

CAPACIDAD, IDONEIDAD Y ELEGIBILIDAD: UN RETO PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Salomé Adroher Biosca
Instituto Universitario de la Familia
Universidad Pontificia Comillas, Madrid
s.adroher@der.upcomillas.es

Resumen

Uno de los sectores del Derecho privado que más profundamente se ha transformado en los últimos años acusando una progresiva publicación, es el Derecho de protección de menores. Esta evolución ha sido especialmente relevante en la adopción, convirtiendo en esencial la intervención de las Entidades públicas en los procesos de constitución de una relación adoptiva.

Esta intervención tiene lugar en varios momentos y en relación a diversas cuestiones que básicamente pueden resumirse en tres: la declaración de los que se ofrecen para adoptar como aptos para ello, la declaración de adoptabilidad del niño y la asignación del niño a los adoptantes elegidos.

Este trabajo versa sobre la primera de las cuestiones, la elección y selección de los futuros padres adoptivos. La responsabilidad de las autoridades públicas en la elección de quienes son los futuros adoptantes es, en Derecho internacional y en Derecho español una exigencia relativamente reciente, derivada por una parte del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, si bien con anterioridad a esta fecha, por Ley 21/1987 el Derecho español ya exigía la intervención de la administración en la selección de los adoptantes.

La determinación de la aptitud de los que se ofrecen para la adopción para ser finalmente padres adoptantes, requiere en el ordenamiento jurídico español, como sucede con los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que se den tres condiciones:

1.- *Ser considerado capaz* conforme a las exigencias de capacidad objetivas previstas en el Código civil. La capacidad para adoptar se tiene o no se tiene, es absoluta en unos casos o relativa en relación con un determinado menor y no es preciso que nadie la declare. Los requisitos previstos por el Código civil que hacen referencia básicamente al estado civil, la edad y el parentesco que responden a la premisa de que la familia adoptiva es una familia igual que la biológica y por tanto debe serlo también en su configuración.

2.- *Ser declarado idóneo* por la administración autonómica competente y en base a normativa origen autonómico. La administración realizará un estudio psico-social a los adoptantes capaces para determinar el grado de adecuación de sus capacidades, recursos y proyecto adoptivo a la realidad de la adopción. No todos los adoptantes capaces serán declarados idóneos. Si los requisitos de capacidad son objetivos, los de idoneidad no lo son en todos los casos y suponen una valoración de determinadas circunstancias subjetivas de quienes se ofrecen para adoptar.

3.- *Ser elegido*. De todos los que se ofrecen como adoptantes y que son considerados capaces y declarados idóneos, sólo serán elegidos para ser asignados a niños adoptables aquellos que mejor se ajusten a las necesidades de dichos niños. En muchos casos hay más adoptantes que se ofrecen que niños adoptables que esperan una familia, y por tanto los sistemas jurídicos establecen criterios de preferencia o de *elegibilidad*. En ocasiones el criterio es prácticamente el cronológico con pequeñas correcciones, pero afortunadamente en muchos otros casos se establecen determinados criterios de selección. El establecimiento de estos criterios no supone una discriminación contraria al principio de igualdad consagrado

constitucionalmente entre potenciales adoptantes, sino la legítima elección de quienes a juicio de la administración responden mejor al superior interés del niño.

Pues bien; cuando la adopción es internacional, estas tres condiciones o "exámenes" deben verificarse tanto con arreglo al Derecho español como al Derecho del país del que proviene el niño. Por consiguiente, los futuros adoptantes deberán ser considerados capaces, idóneos y elegibles de acuerdo con las normas y estándares del país de origen de su futuro hijo, pero también deberán satisfacer las exigencias de capacidad e idoneidad del sistema jurídico español. Se trata de lo que en Derecho internacional privado se denomina "cúmulo limitativo" de normas aplicables: la adopción no podrá constituirse válidamente si los futuros adoptantes no reúnen las exigencias previstas tanto en su ordenamiento jurídico como en el del niño. La utilización de esta técnica persigue afianzar la seguridad jurídica de la relación adoptiva así creada o la denominada "armonía internacional de soluciones" es decir el reconocimiento de pleno derecho de la adopción tal y como se ha constituido en ambos países. La verificación práctica de que esta "doble garantía" se ha dado está contemplada tanto en el Convenio de la Haya de 1993 como en nuestra legislación interna.

El trabajo explorará dos cuestiones:

La aplicación y aceptación social de esta nueva competencia de las administraciones públicas en un terreno tan resbaladizo y delicado como es éste, unida a la compleja y territorialmente fragmentada definición de la idoneidad en España. La declaración de idoneidad supone la valoración de la familia conforme a unos criterios abiertos que se recogen en la legislación autonómica de forma diversa (pero progresivamente más detallada) ya que el Código civil exige, pero no define la idoneidad. Este progresivo detalle manifiesta otra clara tendencia: inicialmente el acento se situaba en elementos objetivos de la familia y poco a poco se van incorporando exigencias que tienen que ver con las capacidades y actitudes personales de los futuros adoptantes. En este trabajo se analizan dichas normas autonómicas y sus diferencias centrándonos fundamentalmente en la definición de criterios de idoneidad y en algunos aspectos del procedimiento y de las consecuencias prácticas del mismo: duración, coste, grado de "exigencia"... Sin embargo, la compleja definición de la idoneidad genera otro problema derivado de la interpretación judicial diversa de dicha exigencia en los casos de declaraciones de no idoneidad recurridas ante los tribunales. Se analizan en el trabajo más de 40 sentencias recientes de las Audiencias provinciales que denotan una interpretación del interés superior del niño en la concreción de la idoneidad de los adoptantes de adopción internacional no homogénea.

La interiorización de que en los casos de la adopción internacional, en la elección de los padres concurren dos sistemas jurídicos y culturales diversos que no pueden obviarse y debe respetarse mutuamente. Los requisitos de capacidad, idoneidad y elegibilidad previstos en los sistemas jurídicos del país del niño, manifiestan una determinada cultura familiar y social subyacente que si bien no necesariamente se comparte en todos sus términos en los países en los que residen los adoptantes, ineludiblemente debe respetarse, no solo por razones antropológicas y psicológicas (respeto y aceptación de los padres hacia la cultura de su hijo sin pretender "colonizarla"), sino estrictamente jurídicas. La Convención de la ONU de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 recuerda en su artículo 20.3 que en la adopción, debe respetarse el origen étnico, religioso, cultural y lingüístico del niño.