

**Voto particular que formula el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en el conflicto positivo de competencia núm. 4088-2019, al que se adhiere el magistrado don Santiago Martínez-Vares García.**

1. De conformidad con el art. 90.2 LOTC, y con pleno respeto a la opinión de mis compañeros, expreso en este voto, tal como hice en la deliberación de la sentencia, las razones de mi discrepancia, parcial respecto al fallo, puesto estoy de acuerdo en la desestimación del conflicto en cuanto a determinados preceptos de la Ley de Adopción Internacional (LAI) y de su reglamento (RAI), y total, tanto en cuanto a los argumentos utilizados para ello, como en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad que respecto a otros se declara.

2. Discrepo radicalmente de la sentencia porque no comparto encuadramiento competencial del que parte toda su argumentación.

Este proceso es un conflicto positivo de competencia en que, conforme a su naturaleza (arts. 63 y 66 LOTC), el Gobierno de la Generalidad de Cataluña vindica la titularidad de una competencia que considera usurpada en este caso por el Estado al dictar la disposición impugnada, el reglamento de adopción internacional (RAI), *vindicatio potestatis* que es la característica definitoria de este tipo procesal (por todas STC 166/1987, de 28 de octubre, FJ 2). En este caso, la competencia reivindicada por el Gobierno de la Generalidad es únicamente la de “protección de menores” asumida en el art. 166.3 a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). Ni en el escrito de formalización del conflicto ni en el requerimiento de incompetencia previo, que delimita el objeto del conflicto conforme al art. 63.3 LOTC y a nuestra doctrina (STC 116/1984, FJ 3: “los motivos de incompetencia alegados en el escrito de planteamiento deben coincidir, en sustancia, con los formulados en el requerimiento”), el Gobierno autonómico ha vindicado ninguna otra. Tampoco la de “asistencia social” a los adoptantes (FJ 4) o “servicios sociales” reiteradamente mencionadas en la sentencia. No es cierta, en definitiva, la afirmación del FJ 4 de que “el Gobierno de Cataluña invoca su competencia *en materia de servicios sociales* donde se inscribe la protección de menores”. En los escritos de la parte (requerimiento de incompetencia y escrito de formalización) solo se alude a la “asistencia social” para referirse a aquellas Comunidades Autónomas que han asumido la competencia en materia de protección de menores sin tener este título expresamente reconocido en su Estatuto de Autonomía.

Así resulta del siguiente pasaje del escrito de formalización (págs. 22-23), único donde se menciona esa competencia:

“La lectura de los preceptos objeto de este conflicto referidos todos ellos a la protección jurídico-pública de los menores en situación de desamparo, revela claramente que la regulación se enmarca de manera natural en el ámbito competencial de protección del menor, cuya titularidad corresponde a la Generalitat de Cataluña. En base a esa competencia en materia de menores, que recoge el artículo 166 EAC, la Generalitat, y también *otras Comunidades Autónomas que han asumido dicha competencia bajo el título de asistencia social*, han adoptado una regulación de las instituciones públicas de protección del menor que comprende la organización de un sistema jurídico-público de protección del menor incluido en la fase administrativa de la adopción [énfasis añadido]

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña en sus dictámenes (...) Y añade:

Es más, los aspectos en los que puede producirse una colisión entre la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, y la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, son cuestiones tan íntimamente relacionadas con la protección jurídico-pública de los menores en situación de desamparo, que las comunidades autónomas que carecen de Derecho civil propio, o cuyo Derecho Civil no se ocupa de la adopción internacional, también han venido interviniendo en este ámbito *en virtud de su competencia en materia de asistencia social*” [en este caso el énfasis es del original].

Y también del párrafo final del requerimiento de incompetencia al Gobierno de la Nación, que alude solamente a la protección de menores:

“Por todo ello, el Gobierno de la Generalitat de Catalunya requiere de incompetencia al Gobierno del Estado en relación con la regulación y la asignación de funciones ejecutivas a órganos estatales realizada por los artículos 5; 6; 7; 8.2, .3 y .4; 10; 11; y 12 a 39 del Reglamento de Adopción Internacional, aprobado mediante el Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, y, asimismo, por conexión con los citados artículos del Reglamento, se requiere de incompetencia al Gobierno del Estado en relación con la Disposición transitoria única y la Disposición final primera del Real Decreto 165/2019, al amparo del artículo 63 LOTC, a fin de que acuerde la derogación de los citados preceptos y disposiciones o, subsidiariamente, la modificación de los mismos en sentido respetuoso con *las competencias autonómicas exclusivas en materia de protección del menor*” (énfasis añadido).

