



FACULTAD DE DERECHO

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN NACIONAL TRAS LA REFORMA DE LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO.

Autor: María Fernández Fernández

4ºE-1 Business Law

Derecho de Familia

Tutor: Alberto Serrano Molina

RESUMEN

En este trabajo se analiza una de las instituciones jurídicas más extendidas en nuestro país: La Adopción Nacional.

El análisis de la misma se lleva a cabo con la perspectiva de la última reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia.

Entre todas las modificaciones y novedades introducidas por la misma se destaca especialmente la introducción de una nueva modalidad de adopción: La adopción abierta.

SUMMARY

Through this paper one of the most widespread legal institutions in our country is analysed: National Adoption.

This analysis is carried out in the perspective of the last amendment introduced by the Law 26/2015, of 28 July, modifying the system of protection of childhood and adolescence.

Among all these amendments and innovations introduced by this law an special emphasis has been placed in the introduction of the new type of adoption: Open Adoption.

PALABRAS CLAVE

Protección de menores; Adopción; Adopción Nacional; Adopción Abierta.

KEY WORDS

Protection of minors; Adoption; National Adoption; Open Adoption.

LISTADO DE ABREVIATURAS	5
1. Motivación para la realización del trabajo	6
2. Propósitos/objetivos a lograr	6
3. Objeto de la investigación	7
4. Metodología y plan de trabajo	7
5. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia	7
3. ¿Qué es y en qué consiste la adopción ?	8
3.1. <i>Concepto.</i>	8
3.2. <i>Naturaleza Jurídica.</i>	9
3.3. <i>Fundamento.</i>	9
3.4. <i>Principios informadores de la adopción.</i>	10
3.5. <i>Regulación.</i>	12
4. ¿ Qué requisitos deben cumplirse para que pueda ser acordada?	12
4.1. <i>Los adoptantes.</i>	12
4.1.1. <i>Consideraciones generales.</i>	12
4.1.2. <i>Requisitos.</i>	13
4.1.2.1. <i>Adopción unipersonal.</i>	13
4.1.2.2. <i>Adopción dual.</i>	13
4.1.2.3. <i>Adopción dual llevada a cabo conjuntamente.</i>	14
4.1.2.4. <i>Adopción dual llevada a cabo sucesivamente.</i>	14
4.1.2.5. <i>Adopción sucesiva :La adopción por una persona fallecida (post mortem).</i>	14
4.1.3. <i>Prohibiciones.</i>	15
4.2. <i>Los adoptandos.</i>	16
4.2.1. <i>Consideraciones generales.</i>	16
4.2.2. <i>¿ Un ‘nasciturus’ puede ser adoptado?</i>	17
4.2.3. <i>El adoptando menor de edad no emancipado.</i>	18
4.2.4. <i>El adoptando mayor de edad o menor emancipado.</i>	18
4.2.5. <i>El menor en situación de desamparo.</i>	19
4.2.6. <i>El acogimiento.</i>	23
4.2.7. <i>El interés del menor.</i>	25
4.3. <i>El expediente de adopción nacional.</i>	26
4.3.1. <i>Regulación.</i>	26
4.3.2. <i>Órgano judicial competente.</i>	26
4.3.3. <i>Fases del expediente de adopción.</i>	27
4.3.3.1. <i>Solicitud ante la autoridad judicial por quien quiere adoptar y propuesta de la Entidad Pública.</i>	27
4.3.3.2. <i>La prestación de los consentimientos y de los asentimientos necesarios.</i>	28
4.3.3.3. <i>El trámite de las preceptivas audiencias.</i>	30
5. Consecuencias/efectos jurídicos	30
5.1. <i>La irrevocabilidad.</i>	30
5.2. <i>Las relaciones paterno filiales. La equiparación de filiaciones.</i>	31
5.3. <i>La extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen.</i>	33
5.4. <i>El derecho a contraer matrimonio del adoptado.</i>	35
5.5. <i>Los apellidos del adoptado.</i>	35
5.6. <i>El derecho del adoptado a conocer sus orígenes.</i>	36

6.La exclusión de la adopción	38
7.La extinción de la adopción	39
8.La adopción y su constancia en el Registro Civil	40
9.La adopción abierta ¿Qué es y cuáles son sus características?	41
<i>9.1. Aproximación a una nueva modalidad de adopción.</i>	<i>41</i>
<i>9.2. Procedimiento.</i>	<i>42</i>
<i>9.3. Contenido de la adopción abierta.</i>	<i>43</i>
10.Valoración/posicionamiento personal sobre esta modalidad de adopción	44
12.Conclusión final / cierre del trabajo	46
Bibliografía	49

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
<i>vid.</i>	Véase
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
TS	Tribunal Supremo

1. MOTIVACIÓN PARA LA REALIZACIÓN DEL TRABAJO

A la hora de seleccionar el tema sobre el que versaría mi trabajo de fin de grado he tenido presentes dos motivaciones principales.

La primera, la profundización en una asignatura del grado como es el Derecho de Familia que desde el primer año de carrera me ha llamado la atención.

La segunda, la realidad social que nos rodea estando cada vez más presente en nuestros días la adopción tanto internacional como nacional si bien mi exposición versa sobre esta última

Considerando, por todo ello, que el tratar este tema en mi trabajo no iba sino a ser una buena opción desde ambas perspectivas.

2. PROPÓSITOS/OBJETIVOS A LOGRAR

Mi principal objetivo es el de lograr, con la tarea de investigación que este trabajo ha requerido y consecuentemente el tiempo que necesariamente he debido invertir en la lectura, análisis y redacción para la realización del mismo enriquecer mis conocimientos acerca de la asignatura y, en concreto, del régimen de adopción.

Considero también como uno de mis objetivos a lograr el adquirir una visión más práctica, más cercana al día a día y a la realidad social tan necesaria ya en esta última etapa en la que el salto al mundo laboral es inminente.

3.OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

La reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia constituye el objeto de mi investigación destacando, entre otras, la modalidad abierta de la adopción nacional. Es precisamente por novedades tales, todas ellas de carácter garantista y proteccionista para el menor, que esta reforma presenta especial interés.

4.METODOLOGÍA Y PLAN DE TRABAJO

Para la realización de este trabajo he seguido un método prácticamente uniforme para la redacción de la mayoría de los apartados que componen el mismo.

Éste ha consistido en efectuar una primera aproximación al contenido desde la legislación vigente y más en concreto el Código Civil. Una vez conocida y comprendida la regulación actual del apartado en concreto he buscado jurisprudencia u opiniones de autores al respecto de cuestiones concretas y , en algunos casos, he introducido valoraciones o consideraciones propias a las mismas.

5.LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

El preámbulo de la ley que va a ser objeto de análisis y desarrollo a lo largo de este trabajo declara que

tiene como objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia

Entre esos cambios necesarios en nuestra legislación destaca la introducción de una nueva modalidad de adopción, ya presente desde hace años en otros países de nuestro entorno, que es la conocida como adopción abierta y que se analizará más adelante en el apartado noveno.

Por otra parte, la referencia a la protección uniforme de los menores en el territorio español garantiza el cumplimiento del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución.

Igualmente refleja la protección integral de los hijos que deben asegurar los poderes públicos de acuerdo con el artículo 39 sea cual fuere su filiación y, en todo caso, independientemente de que puedan padecer algún tipo de discapacidad (artículo 50)

Por último, si bien esta ley ha servido de guía para muchas legislaciones autonómicas en otros muchos casos éstas se han posicionado un paso más adelante del legislador estatal; Así afirma el preámbulo que además *‘esta ley incorpora algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas’*.

