimiento a riesgo de adopción”, a saber, aquel tipo de acogimiento preadoptivo, que tiene lugar cuando el menor no ha sido declarado en desamparo porque todavía no se sabe con exactitud cuál es la situación de la familia y si la falta de los cuidados que sufre el niño es reversible o irreversible. Se diferencia, por tanto, de otras modalidades de acogimiento preadoptivo en que el menor no ha sido declarado en situación de desamparo. Podrían incluirse también en esta categoría todas aquellas situaciones en las que una vez constituido el acogimiento, que en principio no tenía finalidad preadoptiva, finaliza en un acogimiento de este tipo como consecuencia de las circunstancias en que se encuentra el menor.

La determinación de la competencia judicial internacional para la constitución de este acogimiento no puede hacerse depender de la adopción; esto es, no puede subordinarse la competencia internacional para constituir el acogimiento preadoptivo a la autoridad internacionalmente competente para formalizar la adopción, dado que si bien puede apreciarse la posibilidad de que se lleve a efecto, no se sabe con seguridad si tendrá lugar o, incluso, desde el principio no se previó la posibilidad de que tuviera lugar.

Para los casos en que cabe pensar en la posibilidad de que se constituya la adopción, la atribución de competencia internacional tendría que realizarse, con carácter general, en favor de las autoridades de la residencia habitual del niño. Sin embargo, ha de atribuirse también competencia a otras autoridades, ya que la situación en que se encuentran los menores (sobre todo en el caso en el que ya ha recaído la decisión pronunciando el desamparo) puede justificar la utilización de otro foro de competencia, como, *v.gr.*, el *forum presentiae*, sin que se trate de una medida provisional ni urgente, que haya de ser modificada cuando las autoridades de los demás Estados contratantes adopten las medidas adecuadas. Será más conveniente al interés del menor que sea colocado en una familia con intención de acogerlo que llevarlo a un centro, aunque las autoridades que hayan apreciado la situación de desamparo no sean las de la residencia habitual. Ciertamente, en la mayoría de las ocasiones, el

tiempo transcurrido hasta que se dicta la decisión que declara el desamparo hace que pueda considerarse que el menor tiene ya en un determinado lugar su residencia habitual.

Ni el CPM ni el Convenio de 1996 prevén la posibilidad de que se atribuya competencia al tribunal del lugar en donde se encuentra el menor, sin que se trate de medidas provisionales o urgentes, que serán sustituidas por las adoptadas por las autoridades de la residencia habitual. Sin embargo, el Convenio de 1996 presenta una ventaja: al permitir que las autoridades de la residencia habitual dejen de conocer de un caso si consideran que el interés del menor puede ser mejor apreciado por otras autoridades, y, al considerar dentro de estas otras autoridades la que presente los “vínculos más estrechos”, puede entenderse que, en estos casos, ésta sería la del lugar en donde se halla el menor.

*b. Acogimiento preadoptivo que se constituye cuando se ha solicitado la formalización de la adopción.*

El acogimiento preadoptivo también puede tener lugar cuando ya se ha iniciado el expediente de adopción y, en este caso, constituye una etapa previa en la que se coloca al menor en la familia que lo va a adoptar. Este tipo de acogimiento, en condiciones normales, terminará en adopción, lo que puede aconsejar que se determine por la misma autoridad a la que corresponde la competencia judicial para la constitución de la adopción (*forum adoptionis*).

Esta circunstancia conduce a rechazar los argumentos dados por los miembros de la comisión especial encargada de la modificación del CPM, encaminados a poner de relieve los inconvenientes que se originarían, caso de aceptar que el acogimiento preadoptivo estuviera incluido en el ámbito de aplicación del convenio que iba a ver la luz, basados en la complicación que conllevaría la determinación de la competencia judicial internacional en relación con la futura adopción. Este inconveniente, de un lado, no se justifica en sí mismo y, de otro, tampoco puede utilizarse para excluir el acogimiento preadoptivo del ámbito de aplicación material del CPN (véase *supra*). En primer lugar, apartándonos de la posición seguida por P. Lagarde (la misma autoridad decide el acogimiento preadoptivo y la constitución de la adopción), al menos cuando se trata de acogimientos “a riesgo de adopción”, parece evidente que no sea necesario que las autoridades competentes para su constitución (se-

gún las disposiciones de derecho internacional privado de cada uno de los ordenamientos jurídicos) tengan atribuida competencia también para la determinación del acogimiento preadoptivo.

En segundo lugar, la objeción señalada por P. Lagarde en el informe explicativo del CPN relativa a los problemas que derivarían de la inclusión del acogimiento preadoptivo tampoco es tan importante en el caso de las modalidades de acogimiento que se constituyen después de que se haya iniciado el procedimiento de adopción. Quizás pueda parecer *a priori* más complicada la justificación de esta postura con respecto a estos tipos de acogimiento preadoptivo, pero tampoco debe sobrevalorarse este inconveniente, si se tiene en cuenta el planteamiento flexible que realiza el citado convenio en el sector de la competencia internacional. Podría considerarse, llegado el caso (si el acogimiento preadoptivo concluyera en la constitución de una adopción), que si la residencia habitual del menor no coincide con el foro en virtud del cual se va a constituir la adopción, el interés del menor aconseja que se atribuya el conocimiento del acogimiento preadoptivo a la autoridad que presenta los vínculos más estrechos, utilizando este sistema para atribuir competencia a las autoridades que en los distintos países tienen competencia para la constitución de la adopción.