Corolario de cuanto antecede – el cauce procesal escogido y la única competencia vindicada – es que solamente si se reconoce que la competencia en materia de protección de menores del art. 166.3 a) EAC comprende la regulación de la fase administrativa previa de la adopción internacional, el conflicto puede ser estimado. Así lo afirma apodóticamente la mayoría (“sin lugar a dudas”: FJ 4), pero yo discrepo de esta premisa, que es *conditio sine qua non* para la estimación, aunque sea parcial.

3. El art. 166.3 a) EAC, en que la mayoría encuadra la materia regulada por el RAI objeto de este conflicto, atribuye a la Generalidad “la competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de la protección y de las instituciones

públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores, respetando en este último caso la legislación penal”.

Salta a la vista que el precepto no menciona la adopción, a pesar de ser una institución sobradamente conocida en 2006, al aprobarse el Estatuto de Autonomía. También la adopción internacional, que, prevista en el Convenio de La Haya de 1993, se reguló ya en derecho interno en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (art. 25, luego derogado por la LAI). Una omisión que por sí sola dificulta la interpretación expansiva del título competencial efectuada en la sentencia, que hubiera necesitado de mayor reflexión.

Tampoco nuestra doctrina ha considerado hasta la fecha la adopción como una institución de protección de menores. La STC 243/2004, que delimita y define la protección de menores, ni siquiera la menciona (FFJJ 3 y 4). Y tampoco lo hace la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que no menciona la adopción entre las instituciones de protección (artículos 98 y siguientes). Es más, la considera una causa de extinción de éstas [art. 124 a)] de la misma manera que la resolución judicial que así lo acuerde, la mayoría de edad o el fallecimiento del menor [letras c), b) y f), respectivamente].

Esta separación es natural. Protección de menores y adopción tienen presupuestos y finalidades diferentes. La protección presupone una situación de riesgo o desamparo que no tiene por qué concurrir en el adoptando, y que ni el Convenio de La Haya ni la Ley de Adopción Internacional exigen. Y sobre todo, la adopción es una de las formas por las que tiene lugar la filiación (art. 108 del Código Civil), extinguiendo al mismo tiempo el vínculo anterior (art. 178 CC), todo ello de forma irrevocable (art. 180 CC), de donde resulta una clara vinculación con la legislación civil (art. 149.1.8 CE). Así lo entendieron la STC 88/1993, sobre la Ley de equiparación de los hijos adoptivos de Aragón (FFJJ 2 y 3), y la STC 133/2017, sobre la regulación de la adopción en la Ley de Derecho civil de Galicia, que también diferencia protección de menores y adopción (FJ 6). E igualmente la Ley Orgánica 1/1996 antes citada que reguló con este amparo competencial la adopción internacional hasta su derogación por la LAI (disposición final 21), y la propia LAI (disposición final 5). Además, tratándose de una adopción internacional, su constitución da lugar a la adquisición de la nacionalidad española (art. 19 CC), por lo que resulta igualmente implicada la competencia del Estado sobre nacionalidad (art. 149.1.2 CE).

Es verdad, como puntualiza la sentencia, que el reglamento y por consiguiente el conflicto se refieren solamente a la fase administrativa previa a la adopción (“prejudicial”, la llama de forma elocuente la sentencia: FFJJ 1 y 4). Pero siendo la adopción necesariamente “constituida” por resolución judicial (art. 176.1 CC) en un procedimiento que fuera de casos excepcionales precisa de

una propuesta de la entidad pública (art. 176.2 CC y 35 de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria), resulta de aplicación la doctrina sobre las actuaciones previas necesarias para acceder al proceso que hemos amparado en los números 5 y 6 del art. 149.1 CE (competencia del Estado sobre Administración de justicia y legislación procesal, respectivamente). Así, entre otras, SSTC 31/2010, FJ 54, 162/2012, FJ 5, 54/2018, FJ 7, y 5/2019, FJ 5.

En definitiva, no es posible ubicar bajo el único título competencial invocado por el Gobierno de la Generalitat (protección de menores) la materia que regula la disposición impugnada.