3.¿QUÉ ES Y EN QUÉ CONSISTE LA ADOPCIÓN ?

3.1. Concepto.

‘La adopción es, en palabras de CASTÁN, un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas’.¹

Así por decirlo de algún modo hablaríamos de que el Derecho trata de imitar la filiación natural creando una suerte de artificio jurídico para equiparar, como ya se tratará más adelante, sus efectos a los de la filiación por adopción.

¹ González Alegre M. ‘‘La adopción y el Impuesto sobre Sucesiones’’ Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXI (Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/adopcion-impuesto-sucesiones-246221> ; última consulta : 16 de Abril de 2017)

Presenta la adopción distintas modalidades siendo éstas la adopción unipersonal, la dual- llevada a cabo conjunta o sucesivamente- y la adopción ‘*post mortem*’ o por persona fallecida siendo analizadas todas ellas en el apartado cuarto al tratar los requisitos necesarios.

3.2. Naturaleza Jurídica.

Podemos afirmar siguiendo a la Sala 1ª del Tribunal Supremo ² que la adopción es ‘*un negocio jurídico familiar [que crea], con fuerza constitutiva, un nuevo estado jurídico y que para conseguir su ineficacia se exige la declaración de extinción dado el carácter irrevocable de [la misma]*’. Siendo precisamente este carácter irrevocable el que diferencia la adopción de otras figuras de protección de menores como es el acogimiento –que se analiza en un apartado específico-.

3.3. Fundamento.

Si bien posteriormente se enumerarán todas y cada una de las legislaciones relativas a la adopción valga ahora referirnos al Código Civil para comentar el fundamento de esta institución.

El Código Civil regula la adopción en los artículos 175 a 180 dentro del Capítulo V ‘De la adopción y otras formas de protección de menores’.

Constituyendo así no solo la adopción sino también la guarda y el acogimiento medidas que pretenden asegurar el bienestar aquellos menores de edad cuya situación actual no es recomendable para su correcto desarrollo; No obstante también se busca la protección de mayores de edad y menores emancipados como se analizará a continuación.

² Sentencia del Tribunal Supremo de 9 Julio de 2001 [versión electrónica- base de datos Lefebvre. Ref. EDJ 2001/15056]FJ 4º .Fecha de la última consulta : 23 de Marzo de 2017

En todo caso en cualquier medida que pretenda adoptarse deberá primar siempre el interés del menor de acuerdo con el artículo 3.1 de la Convención de Derechos del niño que establece que :

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Ejemplos de la aplicación de este interés superior en materia de adopción los encontramos en la constitución misma de la adopción de acuerdo con el artículo 176 del Código Civil o en la posibilidad de *“acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva cuando el interés del menor así lo aconseje...”* , esto es, el reconocimiento de la adopción abierta en nuestro ordenamiento -cuestión que se analizará posteriormente en el apartado noveno-.

3.4. Principios informadores de la adopción.

Según Pérez Álvarez son tres los principios informadores de la regulación de la adopción contenida en el Código Civil :

1°)Principio de control administrativo de los adoptantes : Con el fin de evitar el tráfico de niños, garantizar la idoneidad de los adoptantes y asegurar que la adopción sea beneficiosa para el menor se precisa, como regla general, para poder iniciar los expedientes del adopción una propuesta previa de la entidad pública.

La declaración de idoneidad así como la propuesta favorable de los adoptantes conformarán la fase inicial del expediente de adopción que se analizará en el apartado 4.3.3 de este trabajo.

2°)Principio *adoptio imitatur naturam* : Mediante la asimilación de los efectos de la adopción a los derivados de la filiación por naturaleza , la adopción no va a generar una simple relación de filiación entre el adoptante y el adoptado sino que también da lugar a una relación plena de parentesco entre el adoptado y los parientes de quién lo adoptó.

La Audiencia Provincial de Barcelona ³ confirma en su sentencia de 7 de noviembre de 2012 el hecho de que la adopción se refleje con este brocardo de *'adoptio imitatur naturam'* lo que se expondrá más adelante al desarrollar la adopción de los mayores de edad y menores emancipados.

Ésta asimilación que es consecuencia del artículo 108 del Código Civil se explicará más adelante en el apartado "5.2.Las relaciones paterno filiales. La equiparación de filiaciones"

"3º) Principio de primacía del interés del menor: En cuanto constituye la pauta básica de la ordenación legal de la adopción y, entre otras cosas, criterio básico y condicionante de la resolución judicial constitutiva del vínculo adoptivo".

En esta misma línea la Audiencia Provincial de Cádiz⁴ declara que *'en materia de acogimiento y adopción la posición preferente es la del menor afectado, cuyo interés se halla en el centro de gravedad de las resoluciones judiciales que se adopten'*. en consonancia con el artículo 11.2 de la LOPJM⁵ que afirma la supremacía del interés superior de los menores como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos.

Se desarrollará también a lo largo de la exposición el interés del menor que impregna todo el contenido de la legislación aplicable en materia de adopción y se analizará más en detalle su significado y características en el apartado 4.2.7.

³ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de noviembre de 2012 [versión electrónica- base de datos Lefebvre. Ref.EDJ 2012/310961]FJ : 2º. Fecha de la última consulta : 29 de Marzo de 2017

⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 28 de Mayo de 2008[versión electrónica-base de datos Lefebvre. Ref.EDJ 2008/120161] FJ 1º Fecha de la última consulta : 28 de Marzo de 2017

⁵ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17 de Enero de 1996)

3.5. Regulación.

Actualmente la regulación vigente en materia de adopción la encontramos en el Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley y Reglamento del Registro Civil -si bien éstas últimas se refieren principalmente al reconocimiento y la eficacia de las adopciones internacionales en España.

También contamos con la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y julio, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la recientemente aprobada Ley 26/2015, de 28 de de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Finalmente, en cuanto a Convenios internacionales se refiere contamos con la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 -ratificado por España el 30 de Noviembre de 1990-, la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992 y el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de Mayo de 1993 -ratificado el 30 de junio de 1995-.

4.¿ QUÉ REQUISITOS DEBEN CUMPLIRSE PARA QUE PUEDA SER ACORDADA?

4.1. Los adoptantes.

4.1.1. Consideraciones generales.

El Código Civil exige, lo primero de todo, *‘que el adoptante sea mayor de veinticinco años’*.

Quizá este requisito se deba a que el legislador ha querido asegurarse que aquella persona que esté dispuesta a dar un paso tan grande en la vida como es formar una

familia, ya biparental o monoparental como se analizará posteriormente, cuente con una cierta estabilidad económica y emocional.

Además señala a continuación que *“la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años”*. lo que a juicio de Pérez Álvarez *“tiene su razón de ser en el principio de regulación de la adopción imitando a la naturaleza”* o principio *‘adoptio imitatur naturam’*.

4.1.2. Requisitos.

Siendo aquellos los requisitos que el adoptante debe de cumplir con carácter general deben mencionarse algunas especialidades en función de la modalidad de adopción de la que estemos hablando :

4.1.2.1. Adopción unipersonal.

Para esta modalidad deberán cumplirse los requisitos generales ya expuestos

4.1.2.2. Adopción dual.

Al ser dos los adoptantes la primera particularidad radica en que solo uno de ellos deberá cumplir con la edad mínima exigible de 25 años.

En segundo lugar, el requisito de la diferencia de edad bastará con que se cumpla en su límite máximo entre el adoptando y uno solo de los adoptantes.

Finalmente, el legislador da la posibilidad de que se supere la diferencia máxima de edad cuando *“los futuros adoptantes estén en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales”* (artículo 175.1 Código Civil)

4.1.2.3. Adopción dual llevada a cabo conjuntamente.

Establece el artículo 175 en su apartado cuarto que “*Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice [...] por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal [...]*” estableciendo así una excepción a la regla general que queda justificada con la relación de afectividad estable y con visos de permanencia entre los adoptantes.