Parece lógico atribuir la competencia para decidir la colocación del menor en la familia que va a acogerlo a la misma autoridad ante la cual se ha iniciado el expediente de la adopción y que, por tanto, va a constituirlo. El foro de la residencia habitual del menor es el más aconsejable para determinar la competencia, también, en relación con el acogimiento preadoptivo que tiene lugar una vez que se ha iniciado el expediente de la adopción, criterio que coincide totalmente con el foro recogido en el Convenio del 19 de octubre de 1996 sobre Protección del Niño. En determinadas ocasiones, cuando el interés del menor lo requiera, podría hacerse uso del planteamiento del artículo 8o., para utilizar las competencias excepcionales previstas en la citada disposición, entendiéndose que “*el Estado con el que el niño presenta los vínculos más estrechos*”, artículo 8o., párrafo segundo, letra d), pueda ser, en el caso concreto, el del tribunal correspondiente a la residencia habitual del adoptante o el del lugar en donde se encuentra el adoptando.

No obstante, esta opción aparentemente razonable contrasta con la situación en la que tiene lugar una adopción internacional. Normalmente, salvo cuando los menores tengan su residencia habitual en el territorio

del mismo Estado en donde van a ser adoptados, han de ser desplazados del lugar en donde se encuentran o en el que residen habitualmente como consecuencia de la solicitud de adopción. Estas autoridades van a ser, con carácter general, las más adecuadas para decidir si el interés del menor aconseja su colocación en una familia en aras a su adopción. Ha de tenerse en cuenta que es posible que la adopción fracase (que no llegue a constituirse) porque las circunstancias que acaecen con posterioridad no la aconsejan. En estos casos, la competencia judicial internacional para decidir cuál es la medida a adoptar corresponde a las autoridades que decidieron el acogimiento. Sin embargo, puede plantearse la utilización del *forum presentiae* para constituir un acogimiento preadoptivo. Cuando el niño ha sido trasladado al Estado en el que ha de llevarse a cabo la adopción, las autoridades de este Estado serán las mejor informadas para verificar si la adopción conviene al interés del niño. En caso negativo, deberán ordenar las medidas adecuadas a la situación (*v.gr.*, un nuevo acogimiento preadoptivo, etcétera). Esta interpretación coincide plenamente con lo dispuesto en el artículo 21 del Convenio de La Haya sobre Adopción de 1993.

### c. Garantías previstas por el Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional

Si bien el convenio de La Haya sobre adopción no indica la competencia internacional para la constitución de la adopción, determina la competencia internacional de las autoridades en relación con el proceso previo al pronunciamiento de la decisión de adopción. El citado Convenio señala cómo ha de articularse la cooperación entre las autoridades cuando se trata de la colocación del niño en la familia que lo va a adoptar o que lo ha adoptado. En relación con el estricto momento de la colocación, la etapa más importante a la vez que más peligrosa de todo el proceso de adopción, el citado Convenio determina que tal decisión es compartida por las autoridades del Estado de origen (artículo 17) y las del Estado de recepción, de tal forma, sólo se llevará a efecto si estas últimas la han consentido “*si así lo requiere la ley de dicho Estado o la autoridad central del Estado de origen*” (letra b del citado artículo 17).

No sólo la doctrina ha entendido que se trata de una de las disposiciones clave del sistema de cooperación establecido en el Convenio, que organiza una gestión conjunta y responsablemente compartida de la co-

locación efectiva del niño con la finalidad de evitar el fracaso de la adopción,<sup>39</sup> sino que, de hecho, en el propio diseño convencional, se le da esta consideración, al excluir esta disposición de las que pueden ser modificadas entre los Estados contratantes a través de la conclusión de “acuerdos para favorecer la aplicación del convenio en sus relaciones recíprocas” (véase artículo 39, párrafo segundo).<sup>40</sup> Sin embargo, este sistema es insuficiente en determinados casos: cuando en el Estado de origen del niño se constituye una modalidad de acogimiento que aún no es preadoptiva, y posteriormente el niño es trasladado al Estado en el que tienen su residencia los acogedores, con la finalidad de constituir una adopción.

### B. *Derecho aplicable*

El hecho de que el acogimiento se constituya, modifique o extinga mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, influye decisivamente en la forma en que el legislador determina las relaciones entre la competencia internacional y el derecho aplicable.<sup>41</sup> No quiere decirse con ello que el acogimiento no se constituya, modifique o extinga también a través de un procedimiento contencioso. Se trata de poner de relieve las principales motivaciones que han conducido a proponer distintas soluciones a las relaciones *forum-ius* en los convenios internacionales que se refieren genéricamente a la protección del menor y, particularmente, al acogimiento.