4. A mi juicio, la competencia de la Generalidad en materia de protección de menores, que deriva del art. 166.3 EAC, no se extiende a intervenir en la fase extrajudicial de la adopción internacional que tiene lugar en el extranjero.

El art. 166.3 a) EAC atribuye a la Generalidad de Cataluña competencia para la protección de los menores que se encuentren en situación de desamparo o riesgo (y de los menores infractores, que aquí no interesa), pero,

i) Esa competencia, de acuerdo con el principio de limitación territorial de las competencias autonómicas, no puede extenderse a los menores que se encuentren en otras CCAA, ni, mucho menos, a los que se encuentren en otro Estado, aunque unos y otros puedan llegar a ser adoptados por catalanes.

Según el art. 1.2 LAI, desarrollada por el reglamento objeto de conflicto, a los efectos de la ley (y por tanto de su reglamento de desarrollo) “se entiende por adopción internacional aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y *con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España* por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España” (la cursiva es mía). Es decir, tanto la ley como, en lo que ahora importa, su reglamento de desarrollo, regulan adopciones de menores que no se encuentran en España. Esto no era así antes de la reforma de la LAI que dio lugar a la aprobación del reglamento y al planteamiento del conflicto, producida por la Ley 26/2015. Antes de esa reforma, el art. 1.2 LAI disponía que “se entiende por «adopción internacional» el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos”. Por consiguiente, bastaba uno de esos elementos de extranjería para convertir la adopción en una adopción internacional y aplicar su régimen jurídico. En suma, podía ser “internacional” a los efectos de aplicar su régimen jurídico una adopción constituida enteramente en Cataluña y entre residentes

en su territorio. Tras la reforma de 2015 ello no es así. Se requiere necesariamente y siempre que el menor esté en el extranjero para que la adopción sea internacional, y el Tribunal no puede prescindir de esta configuración legal en la resolución del conflicto.

De acuerdo con el principio de territorialidad de las competencias, reiteradamente consagrado por la jurisprudencia de este Tribunal, el ejercicio de las competencias autonómicas se limita a su propio ámbito territorial (por todas, STC 79/2017, FJ 13, con cita de otras). Así lo viene a reconocer también, con todo sentido, la normativa catalana de protección de menores, que se declara de aplicación “a cualquier niño o adolescente domiciliado en Cataluña o que se encuentre en Cataluña eventualmente” (art. 2.1 de la Ley 14/2010 antes citada). Pues bien, si con arreglo a este principio, por demás elemental, la Comunidad Autónoma de Cataluña no puede ejercer la competencia que vindica en materia de “protección de menores” sobre menores que se encuentren en otras Comunidades Autónomas, mucho menos debe poder hacerlo cuando se proyecta sobre menores que se encuentren fuera de España, en otros Estados, que es el elemento que caracteriza la adopción internacional y da lugar a la aplicación del reglamento impugnado de conformidad con el art. 1.2 LAI citado. Y no es aplicable nuestra doctrina sobre las actividades con proyección exterior que cita la sentencia puesto que las normas impugnadas regulan directamente actuaciones (de las propias Administraciones autonómicas como entidades públicas o de los organismos de intermediación) referidas a menores residentes en el extranjero y que se realizan también en el extranjero.

El principio de territorialidad hace inviable por tanto reconocer la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña para proteger menores residentes en el extranjero. Y aunque así fuera, la posibilidad de que la actuaciones en el extranjero de los organismos acreditados, o de las propias Comunidades Autónomas, comprometa la imagen internacional de España – algo no descartable en una materia tan sensible y desarrollada además en el extranjero ante autoridades de otros Estados soberanos – daría lugar a la atracción de la competencia estatal sobre relaciones internacionales del art. 149.1.3 de la Constitución, en aplicación de la doctrina de las SSTC 80/2012 y 110/2012 sobre la representación internacional de las federaciones deportivas autonómicas, reiterada en la STC 33/2018.

ii) Los menores susceptibles de ser adoptados que se encuentran en el extranjero, no se hallan en situación de riesgo o desamparo. Residen en instituciones que precisamente se ocupan de remediar esas situaciones.

Una cosa es que carezcan de familia y sea deseable que encuentren una mediante su adopción, y otra que se encuentren en situación de riesgo o desamparo.