4.1.2.4. Adopción dual llevada a cabo sucesivamente.

Además admite la posibilidad de que la adopción se realice tanto conjunta como sucesivamente, esto es, la adopción unipersonal por uno solo de los cónyuges o miembro de la pareja estable puede derivar en una adopción conjunta si así lo decide posteriormente el otro cónyuge, así:

El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas [de hecho] que se constituyan con posterioridad.

4.1.2.5. Adopción sucesiva :La adopción por una persona fallecida (post mortem).

El artículo 176.4 permite que se constituya la adopción “*aunque el adoptante hubiere fallecido*” siendo los requisitos de admisibilidad de la adopción *post mortem* los siguientes:

En primer lugar debe cumplirse una de las tres circunstancias que contempla el apartado segundo, a saber:

1ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad

2ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal

3ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo.

En segundo lugar, el adoptante fallecido deberá haber prestado su consentimiento con anterioridad ante el juez o haberlo otorgado mediante documento público o en testamento

Finalmente, como indica Pérez Álvarez ‘‘la constitución de la adopción *post mortem* no tiene carácter automático ya que, como cualquier otra adopción, queda sometida al arbitrio judicial’’.

Por último y no por ello menos importante, de acuerdo con el 176.4 *in fine* los efectos de la resolución judicial se retrotraerán a la fecha de prestación del consentimiento lo que tiene sin duda relevancia a efectos sucesorios ‘‘puesto que permite proteger los derechos del adoptando con relación a la herencia del adoptante y a otras herencias a las que podría resultar llamado o excluido en el caso de la constitución de ésta, ya que en caso contrario no tendría sentido, debido a que éste ya habría fallecido y el adoptando no podría heredarle, puesto que el fallecimiento del adoptante sería el que establecería la normativa sobre su sucesión’’.⁶

4.1.3. Prohibiciones.

El Código Civil contempla, en el artículo 175, una serie de supuestos en los que se prohíbe la adopción, a saber:

En primer lugar el apartado primero ordena que ‘‘No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores’’ siendo ésta una prohibición de carácter absoluto.

⁶ Abad Arenas E. ‘‘ Reflexiones sobre los requisitos y las prohibiciones existente para poder adoptar y ser adoptados: La conciliación entre el Código Civil y la normativa de las Comunidades Autónomas’’, *Revista de Derecho UNED*, n.7, 2010, pp.13-48

A sensu contrario, podrán ser tutores y por ende posibles adoptantes aquellos que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y no se encontrasen en ninguna de las situaciones del 243 del Código Civil, esto es :

- 1º Estar privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación por resolución judicial
- 2º Haber sido legalmente removidos de una tutela anterior
- 3º Haber sido condenados a cualquier pena privativa de libertad(mientras estén cumpliendo condena)
- 4º Haber sido condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.

A continuación, el apartado tercero prohíbe igualmente que pueda adoptarse :

- 1º A un descendiente
- 2º A un pariente de segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad
- 3º A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

Siendo por tanto éstas prohibiciones, al contrario que las del 175.1, de carácter relativo pues como indica Pérez Álvarez *“impiden la adopción entre determinadas personas, sin ocasionar la exclusión absoluta como adoptantes de aquellos a quienes afectan”*.

4.2. Los adoptandos.

4.2.1. Consideraciones generales.

Comienza el artículo 175.2 diciendo que *“únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados”* si bien toda regla general lleva siempre aparejada una excepción como es en este caso los mayores de edad o menores emancipados cuando *“inmediatamente antes de la adopción hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año “*.

4.2.2. ¿ Un *'nasciturus'* puede ser adoptado?

Como se acaba de exponer, el Código Civil limita la aptitud para ser adoptados a los menores no emancipados de manera tal que, si nos atuviéramos a su redacción literal, podríamos entender que su interpretación ha de ser restrictiva y excluyente.

No obstante y habiendo analizado las excepciones que se salen de la regla surge ahora la duda respecto de aquel que aún no ha sido reconocido como persona por nuestro ordenamiento, esto es, el *'nasciturus'* o *'concebido no nacido'*

Establece el Código Civil en su artículo 29 que *'el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables'*.

Ahora bien, no podemos concluir de manera definitiva que la adopción vaya a ser beneficiosa para el niño que ha de nacer.

Por otro lado, el artículo 177.2.2ª dispone que *'el asentimiento[a la adopción] de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto'*, es decir, la madre biológica deberá de esperar un mínimo de 1 mes y 2 semanas para poder dar a su hijo en adopción.

Este plazo en el que la madre ha de valorar si presta o no su asentimiento a la adopción es de especial relevancia, es por ello que el legislador en la última reforma del Código Civil introducida por la Ley 26/2015 amplió el mismo que, anteriormente se fijaba, en treinta días desde el parto.

En conclusión, el Código Civil no solo establece un período de reflexión necesario en un planteamiento tal sino que despeja toda duda sobre la posibilidad de que un *'nasciturus'* pueda llegar a ser adoptado.

Por otra parte y siguiendo con la lógica expuesta, no podrá darse en adopción en España a un niño recién nacido y deberán esperarse las seis semanas que exige el artículo 177 del Código Civil

4.2.3. El adoptando menor de edad no emancipado.

Como se ha expuesto anteriormente la adopción de un menor de edad no emancipado constituye la regla general, así y siendo el supuesto más frecuente debe, para poder ser acordada, cumplirse que tanto adoptante como adoptando presten su consentimiento. Si bien en el caso de este último para poder hacerlo deberá haber cumplido los 12 años de edad. También deberán asentir a la adopción los padres del menor (artículo 177 Código Civil)

4.2.4. El adoptando mayor de edad o menor emancipado.

Si bien el supuesto anterior constituía la regla general en materia de adopción es ahora cuando nos referimos a la excepción.

Así el artículo 175.2 del Código Civil comienza diciendo *“Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado”*.

Ahora bien, en cuanto excepción su aplicación deberá ser restrictiva y es por ello que el legislador limita, también en el artículo 175, los supuestos en los que pueda darse a que *“inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año”*.

Para poder comprender un poco mejor la razón de la inclusión de esta modalidad de adopción podemos atenernos a lo expuesto por la AP de Barcelona el 7 de noviembre de 2012, esto es:

La adopción no viene más que a constituir jurídicamente una relación de filiación que ya se venía produciendo en la realidad con la plena integración familiar, con la convivencia del adoptante que durante la situación de minoría del menor ha venido actuando como si de un progenitor se tratara, creándose así un vínculo familiar, emocional y relacional que se prolongará más allá de la mayoría de edad del adoptante.

Dicho esto y a modo comparativo de lo que sería, por decirlo de algún modo, la ‘modalidad normal’ de adopción se exponen a continuación las particulares

características que reviste la adopción de un mayor de edad o menor emancipado

La primera especialidad de este supuesto la encontramos en la fase inicial del expediente de adopción -que se analizará mas adelante-. y en concreto en lo que se refiere a la propuesta de la Entidad Pública a favor del adoptante que se hubiera considerado idóneo para el ejercicio de la patria potestad.

Así establece el artículo 176.2 que *‘no se requerirá tal propuesta cuando el adoptando concurra [...]4º Ser mayor de edad o menor emancipado’*.