39 *Cfr.*, Sturlese, Bruno, “La Convention de La Haye du 20 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *La Semaine Juridique*, 1993, p. 431; Meyer-Fabre, Nathalie, “La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1994, p. 281; Andreas Bucher, “La nouvelle Convention de La Haye relative à l’adoption internationale”, *op. cit.*, nota 21, p. 107.

40 La contrapartida de las adopciones celebradas mediante el procedimiento previsto en el convenio es el posible no reconocimiento “en virtud de las disposiciones del mismo de las adopciones hechas conforme al acuerdo concluido en aplicación del artículo 39, párrafo segundo” (véase artículo 25).

41 La específica problemática de los actos de jurisdicción voluntaria en derecho internacional privado deriva de que el derecho procesal y el derecho material están tan estrechamente relacionados el uno con el otro que no parece posible trazar una línea de separación entre ellos. *Cfr.*, Batiffol, Henri, “Principes de droit international privé”, *Recueil des Cours*, (1959-II), vol. 97, p. 556.

El planteamiento seguido en el CPM se enmarca dentro de las teorías que promueven la unidad *forum-ius* en los actos de jurisdicción voluntaria. El objetivo del CPM, a diferencia del convenio sobre Ley Aplicable a la Tutela de 1902, fue situar en primer lugar la determinación de la competencia de las autoridades.<sup>42</sup> En sus artículos 2o. y 4o., al señalar que las autoridades competentes aplicarán su “ley interna” a las medidas de protección, se subordina la competencia legislativa a la competencia judicial. A saber, la competencia judicial ejerce una *vis atractiva* sobre la competencia legislativa, determinándola.

Por el contrario, el CPN de 1996 opta por la escisión entre las competencias siguiendo la teoría del paralelismo de conexiones. Según esta teoría, la competencia judicial y la competencia legislativa utilizan un mismo criterio, jurídico o fáctico (*v.gr.*, la nacionalidad o la residencia habitual de las partes), pero cada una de ellas mantiene su autonomía, a saber, no se determina una a partir de la otra, ni se produce una subordinación de competencias (sino simplemente una coincidencia entre las mismas), ni se trata de otro supuesto de unidad *forum-ius*, porque, de ser así, las competencias estarían ligadas indefinidamente, mientras que, en este caso, dado que sólo coinciden, son separables. Esta correspondencia no es incondicional, pues la separabilidad se produce cuando no concurren o cambian las circunstancias que han provocado tal coincidencia.<sup>43</sup>

El artículo 15 prevé la aplicación de la ley interna de la residencia habitual (párrafo primero), si bien, excepcionalmente, las autoridades determinadas en el convenio podrán aplicar la ley que presente los vínculos más estrechos con la relación. Se introduce la técnica de los vínculos más estrechos en materia de protección de los menores, al tiempo que se toma partido por la escisión entre competencia judicial y competencia legislativa mediante la adopción de la teoría del paralelismo de conexiones (*ad. ex.*, el artículo 16 prescribe la aplicación de la ley interna de la autoridad a la responsabilidad paterna) o, sencillamente, mediante la separación de ambas competencias (*ad. ex.*, en el artículo 15, párrafo segun-

42 Véase Steiger, Werner E. von, “La protection des mineurs en droit international privé”, *Recueil des Cours*, (1964-II), vol. 112, p. 493.

43 *Cfr.*, Mayer, Dieter, *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le Droit international privé de la famille*, tesis doctoral inédita, Universidad de París-II, 1973, pp. 336 y 536. *V.gr.*, en el caso de las medidas urgentes, si los factores que motivan la coincidencia entre la competencia judicial y la competencia legislativa no se dan (carácter provisional y urgente), vuelven a separarse.

do *supra* citado se determina el derecho aplicable a las medidas de protección a través de la conexión “vínculos más estrechos”).

La valoración de la relación que mantienen los sectores de la competencia internacional y el derecho aplicable con respecto al acogimiento preadoptivo ha de realizarse teniendo en cuenta que, de un lado, pese a que su finalidad sea, en la mayor parte de las ocasiones, la constitución de una adopción, no siempre se llega a constituir; y, de otro, que este resultado no ha de verse como una patología de la regulación, sino como una consecuencia que, cuando se produce, va en interés del menor. A diferencia de las modalidades de acogimiento que traen causa de una situación de desasistencia moral y/o material irreversible, ha de respetarse la independencia de competencias cuando se trate de la determinación de la ley aplicable al acogimiento preadoptivo por los siguientes motivos: en primer lugar, porque, dado que ya no se trata de la constitución de una medida urgente (la declaración de la situación de desamparo o la declaración de adoptabilidad del menor precede a la constitución del acogimiento), no pueden alegarse las razones que derivan de esta consideración para vincular la competencia judicial y la competencia legislativa. Y, en segundo término, porque se trata de una situación “provisional” en todos los casos, pues el acogimiento puede finalizar en una adopción. Estas circunstancias impiden que se vinculen subordinadamente la competencia judicial y la competencia legislativa. La competencia legislativa no tiene que determinarse necesariamente a partir de la competencia judicial en todos los casos. La independencia entre competencias ha de respetarse de tal modo que las autoridades a las que corresponda la constitución del acogimiento puedan aplicar tanto su propia ley interna como la ley de otro ordenamiento con el que el propio acogimiento y la adopción (en su caso) puedan estar vinculados. Por estos motivos, la regulación dada por el CPN resuelve de manera más adecuada la ley aplicable al acogimiento preadoptivo que la proporcionada por el CPM, ya que ofrece la posibilidad de aplicar otras leyes que puedan presentar una vinculación estrecha con la relación.