Aunque la Exposición de Motivos LAI y su art. 22, digan que el objeto de la ley es proteger los derechos de los menores, esta expresión hay que entenderla, de acuerdo con el Convenio de La Haya de 1993, que también se refiere a la “protección del niño” y a la cooperación en materia de adopción internacional. No se trata de que la adopción internacional recaiga sobre niños en situación de desamparo, sino de niños que no tienen familia y a los que hay que proteger en esa fase prejudicial del procedimiento de adopción para evitar el riesgo de que durante ese proceso se produzcan situaciones de sustracción, venta o tráfico de niños, así como para garantizar que se respeten los derechos fundamentales del adoptado.

Si esto es así, toda la construcción de la sentencia falla. Por eso no puedo compartir la conclusión de ese encuadramiento competencial, esto es, que el objeto del conflicto se centra en decidir si el Estado se ha extralimitado en las competencias de coordinación, que son las únicas que les reconoce la sentencia.

No se trata de un conflicto entre las competencias que a la Generalidad concede el art. 166.3 a) EAC y a las que el Estado les atribuye el art. 149.1.3 CE, porque la Generalidad no tiene la competencia que reclama.

Si la Generalidad no tiene esa competencia la tendría el Estado, sin necesidad de invocar un título especial, sino el del 149.3 CE, la competencia residual del Estado en todas las materias que no se hayan atribuido a las CCAA.

Pero es que, además el Estado sí tiene títulos específicos que le permitirían regular la adopción internacional como lo ha hecho.

La adopción es una de las formas por las que tiene lugar la filiación y, de un modo indirecto, cuando se trata de adopciones internacionales, una forma de adquirir la nacionalidad española, de modo que de algún modo está implicada la competencia estatal del art. 149.1.2ª CE.

Y lo está, más acusadamente, respecto de toda actividad que los organismos de intermediación desarrollan en el extranjero, la competencia estatal, del 149.1.3 CE.

Es cierto que hemos dicho que este art. 149.1.3ª CE garantiza al Estado la competencia exclusiva para actuar en el extranjero como titular de relaciones internacionales y para contraer obligaciones internacionales que comprometan a España. Pero también hemos dicho, en STC 80/2012, a propósito de las competencias estatales en el deporte, que aunque sobre esta materia el Estado carezca de un título competencial específico, la dimensión internacional del deporte afecta a la imagen exterior que se proyecta del Estado español y constituye fundamento suficiente de la intervención reguladora del Estado en materia deportiva.

Esta doctrina se repite en el STC 33/2018.

Pues también aquí, la actuación de los organismos de intermediación compromete la imagen de España cuando se relacionan con instituciones de otros estados que se ocupan de dar en adopción niños que tienen bajo su cuidado.

Y de la misma manera que el Estado español puede vetar la adopción de niños de otros estados que no respetaron las garantías mínimas exigibles, podría suceder que una actuación irregular en un país extranjero de un organismo de intermediación nacional pudiera acarrear por parte de ese estado un veto a las adopciones a España. Y, lo mismo que sucedía en los casos resueltos por esas SSTC 80/2012 y 33/2018, sin necesidad de acudir al 149.1.3CE, existe un interés general que se sobrepone al que pudieran invocar las CCAA y justifica una regulación estatal uniforme.

Toda esta actuación previa a la presentación por la correspondiente Entidad pública de la propuesta de adopción es una actuación imprescindible para que pueda iniciarse ante el juez competente el expediente de adopción.

El expediente de adopción se tramita conforme al procedimiento previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV), pero este tribunal dijo que la jurisdicción voluntaria es también jurisdicción. Los jueces en la jurisdicción voluntaria también ejercen jurisdicción, por eso pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

Entonces resulta que toda esa actuación prejurisdiccional es una actuación que condiciona el acceso a la jurisdicción, y este tribunal ha dicho, que bien al amparo del art. 149.1.5ª CE (Administración de justicia) o el 149.1.6ª CE (legislación procesal), el Estado puede regular esas actuaciones previas a una posterior actuación jurisdiccional, pero necesarias para acceder a la jurisdicción. (SSTC 162/2012, 31 y 54/2018 y 5/2019).

Por todo ello considero que el presente conflicto positivo de competencia debería haber sido desestimado en su integridad. Y en este sentido emito mi voto particular.

Madrid a dieciocho de febrero de dos mil veintiuno.