Si bien en el supuesto de adopción de un mayor de edad o menor emancipado el legislador exonera de la exigencia de propuesta deberán por otra parte cumplirse los siguientes requisitos:

En primer lugar y como ya se ha adelantado en el apartado anterior, deberá prestar su consentimiento además del adoptante el adoptando pues tanto en el caso de que éste haya alcanzado la mayoría de edad como que se hubiera emancipado tendrá más de doce años (Artículo 177 Código Civil)

En segundo lugar, si bien ya no se requiere el asentimiento de los padres del adoptando sí deberá constar el del cónyuge o pareja de hecho del adoptante.

También debe destacarse que en caso de que se extinguiera la adopción -cuestión que se analizará en detalle más adelante- de ser el adoptado mayor de edad se requerirá, para poder acordar la misma, su consentimiento expreso (artículo 180.2 Código Civil)

4.2.5. El menor en situación de desamparo.

Como se explicaba al inicio de este trabajo para que la adopción pueda ser acordada deberá ir precedida de una propuesta de la Entidad Pública competente territorialmente -salvo en aquellos supuestos del artículo 176.2 del Código Civil a los que el legislador exonera de tal obligación-

En caso de ser necesaria la propuesta, uno de los motivos de la misma puede ser que el menor se encuentre en situación de desamparo entendiéndose por tal:

La que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los

menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (artículo 172 Código Civil)

En todo caso los deberes de protección a los que se refiere el legislador son los del artículo 154, es decir, velar por los hijos, tenerlos en la compañía de uno, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes.

Ahora bien, comprendido el significado de la situación de desamparo quizás la siguiente cuestión a plantear sea el motivo que pueda tener la Entidad Pública para declarar la misma.

El artículo 172 bis del Código Civil establece que:

Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años[...]transcurrido el plazo[...]el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.

También es cierto que la situación de desamparo del menor no es definitiva pues podría revocarse de cambiar las circunstancias que motivaron la declaración de la misma.

Pero ¿Qué podemos considerar como suficiente para estimar que han cambiado las circunstancias que motivaron la declaración del menor en situación de desamparo y, en consecuencia, revocarla?

Es posición mayoritaria de las Audiencias Provinciales la que recoge la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de julio de 2009⁷ siendo ésta que:

No basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni, con el propósito o el deseo de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Julio de 2009[versión electrónica-base de datos Lefebvre. Ref.EDJ 2009/225075 FJ: 4º. Fecha de la última consulta : 28 de Marzo de 2017

No obstante, deben en todo caso haber transcurrido dos años desde la notificación de la resolución administrativa y ser solicitada a la Entidad Pública por los padres del menor o por el tutor que tuvieren suspendida la patria potestad o la tutela respectivamente. Es también en este plazo de dos años cuando la Entidad Pública pueda proponer la adopción del menor siendo ésta irrevocable.

Dicho de otro modo, la Entidad Pública transcurrido el plazo de dos años desde la declaración de desamparo puede revocar la misma y decidir el retorno del menor con su familia o considerar más conveniente proteger al menor proponiendo, por ejemplo, la adopción.

Ante tal disyuntiva podemos destacar dos corrientes jurisprudenciales recogidas en la sentencia anteriormente mencionada del Tribunal Supremo⁸ que son :

- a) Estimar que la prioridad es el retorno del menor a su familia biológica y tener en cuenta, para decidir sobre la legalidad de la medida de protección adoptada, las circunstancias concurrentes en el momento en que se enjuicia, no las que existían en la fecha de su adopción
- b) Priorizar el interés del menor por encima de la posibilidad de re-inmersión y considerar que las circunstancias a tener en cuenta son fundamentalmente las que motivaron la adopción de la medida de protección con independencia de posteriores variaciones que hayan podido sufrir.

Parece que ésta segunda, sostenida por el Tribunal Supremo, es la más coherente con el sistema ya que como se ha ido analizando a lo largo de este trabajo en materia de adopción debe siempre atenderse al interés superior del menor como también destaca el apartado tercero del artículo 172 al posibilitar la revocación de la declaración de la situación de desamparo y la consiguiente decisión del retorno del menor con su familia de origen siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés o el artículo 172 bis.1 cuando permite la prórroga de la guarda voluntaria cuando *‘el interés superior del menor lo aconseje’*.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Julio de 2009[versión electrónica-base de datos Lefebvre. Ref.EDJ 2009/225075 Antecedente de hecho: 5°. Fecha de la última consulta : 28 de Marzo de 2017

Además, como quiera que uno y otro tipo de actuación, es decir, tanto adoptar alguna medida de protección que el menor pueda necesitar (como decíamos podía ser la propuesta de adopción) como decidir revertir la situación (porque se estime más conveniente que se reintegre en su familia), llevan consigo una serie de trámites y en consecuencia tiempo, debe preverse ante ello una solución como hace el apartado cuarto del artículo 172 del Código Civil estableciendo que *“en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor...”*.

Finalmente, podemos diferenciar la guarda del artículo 172.4 de la del artículo 172 bis pues mientras que aquella es asumida por la Entidad Pública de oficio, ésta es a solicitud de los padres o tutores del menor y solo podrá acordarse por *“circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas”*

No obstante, en ambos casos se fija un límite temporal máximo de 2 años pues si bien en ambas situaciones se pretende lograr el bienestar del menor deberá protegerse durante el tiempo necesario pero nunca más de lo aconsejable.

Así la Audiencia Provincial de León reiterando a la AP de Pontevedra señala que ⁹:

Si el objetivo es evitar que se hagan crónicas situaciones de guardas voluntarias en las que los progenitores ceden el cuidado de sus hijos a las Administraciones Públicas *‘sine die’* o no reaccionan frente a la situación de desamparo de sus hijos en un plazo prudente, privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, precisamente durante los años clave de la primera infancia, el interés superior de los menores exige no demorar la adopción de medidas que permitan su inserción en otra familia.

La mención a la reinserción del menor en otra familia se encuentra en consonancia con la postura anteriormente mencionada del Tribunal Supremo en base a la cual la máxima prioridad es el interés del menor pues si bien:

La vuelta con la familia de origen se considera en general como la solución más beneficiosa para el interés del menor[No obstante ello] está condicionado a que pueda materializarse en circunstancias de tiempo y modo que no resulten perjudiciales para los menores.¹⁰

No sin sentido nos ubicamos en el Capítulo V del Código Civil *“De la adopción y otras formas de protección de menores”* ya que precisamente es a proteger a los mismos a aquello a lo que se orienta nuestra legislación siendo el interés del menor el principio rector de la misma.

⁹ Auto de la Audiencia Provincial de León de 16 de Enero de 2017[versión electrónica-base de datos Lefebvre. Ref.EDJ 2017/4599]FJ : 2º .Fecha de la última consulta : 28 de marzo de 2017

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 julio de 2009[versión electrónica-base de datos Lefebvre. Ref.EDJ 2009/225075] Fecha de la última consulta : 28 marzo de 2017

Así y para cerrar el apartado resolviendo la cuestión relativa al límite máximo temporal de los dos años, el Tribunal Supremo nos hace entender que :

Atendiendo precisamente a la trascendencia del factor tiempo, el interés de los menores impone evitar situaciones que se prolonguen indefinidamente o más allá de un período prudencia, que el legislador ha considerado prudente fijar en dos años.¹¹

4.2.6. El acogimiento.

Cabe ahora plantear el hecho de que la adopción no es una medida de protección de menores exitosa en todos los casos. Piénsese en los conocidos como mayores-menores, es decir, en todos aquellos niños que siendo menores de edad tienen una baja probabilidad de ser adoptados por ser más mayores de lo que una posible familia adoptante pudiera desear.

Nos referimos a aquellos niños que tienen entre 8 y 9 años de edad y que frecuentemente provienen de familias desestructuradas.