Por último, hay que destacar que en la medida en que el interés del niño penetra en este ámbito, se matiza la importancia del sector del derecho aplicable, pues pierde la dimensión reguladora que le era propia en favor de una función mucho más valorativa.

### *C. Reconocimiento de decisiones y cooperación internacional*

El reconocimiento del acogimiento preadoptivo plantea la cuestión de su dependencia o independencia de la homologación de la adopción. Ha de tomarse en consideración, de un lado, que en todas las ocasiones el acogimiento preadoptivo no finaliza en una adopción y, de otro, que la escisión entre “acogimiento no-preadoptivo” y “acogimiento preadoptivo” no es tan nítida. Las circunstancias en las que se encuentra el menor deciden la oportunidad de que se constituya finalmente una adopción. En estos casos, el reconocimiento del acogimiento va implícito en el reconocimiento de la adopción y, por tanto, se llevará a cabo con arreglo al régimen de homologación de la adopción a partir de lo dispuesto en los convenios internacionales (*v.gr.*, Convenio de La Haya de 1993, convenios bilaterales) o en el párrafo cuarto del apartado quinto del artículo 9o. del Código Civil. En otro caso, el acogimiento se reconocerá de manera independiente por la vía de alguno de los sistemas analizados.

No obstante, hay que hacer especial referencia al artículo 28 del Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993 que señala: “el convenio no afecta a ley alguna de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese Estado tenga lugar en ese Estado o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción o su desplazamiento al Estado de recepción antes de la adopción”.

En segundo extremo, resulta claro que cuando se trata de constituir un “acogimiento preadoptivo” han de extremarse las garantías que requiere su puesta en práctica. Tanto el Convenio de 1993 sobre Adopción como el Convenio de 1996 sobre Protección del Niño han previsto un detallado sistema de asistencia entre autoridades centrales en materia de acogimiento preadoptivo. Si bien no existen problemas de incompatibilidad entre estos Convenios, es conveniente analizar tal sistema para precisar su alcance. El artículo 33 del CPN ha previsto la consulta entre autoridades cuando se trata de llevar a efecto un acogimiento en el territorio de un Estado distinto al de la autoridad que lo decide u ordena. Esta disposición es elogiada, pues cuando el niño ha sido trasladado a otro Estado en el que va a ser acogido, las autoridades del Estado que ordena el acogimiento no tienen un conocimiento directo de la situación de la familia o del centro que lo va a acoger. La decisión sobre el acogimiento, por tanto, es compartida.

Sin embargo, esta regulación no “va” todo lo lejos que sería deseable cuando se trata de garantizar el éxito de un acogimiento “preadoptivo”. Ha de tomarse en consideración que, en estos casos, la necesidad de garantizar la efectividad de la medida y que interese al menor, no se limita al momento inicial en el que se planea el acogimiento, sino que debe existir un periodo de tiempo para observar el desarrollo del acogimiento preadoptivo, pues no siempre conviene al interés del niño la ulterior formalización de la adopción. Por este motivo, el sistema de garantías previsto en el Convenio sobre Adopción de 1993 es más satisfactorio que el recogido en el CPN cuando se trata de poner en práctica un acogimiento preadoptivo.

Han de destacarse los méritos del artículo 21 del Convenio de Adopción. Según esta disposición, la autoridad central del Estado de recepción deberá adoptar las medidas necesarias para la protección del niño cuando el mantenimiento en la familia de recepción ya no responda a su interés superior. En este caso, ha de “consultar” con la autoridad central del Estado de origen la conveniencia de un nuevo acogimiento preadoptivo o de una nueva colocación alternativa de carácter duradero. Una nueva adopción sólo podrá tener lugar si la autoridad central del Estado de origen ha sido debidamente “informada”. Este esquema de actuación revela un planteamiento loable que parte de la necesidad de cooperación entre las autoridades de los Estados de origen y de recepción del niño cuando se trata de llevar a efecto una adopción, desde uno de sus momentos iniciales: la colocación del menor en acogimiento en la familia que desea adoptarlo. De este modo, aunque a partir del desplazamiento del menor al Estado de recepción, estas autoridades están en mejores condiciones para vigilar el adecuado desarrollo de la medida de protección, los innegables vínculos que el niño mantiene con el Estado de origen y con sus autoridades, aconsejan que tengan participación en la adopción de las decisiones que convengan al interés del menor cuando el acogimiento previsto ha resultado fallido.

No obstante, no se aplica a todas las modalidades de acogimiento preadoptivo. Teniendo en cuenta la falta de univocidad de esta expresión, existen determinadas modalidades de acogimiento preadoptivo que no se incluyen en el Convenio de 1993, al no estar dirigidas, desde un primer momento, a la constitución de una adopción. Se trata del “acogimiento preadoptivo”, que se ordena sin que se haya iniciado un expediente de adopción, o al caso del acogimiento “*a rischio giuridico*”, en

el cual la colocación tiene lugar sin que se sepa exactamente cómo evolucionará la situación de la familia de origen y, por tanto, todavía no puede saberse si estamos ante un acogimiento “preadoptivo” o “proadoptivo”. Para estos casos, el artículo 33 del CPN completa al Convenio sobre Adopción. Entre ellos se produce una compatibilidad que permite, en algunos casos, realizar una auténtica asistencia entre autoridades, que podrá revestir las notas de la efectividad y del aseguramiento del interés del menor si, de hecho, se lleva a efecto.

Pero esta colaboración no es suficiente, como se verá más adelante, porque el Convenio de 1996 sólo se refiere a las modalidades de acogimiento (incluido el preadoptivo), pero no asegura el éxito ni la conveniencia de la adopción, y el Convenio de 1993, preocupado en mayor medida por la adopción, sólo prevé las garantías para los supuestos en que el acogimiento que se constituye tiene una finalidad claramente adoptiva, como se expondrá a continuación.

#### V. EL ACOGIMIENTO PREADOPTIVO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL: RECONOCIMIENTO DE LOS ACOGIMIENTOS PREADOPTIVOS

Con frecuencia se plantean ante las autoridades españolas cuestiones relativas a la homologación de adopciones, sobre todo cuando se trata de las denominadas “adopciones simples”. Sin embargo, aunque de forma menos conocida, también se presentan ante dichas autoridades peticiones de homologación de un acogimiento preadoptivo constituido por una autoridad extranjera. Esta circunstancia aconseja abordar en este marco el estudio del sistema de derecho internacional privado español.

Normalmente, tales pretensiones se presentan a título incidental, en el marco del proceso de constitución de una adopción ante las autoridades españolas. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, del 15 de marzo de 1996, es un claro ejemplo, pues aborda la cuestión de la formalización (si y cómo) de la adopción en España de un niño de nacionalidad nicaragüense que ha sido previamente acogido ante las autoridades de Nicaragua.<sup>44</sup> Esta decisión plantea, de forma más general, dos cuestiones: en primer lugar, la incidencia de la existencia de un previo

<sup>44</sup> Véase texto y mi comentario en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIX, 1997-2, pp. 264-270.

acogimiento preadoptivo formalizado en el extranjero, en orden a la posterior constitución de una adopción en España; y, en segundo término, la quiebra de las garantías que ofrece el Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción, cuando el acogimiento constituido en el extranjero no era preadoptivo, porque no tenía la finalidad de transformarse en una adopción, y, por tanto, el desplazamiento del niño al Estado de recepción no tuvo la finalidad de constituir una adopción.

De conformidad con el artículo 9o., párrafo quinto del Código Civil, la adopción constituida en España ante autoridad judicial se regirá, en todo caso, por lo dispuesto en la ley española. Junto con la ley española, el citado artículo 9o., párrafo quinto del Código civil prevé que ha de aplicarse la ley nacional del adoptando, pero sólo si no reside en nuestro territorio y no adquiere la nacionalidad española. Por tanto, la ley española regula exclusivamente la adopción cuando el niño reside en territorio español y adquiere la nacionalidad española tras la adopción. Hechos, ambos, que se cumplen en el supuesto que se planteó ante la citada Audiencia Provincial de Valencia (el niño adquiere la nacionalidad española habida cuenta de que los padres adoptivos le transfieren esta nacionalidad tras la adopción, véase artículo 19 del Código Civil). De este modo se consigue que los padres biológicos del menor no intervengan para consentir la adopción de su hijo, que entregaron a otra familia, quizá, a causa de las dificultades transitorias por las que atravesaban, pero sin intención de entregarlo en adopción, como parece que sucedió en el citado caso.

No puede admitirse que un niño que no ha sido declarado en situación de abandono (desamparo) o que no ha sido declarado adoptivo pueda ser adoptado. La acreditación de la idoneidad de los progenitores es un requisito imprescindible para asegurar la viabilidad y la conveniencia de la adopción, pero en igual (o mayor) grado lo es acreditar que el niño está en condiciones de ser adoptado. Si se toma en consideración que la adopción ha de ser un mecanismo para salvaguardar el interés del niño y no el de las personas que desean adoptarlo, no pueden olvidarse sus circunstancias personales. Si las deficiencias (de cualquier tipo) por las que atraviesa la familia son de índole reversible, es decir, que el tiempo puede provocar su desaparición, y si el menor tiene derecho a vivir en una familia, en la suya propia si ello es posible (principio de subsidiariedad

de la adopción)<sup>45</sup> no es posible aceptar la constitución de una adopción sin que la hayan consentido los padres biológicos.