Es en muchos de estos casos cuando posibles adoptantes se plantean la dificultad que puede entrañar afrontar la educación de un menor que no sea un bebé o un infante.

Es por ello que el legislador prevé el acogimiento tanto residencial como familiar -siendo este último el que se constituirá el objeto de nuestro análisis en tanto ha sido precisamente a esta modalidad a la que se le ha prestado mayor atención con la reforma de la Ley 26/2015-.

Mientras que el acogimiento residencial es ejercido por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, el familiar se realiza por la persona o personas que determine la Entidad Pública. (artículo 172 ter 1 Código Civil)

Esta segunda vertiente es la más parecida a la adopción en cuanto produce la plena participación del menor en la vida de familia.

En consecuencia se generan para el acogedor o acogedores las mismas obligaciones que para los adoptantes que son las propias de la patria potestad con la excepción de la

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 julio de 2009[versión electrónica-base de datos Lefebvre. Ref.EDJ 2009/225075] Fecha de la última consulta : 28 marzo de 2017

representación legal y administración de los bienes del menor que se excluyen para el supuesto de acogimiento familiar.

Ahora bien, el acogimiento familiar viene caracterizado porque puede adoptar distintas modalidades en función de la duración y de los objetivos que se pretendan. Así podemos diferenciar acogimiento familiar de urgencia, temporal y permanente

La primera modalidad es, como su propio nombre indica, para situaciones de urgencia; Considerando como tales aquellas en las que todavía no se ha decidido la medida de protección adecuada para el menor de seis años y que en todo caso deberá adoptarse en un plazo máximo de seis meses. (Artículo 173 bis 2a) CC)

La segunda modalidad, el acogimiento temporal (anteriormente denominado ‘acogimiento simple’) procede cuando *“se prevea la reintegración[del menor] en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable”*. (Artículo 173 bis 2b) CC)

Por último, el acogimiento permanente se constituirá *“bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen”*.

(artículo 173 bis 2c) CC)

En cualquier caso para que pudiera ser acordada cualquiera de las modalidades anteriores se requiere *“el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años”* (artículo 173.2 CC) y en caso de acordarse el acogimiento familiar podrá tener lugar, tal y como establece el artículo 173 bis, en la propia familia extensa del menor o en familia ajena.

Finalmente cabe destacar que además de las causas de cese del acogimiento familiar contenidas en el apartado cuarto del artículo 173, esto es :

- a) Por resolución judicial
- b) Por resolución de la Entidad Pública
- c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor

d) Por la mayoría de edad del menor

Hay un último motivo que podría poner fin al acogimiento familiar y que denota su carácter no permanente o definitivo.

Y es que el artículo 173.3 prevé la posibilidad de que se solicite a la Entidad Pública la remoción de la guarda en caso de surgir graves problemas de convivencia entre el menor y su acogedor o acogedores; Teniendo legitimación activa el propio acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela y cualquier persona interesada.

4.2.7. El interés del menor.

Como ya se ha mencionado anteriormente, a la hora de acordarse cualquier medida relativa a la adopción el legislador tiene siempre en mente ‘el interés del menor’.

Siendo éste un concepto jurídico indeterminado ‘*dificulta notablemente la aplicación de la norma correspondiendo al juez en su aplicación, llenar de contenido efectivo tal concepto al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias*’¹² como ya apuntaba la Sala 1ª del Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de julio de 2009.

De esta manera se revela necesario encontrar criterios de determinación del interés del menor para lo cual nos podemos remitir a los contenidos en la sentencia antes mencionada, siendo resumidamente los siguientes :

- Proveer de la manera más idónea posible a las necesidades materiales básicas y espirituales del menor adecuadas a su edad y situación
- Atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor
- Mantener, si fuera posible, el *statu quo* material y espiritual del menor y considerar las incidencias que cualquier alteración del mismo pueda suponer para el menor.
- Considerar la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural del menor

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 31 julio de 2009 [versión electrónica-base de datos Lefebvre. Ref.EDJ 2009/225075] Fecha de la última consulta : 28 marzo de 2017

- Valorar los riesgos de la situación actual y la subsiguiente a la decisión ‘en interés del menor’ que puedan acarrearle
- Valorar las perspectivas personales, intelectuales y profesionales del futuro del menor.

Podríamos finalmente concluir todo ello como en que:

En virtud de este principio, todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.¹³

4.3. El expediente de adopción nacional.

A continuación se analiza el procedimiento a través del cual se tramita la adopción en nuestro país siendo éste el de los actos de jurisdicción voluntaria.

4.3.1. Regulación.

Encontramos en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y en el Código Civil la regulación relativa al expediente de adopción nacional.

4.3.2. Órgano judicial competente.

Tal y como establece el artículo 33 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria *“En los expedientes sobre adopción será competente el Juzgado de Primer Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante”*

¹³ Varios autores , *Protección pública del menor.Acogimiento.Adopción*, en Trinchanch Blasco C. (coord.) *Memento Práctico Francis Lefebvre Familia (Civil)* Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 3000-3337

Además establece a continuación el artículo 34 de esta misma ley que:

La tramitación del expediente de adopción tendrá carácter preferente y se practicará con intervención del Ministerio Fiscal y [...]no será preceptiva la asistencia de Abogado ni Procurador.

4.3.3. Fases del expediente de adopción.

4.3.3.1 Solicitud ante la autoridad judicial por quien quiere adoptar y propuesta de la Entidad Pública.

La solicitud del futuro adoptante, que deberá presentarse ante los Servicios de Protección de menores de su respectiva Comunidad Autónoma, incoa el procedimiento que se seguirá con la propuesta de la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente a favor de aquel.

Ahora bien, dicha propuesta es, dice el artículo 176 del Código Civil, *“a favor del adoptante o adoptantes que...haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad”* aclarando a continuación en el apartado tercero de este mismo artículo que lo que se debe entender por idoneidad es:

La capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.

Es decir, el interés del menor presente de manera constante en este ámbito, tiene ahora reflejo en la declaración de idoneidad de el/los que formarían la nueva familia para el niño.

Por otro lado se dispensa de la exigencia de propuesta en las circunstancias que relata el apartado segundo:

1ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

2ª Ser hijo de cónyuge o de la persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

3ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.

4ª Ser mayor de edad o menor emancipado.

Debiéndose esta dispensa, en casi todos los supuestos, a la pre-existente vinculación entre adoptante y adoptando.

Se habla además de las ‘peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción’ y es que no debe olvidarse que nos encontramos ante, como ya se comentaba al inicio, una suerte de artificio jurídico para equiparar los efectos de la filiación natural a los de la filiación por adopción.

Dicho de otro modo, si bien no existe relación biológica por decirlo de alguna manera, entre adoptante y adoptando a diferencia de la que mantengan los padres con los hijos biológicos sí es cierto que las responsabilidades son exactamente las mismas. Así les serán exigibles las obligaciones que tienen respecto del menor derivadas de la patria potestad como es por ejemplo la obligación de alimentos. (artículo 154 Código civil)

4.3.3.2. La prestación de los consentimientos y de los asentimientos necesarios.

Es preciso que antes de adentrarnos en el estudio de estas manifestaciones destaquemos las diferencias existentes entre ellas.

Así distinguiremos el consentimiento del asentimiento en base a que mientras aquel *“es constitutivo del negocio familiar adoptivo, hasta tal punto que por aplicación del artículo 1261 del Código Civil, su ausencia motivará la inexistencia del negocio”* por el contrario:

El asentimiento no es más que el admitir como cierto o conveniente algo que otro ha afirmado o propuesto antes, esto es, el asentimiento es prestado por persona ajena a la relación obligacional complementando o dando fuerza operativa a aquella, pero en ningún caso constituyéndola.¹⁴

¹⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 abril de 2009 [versión electrónica-base de datos Lefebvre. Ref. EDJ 2009/128590 FJ : 2º Fecha de la última consulta: 30 de Marzo de 2017

No obstante, ambas *“deberán otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias”* de acuerdo con el artículo 177 del Código Civil.