Pero es que, además, el Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción tampoco puede evitar este resultado, pues no asegura en todos los casos que la ulterior adopción se lleve a efecto con todas las garantías prevista en su artículo 4o.; esto es, que se haya declarado la idoneidad de los adoptantes, que haya sido consentida la adopción por los progenitores del niño, etcétera. Cuando en el Estado de origen se ha formalizado un acogimiento que no tiene la consideración de preadoptivo ni preadoptivo, esto es, cuando la situación por la que atraviesa la familia del niño no permite prever desde el momento en que se constituye el acogimiento, que va a terminar en adopción, “falla” el sistema de garantías convencional.

Según su artículo 2o., se aplica tanto a los “acogimientos preadoptivos” que tienen lugar antes de la constitución de la adopción como a las “colocaciones” que tienen lugar después de la misma. En el primer supuesto, la utilización de las disposiciones convencionales no plantea mayor problema cuando “la finalidad” de constituir una adopción estuvo clara desde el inicio. Sin embargo, no lo es tanto cuando *ab initio* se constituyó un acogimiento que no tenía esta finalidad, pero más adelante los acogedores inician el expediente de adopción. Si, además, ha existido un desplazamiento internacional de la residencia habitual del niño (como sucede en el supuesto que se plantea ante la Audiencia Provincial), se plantea la cuestión de cómo puede determinarse si la finalidad de dicho acogimiento fue devenir en una adopción. El artículo 2o. del Convenio de 1993 no especifica cuáles son los criterios que han de ser utilizados para apreciar la existencia de esta finalidad. No se conocen, por tanto, los datos que han de valorarse para interpretar dicha finalidad: si tendrán que apreciarse sólo los hechos objetivos o podrá tomarse en consideración también la intención subjetiva con la que se lleva a cabo tal desplazamiento.

Las circunstancias que rodean el supuesto que se planteó ante la Audiencia Provincial de Valencia constituyen una forma de evitar la aplicación de las disposiciones del convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción y, por tanto, de vulnerar el sistema de garantías que prevé. Si

45 *Cfr.*, Jayme, Erik, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours*, 1995, vol. 251, p. 185.

el niño, que ha sido acogido en el extranjero (acogimiento simple), es trasladado a España en donde se solicita la constitución de la adopción, ¿podría entenderse que existe una voluntad de defraudar las disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico, en este caso, del Convenio de 1993?

## VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El acogimiento preadoptivo presenta dos características principales, que determinan su régimen en derecho internacional privado. De un lado, se trata de una medida de protección, que, por tanto, participa de los rasgos característicos del resto de las modalidades de acogimiento (señaladamente, función preparatoria y carácter temporal), pero, de otro, está vinculada de forma muy especial con la adopción. No hay que despreciar la importancia que en la actualidad tiene el acogimiento preadoptivo en el largo proceso de la adopción, y, en especial, de la adopción internacional. En un momento en el que crece el número de adopciones internacionales, es preciso preguntarse por la relación del acogimiento preadoptivo con la adopción internacional.

El tratamiento del acogimiento preadoptivo en derecho internacional privado ha de situar el centro de atención en el sector de la cooperación internacional y en el de la competencia entre las autoridades, porque desde este marco ha de darse respuesta a las cuestiones que suscita el acogimiento preadoptivo internacional en la actualidad. Para satisfacer este objetivo es necesario concluir convenios internacionales, porque los esfuerzos individuales son insuficientes.

El creciente desarrollo de la adopción internacional exige dar respuesta no sólo a esta medida de protección sino también, y con carácter previo, al acogimiento preadoptivo. Además, es necesario detenerse en el dato de que se trata de un acogimiento preadoptivo internacional; esto es, los niños que van a ser adoptados en los países de origen o en el país de destino. Hay que pensar en la posibilidad de que no llegue a constituirse la adopción, una vez que el niño ya ha llegado al país de destino (adopción fallida), ¿cómo se procede, entonces? Es necesario determinar en qué situación se queda el niño y qué papel juegan las autoridades del Estado de origen y las del Estado de recepción.

Si bien el Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción no menciona expresamente el acogimiento preadoptivo al determinar su ámbito material de aplicación, contiene reglas que se refieren al acogimiento preadoptivo. La imbricación entre el Convenio de La Haya, del 19 de octubre de 1996, relativo a la Protección de los Niños y el Convenio de La Haya, del 29 de mayo de 1993, sobre Adopción es perfecta en materia de acogimiento preadoptivo, ya que el texto de 1993 es un convenio de cooperación y el convenio de 1996 tiende a la unificación del derecho internacional privado en sus tres sectores (competencia, ley aplicable y reconocimiento de decisiones). La compatibilidad entre ambos textos internacionales no sólo es posible sino también deseable porque el Convenio de 1996 proporciona las reglas uniformes que cubren los vacíos que deja el Convenio de 1993.

De este modo, el régimen del acogimiento preadoptivo de menores se determinará por la normativa de derecho internacional privado, autónoma o convencional, vigente en cada uno de los ordenamientos jurídicos. Ha de tomarse en cuenta que el Convenio de 1993 se refiere a la constitución adopción y no al acogimiento preadoptivo. El convenio de 1996 aporta la solución a esta laguna del sistema de derecho internacional privado, a la vez que complementa las disposiciones del Convenio sobre Adopción de 1993 (véase artículo 17.c).

Por lo que respecta a la competencia judicial internacional, como se ha señalado, las normas que determinan este aspecto en el Convenio de 1993 en relación (exclusivamente) con el acogimiento preadoptivo son perfectamente compatibles con el esquema de actuación de las autoridades determinadas en el Convenio sobre Protección del Niño de 1996 (véase *supra*). Esta compatibilidad no se ve oscurecida por lo dispuesto en el artículo 33 del Convenio de 1996. Más bien al contrario, de la lectura de la citada disposición puede comprobarse la gran similitud que presenta con el sistema de garantías del Convenio de 1993. El esquema de cooperación previsto encaja con el diseñado en el Convenio de 1993 y, además, desempeña una función no cubierta por aquél, ya que que el Convenio de 1996 se aplica a todos los niños a partir de su nacimiento y hasta que hayan alcanzado la edad de 18 años (artículo 2o.). Ello significa que el artículo 33 del CPN se aplicará en la práctica a un mayor número de supuestos que el sistema de garantías del Convenio de 1993. Ha de tenerse en cuenta, igualmente, la cláusula de compatibilidad recogida en el artículo 52, párrafo primero de este Convenio que provoca

que, en ningún caso, la aplicación de ambos textos internacionales resulte lesiva al interés supremo del niño.

Una vez resaltadas las bondades de ambos textos internacionales en el ámbito del acogimiento preadoptivo, han de resaltarse también sus inconvenientes, pues el régimen de garantías previsto por el Convenio de 1993 y por el Convenio de 1996 es “adecuado” pero “insuficiente” para dar respuesta a determinadas situaciones. Cuando el acogimiento que se constituye en el Estado de origen no tiene la finalidad de llevar a efecto una adopción quiebra todo el sistema de garantías previsto por el Convenio de 1993, pues estos supuestos escapan totalmente al sistema de garantías previsto en el Convenio (artículo 4o.).

El Convenio de 1996 tampoco da respuesta satisfactoria a estas situaciones, porque la cooperación que plantea no asegura (al referirse sólo a las medidas de protección) el éxito de la adopción, ni lleva a cabo los controles suficientes para comprobar en qué condiciones se realiza el acogimiento preadoptivo (artículo 33) y la posterior adopción.

El acogimiento “*a rischio giuridico*” pone en tela de juicio los instrumentos internacionales existentes, pues se trata de una institución limítrofe (a caballo entre las medidas de protección y la adopción), cuyo régimen en derecho internacional privado es difícil de trazar. Vinculada, en unas ocasiones, con la adopción; pero desvinculada, en otras, su regulación no puede supeditarse a la de la adopción, pero es preciso hallar una fórmula para compaginar ambas instituciones, para que no se produzcan resultados insatisfactorios.

Tal insuficiencia de la regulación en los “casos difíciles”, pone aún más de relieve la situación fronteriza en la que se encuentra el acogimiento preadoptivo, proadoptivo o, en realidad, cualquier otra modalidad de acogimiento, dado que se trata de una institución, que por su finalidad (la protección de los niños) no puede sujetarse a límites. El interés del niño determinará la necesidad de un tipo u otro de acogimiento, y la conveniencia de la transformación del acogimiento constituido inicialmente en otra modalidad de acogimiento distinta. Hay que permitir, por tanto, esa facilidad de “cambio” o “transformación” de la figura del acogimiento, dado que es una de sus principales características, determinada por el interés del niño. Este interés preside el nacimiento, la modificación y la extinción del acogimiento en todo momento.