En lo que se refiere al consentimiento se requerirá no solo el del adoptante o adoptantes sino también el de adoptando mayor de doce años. (Artículo 177 del Código Civil)

No obstante, el límite de edad que establece el legislador no es excluyente para el menor, es decir, aún no habiendo cumplido los doce años no quedaría fuera del proceso pues en tal caso *“deberá ser oído por el Juez de acuerdo con su edad y madurez”*.

Por otra parte, deberán asentir a la adopción el cónyuge o pareja de hecho del adoptante, salvo que se formalice la adopción de forma conjunta (en cuyo caso se requerirá su consentimiento) Igualmente los padres biológicos del menor no emancipado deberán asentir a la misma a menos que se les hubiera privado de la patria potestad como ya declaró la Audiencia Provincial de Alicante al afirmar que *“tal asentimiento dejará de ser requisito si ne qua non para la adopción y no será en ningún caso preciso cuando los padres naturales hayan sido privados de la patria potestad o estén incurso en causa legal para tal privación”*.¹⁵

Si bien debe recordarse que la privación(o suspensión) de la patria potestad no es sino una medida excepcional que de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, para poder acordarse exige :

- a)La existencia y subsistencia, plenamente probada, de una causa grave de entidad suficiente para acordarla.
- b)La razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor.

¹⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de marzo de 2016 [versión electrónica-base de datos Lefebvre Ref. EDJ 2016/96902] FJ:4º Fecha de la última consulta: 30 de marzo de 2017

No obstante, la privación de la patria potestad no es la única razón por la que podría omitirse, por dejar de ser necesario, el asentimiento de los padres biológicos pues también *''podrá prescindirse del requisito del asentimiento de los padres cuando los mismos no puedan ser citados o, citados, no comparecieren''* y:

Si los que deben prestar el asentimiento comparecieren ante el juez y denegasen el mismo, el expediente deberá archivarse ya que es requisito *sine qua non* para la constitución de la adopción.¹⁶

Finalmente, en lo que se refiere específicamente al asentimiento de la madre éste *''no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto''* (artículo 177.2.2º Código Civil)

4.3.3.3.El trámite de las preceptivas audiencias.

El Código Civil establece en el artículo 177.3 que para este procedimiento deberán ser oídos por el juez :

1º Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción

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

3º El adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez.

5.CONSECUENCIAS/EFECTOS JURÍDICOS

5.1. La irrevocabilidad.

El artículo 180 del Código Civil determina la irrevocabilidad de la adopción con la excepción de que la extinción de aquella fuera solicitada por cualquiera de los progenitores siempre que no hubiera mediado culpa por su parte, no hubieran prestado

¹⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de Mayo de 2004 [versión electrónica-base de datos Lefebvre Ref. EDJ 2004/60554] FJ : 1º Fecha de la última consulta: 30 de marzo de 2017

su consentimiento, asentimiento o no hubieran sido oídos -según el caso-, soliciten la extinción de la adopción dentro de los dos años siguientes a ésta y en cualquier caso la misma no perjudique gravemente al menor.

Además, en caso de que la demanda fuera relativa a un adoptado mayor de edad se requerirá, para la extinción de la adopción, su consentimiento expreso.

5.2.Las relaciones paterno filiales. La equiparación de filiaciones.

Establece el artículo 108 del Código Civil que *“La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción”*

Además, a continuación se determina con suficiente claridad que *“la filiación matrimonial y la no matrimonial (modalidades de la filiación por naturaleza), así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”*.

Los efectos a los que refiere el artículo 108 son la patria potestad, el derecho a los apellidos,¹⁷ el derecho a alimentos y los derechos sucesorios.

La patria potestad es definida por el Tribunal Supremo¹⁸ como *“una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden”*.

Estos deberes a los que ya se hizo mención anteriormente en el apartado dedicado al menor en situación de desamparo y que en todo caso son aquellos contenidos en el artículo 154 del Código Civil tienen como contrapartida una serie de obligaciones para el hijo, en nuestro contexto, para el adoptando.

¹⁷ *vid.* apartado 5.5 ‘Los apellidos del adoptado’

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Abril del 2000 [versión electrónica-base de datos Lefebvre Ref.EDJ 2000/6205] FJ:1º Fecha de la última consulta: 27 de marzo

Éstos son:

‘‘Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre [así como] contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella’’.

(artículo 155 Código Civil)

En lo que al derecho a alimentos se refiere este se encuentra regulado en el Título VI del Código Civil, ‘De los alimentos entre parientes’.

Así como definición de los mismos valga lo establecido en el artículo 142, esto es, ‘‘se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica’’.

El adoptando así tendrá derecho a los mismos pero también obligación recíproca de prestarlos a sus ascendientes, descendientes -si los tuviera- y a sus hermanos. Si bien respecto de estos últimos el contenido de la obligación de alimentos es mucho más restrictivo pues los hermanos solo se deben los auxilios necesarios para la vida.

(artículo 143 Código Civil)

El tercer efecto o consecuencia de la filiación, los derechos sucesorios que puedan ostentar los adoptandos, es también otra cuestión de interés.

En primer lugar e independientemente de lo que pueda asignárseles en testamento, el adoptando, ya sea en condición de hijo como de descendiente en el seno de su familia adoptiva, va a heredar en todo caso.

La razón de ello es que tiene la condición de heredero forzoso lo que siguiendo a Lefebvre ¹⁹se extiende, entre otros, a :

Los hijos y descendientes respecto de sus progenitores y ascendientes. [Entendiéndose]por hijos tanto los biológicos como los adoptados sin que exista ninguna situación preferencial entre ellos. En este último caso, la referencia a los progenitores y ascendientes lo será a los padres adoptivos y sus ascendientes.

¹⁹Trinchant Blasco C., *Protección pública del menor.Acogimiento.Adopción*, en Trinchant Blasco C. (coord.) *Memento Práctico Francis Lefebvre Familia (Civil)* Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 8500-10100

En consecuencia, el adoptando tendrá derecho a la legítima que estará compuesta de las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre de acuerdo con el artículo 808 del Código Civil.

Como es fácil suponer, el hecho de que la equiparación de la filiación adoptiva a las otras modalidades de filiación sea proclamada con carácter absoluto tiene su razón de ser en el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución.

Ahora bien, debemos entender que este principio, de acuerdo con el Tribunal Constitucional :

Lo que prohíbe son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicio de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.²⁰

5.3. La extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen.

De acuerdo con el artículo 178 del Código Civil la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen si bien a continuación se excepcionan dos situaciones en las que sí subsisten tales vínculos:

- a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido
- b) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

Además de una tercera excepción que se analizará más adelante en el apartado dedicado a la adopción abierta.

De no darse ninguna de éstas situaciones la adopción produce los efectos siguientes²¹ :

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de Mayo del 2006 [versión electrónica-base de datos Lefebvre Ref.EDJ 2006/76180]FJ : 4º Fecha de la última consulta: 26 de marzo de 2017

²¹ Varios autores , *Protección pública del menor.Acogimiento.Adopción*, en Trinchanch Blasco C. (coord.) *Memento Práctico Francis Lefebvre Familia (Civil)* Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 3299-3301

a) *Pérdida, si aún existía, de la patria potestad sobre el adoptado menor de edad no emancipado*

b) *Pérdida de los derechos sucesorios del adoptado;*

Así declaró la Audiencia Provincial de Palencia en el recurso 125/2015 que:

Es verdad que el actor es hijo biológico del causante...Ahora bien, también lo es que fue adoptado...adoptando así una nueva filiación respecto de su padre adoptivo ... esta adopción impide que pueda afirmarse que hoy mantenga derechos sucesorios respecto de la herencia de quien fue su padre biológico.

c) *Pérdida del derecho de alimentos por el adoptado*

d) *Pérdida por parte del adoptado de los apellidos de su familia anterior.*

A sensu contrario, los efectos que producirá la adopción respecto de la familia adoptiva serán:

a) Adquisición por el adoptante de la patria potestad sobre el adoptado menor de edad no emancipado

b) Nacimiento a favor del adoptado de derechos sucesorios y de alimentos

c) Adquisición por el adoptado y por sus descendientes de los apellidos del adoptante o adoptantes. No obstante, se permite la conservación de los primitivos que se vinieran usando cuando exista justa causa y no se produzca perjuicio para tercero previa la tramitación del oportuno expediente dentro de los dos meses siguientes a la determinación de la filiación (artículos 59.3 y 60 de la todavía vigente Ley de Registro Civil)

d) Adquisición por el adoptado de la nacionalidad española de origen si es menor de edad

Habiendo alcanzado la mayoría de edad deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 17.2 del Código Civil :

La filiación ... cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación.

e) *Adquisición por el adoptado de la vecindad civil de los adoptantes* en base al artículo 14.2 del Código Civil que determina que *‘por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes’*

5.4. El derecho a contraer matrimonio del adoptado.

Se mantiene la relación existente entre el adoptado y su familia de origen, o si se prefiere, no se extinguen los vínculos jurídicos existentes entre ellos a los efectos de los impedimentos matrimoniales también regulados en el Código Civil.

Así queda prohibido el matrimonio entre los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado (artículo 46 Código Civil) lo que impide no solo el matrimonio entre el adoptando y cualquiera de sus adoptantes, en caso de ser varios, sino también entre el adoptando y sus ‘parientes naturales’ hasta el grado tercero de colaterales.

Tratándose por tanto de un impedimento relativo al impedir contraer matrimonio sólo con determinadas personas.

No obstante, en este último caso existe posibilidad de dispensa del impedimento así el artículo 81 de la LJV establece que *“el Juez de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia de cualquier de los contrayentes será competente para conocer de la solicitud de dispensa de los impedimentos”* y en su apartado segundo determina que el contrayente en quien concurra el impedimento para el matrimonio será quién deba promover el expediente.

Una vez se haya dictado resolución en expediente de jurisdicción voluntaria *“el juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte [...] los impedimentos”*

En caso de que se hubiera contraído matrimonio aún con impedimento se prevé el que *“la dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes”*. (Artículo 48 Código Civil)

5.5.Los apellidos del adoptado.

Como ya se analizado en el apartado 5.3 la adopción produce una serie de efectos positivos y negativos o, si se prefiere, constitutivos y extintivos.

Entre éstos se encuentran aquellos relativos a los apellidos del adoptando.

Así establecen el artículo 55 de la Ley de Registro Civil y el artículo 109 del Código Civil que *“la filiación determina los apellidos”* por lo que cuando se determine la filiación adoptiva el adoptando adquirirá los apellidos del adoptante o adoptantes-salvo que se hubiera ejercitado la opción del artículo 59 en relación con el artículo 60-. pues *“Los apellidos ~~no~~ naturales pueden ser sustituidos por los de los adoptantes”* (artículo 56)

De otro modo también *“en la escritura de adopción se puede convenir que el primer apellido del adoptante o adoptantes se anteponga a los de la familia natural del adoptado”*.

Ahora bien, para que el cambio de los apellidos naturales por los de los adoptantes surta efecto deberá de inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado (artículo 62 Ley de Registro Civil)

En cuanto al orden de los apellidos de los adoptantes establece el artículo 109 del Código Civil que *“Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral”*; En caso de que no se ejercitara esa opción se aplicará la norma general, es decir, que el primer apellido sea el primero del padre y el segundo apellido sea el primero de los personales de la madre. (artículo 194 del Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil)

Aún con todo ello el legislador reserva la posibilidad de que el adoptando pueda solicitar que ese altere ese orden una vez alcance la mayoría de edad (artículo 109 Código Civil *‘in fine’*)

5.6. El derecho del adoptado a conocer sus orígenes.

Siendo lo más natural que en un momento más o menos temprano de su vida el adoptando conozca cual es su situación y en consecuencia quiera descubrir sus orígenes

contempla así el Código Civil su ‘derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos’ (artículo 180.6 Código Civil)

Estableciendo para lograr la efectividad de este derecho que ‘las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen’. (artículo 180.6 CC) y requiriendo en todo caso una capacidad mínima por parte del adoptado para poder ejercitar este derecho en cuanto deberá haber alcanzado la mayoría de edad o siendo menor ejercitarlo a través de sus representantes legales.

Claro está que para poder prestar esa ayuda en caso de que el adoptando quisiera ejercitar tal derecho deberá la Entidad Pública que corresponda conservar toda la información relativa al menor, es por ello que el artículo 180.5 del Código Civil establece que:

Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva.

En lo relativo al fundamento de este derecho podemos destacar varias referencias:

En primer lugar, el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño²² que establece que: ‘*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos*’.

En segundo lugar el artículo 11 de la Carta Europea de los Derechos del Niño²³ ‘*ab initio*’ al establecer que:

Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas.

²² Convención de Derechos del Niño , de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989-ratificado por España el 30 de Noviembre de 1990 (BOE 31 de diciembre de 1990)

²³ Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992

Además en el ámbito nacional y a nivel constitucional encontramos el reconocimiento de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad.

Siendo precisamente el derecho del menor a conocer sus orígenes una de las manifestaciones de ese libre desarrollo.

Si bien el legislador yendo bastante más lejos que este derecho introdujo en la reforma del 2015 la posibilidad de que el menor mantenga algún tipo de contacto con su familia de origen como se analizará posteriormente en el apartado noveno.

6.LA EXCLUSIÓN DE LA ADOPCIÓN

Establece el artículo 179 del Código Civil en su apartado primero la posibilidad de excluir al adoptante de sus funciones tuitivas así como de los derechos que le correspondan ‘*ex lege*’ respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias cuando hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad que como ya se comentó anteriormente no es sino una medida excepcional.²⁴

La exclusión podrá ser acordada por el juez si bien no de oficio pero a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal.

No obstante, esta legitimación queda limitada cuando el adoptado haya alcanzado su plena capacidad, caso en el que solo éste podrá pedir la exclusión dentro de los dos años siguientes.

Será también en este momento, al alcanzar la mayoría de edad, cuando el hijo pueda determinar que las restricciones del apartado primero dejen de producir efecto.

Además, en consonancia con el superior interés del menor del que ya se hablado anteriormente en el apartado 4.2.7:

Durante la sustanciación del procedimiento, el Juez adoptará, incluso de oficio, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o persona con capacidad modificada judicialmente”. (artículo 40 LJV) disposición que será igualmente aplicable al procedimiento de extinción que se expone a continuación.

²⁴ *vid.* apartado 5.1 ‘La irrevocabilidad’ donde se recoge la jurisprudencia del TS referente a la privación de la patria potestad.

7.LA EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN

Como se ha expuesto anteriormente la adopción es irrevocable.

No obstante, bajo determinadas circunstancias puede ser solicitada su extinción por los padres biológicos

Además, también podrá extinguirse por una nueva adopción, esto es, de darse un supuesto de adopción sucesiva-ya analizado anteriormente-.