Por tanto, ha de incidirse especialmente en la importancia que reviste la negociación de convenios en materia de acogimiento de menores y,

más concretamente, en el ámbito del acogimiento preadoptivo. Además, sin despreciar los méritos de la cooperación regional, sería conveniente preparar un convenio internacional relativo a la cooperación internacional en el ámbito del acogimiento de menores, en el que se regulara de forma específica el acogimiento preadoptivo. En este Convenio internacional se darían cabida los desplazamientos temporales de niños (cuya viabilidad tal y como se desarrollan actualmente no queda garantizada) y también el acogimiento preadoptivo.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- VARIOS AUTORES, “La procédure de l’adoption”, *Droit de la famille*, J. Rubellin-Devichi, París, Dalloz, 1996.
- AMSELEK, Paul, “L’évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales”, *Revista de Derecho Privado*, 1982.
- BATIFFOL, Henri, “Principes de droit international privé”, *Recueil des Cours*, (1959-II), vol. 97.
- BEITZKE, Günther, *Familienrecht. Ein Studienbuch*, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1992.
- BERTRAND, E., *L’esprit nouveau des lois civiles*, París, Economica, 1984.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, “El interés del menor como factor de unificación y progreso del derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994.
- BUCHER, Andreas, “La nouvelle Convention de la Haye relative à l’adoption internationale”, *Revue du Droit de tutelle*, 1994.
- , “La Dix-huitième session de La Conférence de La Haye de Droit international privé”, *Revue suisse de Droit international et Droit européen*, 1997.
- CALVENTO SOLARI, Ubaldino, “Adozione internazionale in America Latina: aspetti normativi”, *Adozione internazionale tra norma e cultura*, Milán, Unicopli, 1997.

- CUARTERO RUBIO, Ma. Victoria, "Adopción internacional y tráfico de niños", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1840.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, *El acogimiento internacional de menores: régimen jurídico*, Granada, Comares, en prensa.
- EWALD, François, *L'État Providence*, París, Grasset, 1986.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego Pedro, *La codificación del derecho internacional privado en América Latina. Ámbito de producción jurídica y orientaciones metodológicas*, Madrid, Beramar, 1994.
- FINOCCHIARO, A. y FINOCCHIARO, M., *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori (Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983 n. 184)*, Milán, Giuffrè ed., 1983.
- FREEMAN, Michael D. A., *The Law and Practice of the Custodianship*, Londres, Sweet and Maxwell, 1986.
- GONZÁLEZ BEILFUS, Cristina, "La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1996-2.
- ICHINO PELLIZZI, Francesca y DENTE, G. M., "Confronto tra i due campioni della ricerca", *Esperienze di affido familiare tra ipotesi legislativa e realtà, a cura di Francesca Ichino Pellizi*, Milán, Franco Angeli Editore, 1986.
- IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, Cedecs, 1996.
- JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours*, 1995, vol. 251.
- KROPHOLLER, Jan, *Internationales Einheitsrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975.
- , *Minderjährigenschutzabkommen*, Ernst and Gieseking Verlag, 2. Auflage, 1977.
- LAGARDE, Paul, "Rapport explicatif de la convention de La Haya de 19 octobre 1996", *Conférence de La Haya de Droit international privé*, La Haya.

- LOON, J. H. A. van, "International Co-operation and Protection of Children with Respect to Intercountry Adoption", *Recueil des Cours* (1993-VII), vol. 244.
- LÜCKER-BABEL, Marie-Françoise, *Adoption internationale et droits de l'enfant: Qu'advient-il des laissés-por-compte?*, Suisse, Étude de l'échec de l'adoption internationale en Suisse, réalisée pour le compte de Défense des enfants- International Section suisse, Edit. Univer. Fribourg, 1991.
- MANERA, Giovanni, *L'adozione legittimante*, Roma, Pragma-Bologna, 1990.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro derecho civil)", *Anuario de Derecho Civil*, 1992.
- MAYER, Dieter, *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le Droit international privé de la famille*, tesis doctoral inédita, Universidad de París-II, 1973.
- MEYER-FABRE, Nathalie, "La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale", *Revue critique de Droit international privé*, 1994.
- MIRALLES SANGRO, Pedro Pablo, "La protección jurídica internacional de los menores en el marco de la CIDIP", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande*, Madrid, 1993.
- OPERTI BADAN, Didier, "L'adoption international", *Recueil des Cours*, (1983-II), vol. 180, 299-411.
- PERLINGIERI, Pietro y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino, *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*, Napoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1984.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino, *Le adozioni dei minori dei sistemi italiano e francese*, Napoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.

- ROSANVALLON, Pierre, *La nueva cuestión social*, trad. de H. Pons, Buenos Aires, Manantial, 1995.
- ROSSI, S., “Affidamento familiare: un primo bilancio”, *Politica del Diritto*, 1989.
- RUIZ-RISO RUIZ, Jose Manuel, *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Granada, Comares, 1989.
- STEIGER, Werner E. von, “La protection des mineurs en droit international privé”, *Recueil des Cours*, (1964-II), vol. 112.
- STURLESE, Bruno, “La Convention de La Haye du 20 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoptin international”, *La Semaine Juridique*, 1993.
- TELLECHEA BERGMANN, Eduardo., *El nuevo derecho internacional privado interamericano sobre familia y protección de menores*, Montevideo, Fundación de Cultura universitaria, 1991.
- TIREY, A., *Das Pflegekind in der Rechtsgeschichte*, Böhlman Verlag, Köln, Weimar, Wien, 1996.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Metodología del Derecho*, Civitas, 1988.