El apartado tercero del artículo 180 del Código Civil establece, para el caso de que se acordare que *“La extinción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos”*. manteniendo así la perspectiva de que es el interés del menor el que debe priorizarse.

Por último es necesario remarcar la diferencia entre la extinción y la nulidad de la adopción.

Así como ya declaró la Audiencia Provincial de la Rioja en la sentencia de 9 de abril de 2015:

Son acciones de muy diferente naturaleza. La de extinción, que constituye una excepción al principio general de irrevocabilidad de la adopción, tiene un plazo de caducidad de dos años y unas causas tasadas (no haber intervenido el padre o la madre del adoptando en el expediente de adopción sin culpa suya).

La de nulidad de la adopción por inexistencia de verdadero consentimiento ,se configura como una acción general que se puede proyectar en cualesquiera negocios jurídicos y tiene su raigambre tanto en el artículo 6.3 del Código Civil como en la falta de alguno de los elementos esenciales del negocio del artículo 1261.

Y es que es precisamente el consentimiento, más bien la falta del mismo, el que puede llevar a la nulidad de la adopción.

8.LA ADOPCIÓN Y SU CONSTANCIA EN EL REGISTRO CIVIL

Establece el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁵ que *“el testimonio de la resolución firme en la que se acuerde la adopción se remitirá al Registro Civil, para que se practique su inscripción”*.

En concreto, la adopción dará lugar a una inscripción marginal en el asiento de nacimiento del adoptado (artículo 46 Ley del Registro Civil) lo que de acuerdo con la Dirección General de los Registros y del Notariado: *“Lleva consigo la necesidad de que la inscripción principal de nacimiento refleje todos los datos de éste [refiriéndose al interesado] incluso los de la filiación por naturaleza que en su caso haya quedado determinada...”*²⁶

Además:

*“La importancia de que no se cancelen las menciones anteriores del nacido está en armonía con el derecho de éste, que no debe ser obstaculizado a conocer sus orígenes...”*²⁷

De acuerdo con el artículo 113 del Código Civil:

“La filiación se acredita por la inscripción el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado”.

Al hilo de lo expuesto cabe hacer dos aclaraciones :

Por un lado, la presunción de paternidad matrimonial a la que se refiere el artículo está contenida en el 116 del Código Civil donde establece que *“se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”*

²⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de Enero del 2000)

²⁶ Resolución de la DGRN de 23 abril 1993 [versión electrónica-base de datos Westlaw Ref.RJ 1993/3243] FJ:2º

²⁷ Resolución de la DGRN de 6 de Julio de 1994 [versión electrónica-base de datos Westlaw Ref.RJ 1994/7661] FJ: 3º

Por otro lado, la posesión de estado que se adopta como medio residual para la acreditación de la filiación debe entenderse como:

El concepto público en el que es tenido un hijo con relación a su padre natural cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontánea. tal y como afirma el Tribunal Supremo en una de sus sentencias²⁸

9.LA ADOPCIÓN ABIERTA ¿QUÉ ES Y CUÁLES SON SUS CARACTERÍSTICAS?

9.1. Aproximación a una nueva modalidad de adopción.

Declara la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015²⁹ que :

La oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico obedece a la búsqueda de alternativas consensuada, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades.

Además de que:

A través de la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la pérdida, y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene.

Y si bien es cierto que aunque se introduzca la adopción abierta como figura jurídica novedosa en el panorama español ya estaba presente en muchos otros países como son Estados Unidos, Australia, Gran Bretaña, Austria, Alemania, Canadá o Nueva Zelanda.

Dicho esto, el artículo 178.4 de esta Ley recoge la posibilidad de configurar esta modalidad abierta de la adopción mediante el *“mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva”* introduciendo así una

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2001 [versión electrónica-base de datos Lefebvre Ref.EDJ 2001/8] FJ:4º Fecha de la última consulta : 24 Marzo de 2017

²⁹ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia (BOE 29 de Julio de 2015)

excepción, junto con las ya vistas, a la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen.

Esta forma de relación o contacto da cumplimiento al derecho del menor a conocer sus orígenes consagrado en el artículo 180.6 del Código Civil que establece que:

Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos.

No obstante, al hacer efectivo el derecho de los adoptandos a conocer sus orígenes biológicos no sólo se producen efectos positivos. Esta modalidad de adopción tiene, como todo, sus pros y contras.

Por un lado, favorece la prestación del consentimiento/asentimiento -según los casos³⁰- de aquellas personas que se mostraban reticentes a la adopción precisamente por el carácter cerrado (y definitivo) de la misma.

Por otro, dificulta el que muchas posibles familias adoptantes den el paso precisamente por el mantenimiento (y fortalecimiento) de los vínculos familiares entre el menor y su familia de origen.

9.2. Procedimiento.

El apartado cuarto del artículo 178 exige para poder acordar el mantenimiento de esta relación que medie propuesta de la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente o del Ministerio Fiscal además del consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando -si tuviera suficiente madurez y siempre que fuera mayor de doce años(en caso contrario simplemente será oído por el juez)-.

En todo caso la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente informará periódicamente al juez de la evolución de tales visitas y comunicaciones.

³⁰ *vid.* apartado 4.3.3 A ‘La prestación de los consentimientos y de los asentimientos necesarios’

Además, durante los dos primeros años deberá remitirle sus propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas.

Teniendo en cuenta estos informes y propuestas periódicas, el juez podrá acordar la modificación o finalización de la relación entre la familia biológica y el menor adoptado en atención al interés superior de este último.

Igualmente tanto la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia del origen como el menor -si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años-, podrán solicitar en cualquier momento la suspensión o supresión de las visitas o comunicaciones o dicho de otro modo renunciar a la adopción abierta y volver a la modalidad normal.

Hay que destacar que el artículo 178.4 considera el que deba favorecerse especialmente, cuando sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

9.3. Contenido de la adopción abierta.

Lo primero de todo debemos diferenciar ésta ‘nueva’ modalidad de adopción del derecho de visitas de la familia del menor declarado en situación de desamparo establecido en el artículo 161 del Código Civil, correspondiendo estas visitas a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados del menor.

A diferencia de este derecho de visitas, el apartado cuarto del 178 no enuncia qué parientes podrán mantener a través de visitas o comunicaciones alguna forma de relación o contacto con el menor dejando la puerta abierta al referirse a *‘los miembros de la familia de origen que se considere’*.

No obstante destaca el que debe favorecerse *‘cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos’*.

También será de amplia interpretación el contenido objetivo de la adopción abierta en cuanto que, como ya se ha mencionado, el apartado cuarto habla del *‘mantenimiento de alguna forma de relación o contacto’* lo que podría traducirse en llamadas telefónicas, cartas, e-mails y muchas otras posibilidades. En cualquier caso las características que quieran que revistan a esta modalidad de adopción serán *‘ad hoc’* pues será el juez

quien, de acordar el mantenimiento de dicha relación, fije también su periodicidad, duración y condiciones.

10. VALORACIÓN/POSICIONAMIENTO PERSONAL SOBRE ESTA MODALIDAD DE ADOPCIÓN

Lo primero que debo mencionar es que considero que hay que valorar positivamente el que esta modalidad de adopción tenga un cierto recorrido histórico en otros países pues ello nos aporta una visión desde la experiencia en otros entornos radicalmente distintos al de nuestro ordenamiento como pueda ser por ejemplo el estadounidense.

De hecho el sistema jurídico norteamericano como señala Anguita Ríos:

Presenta una serie de caracteres que le hace muy diferente del resto de los sistemas de adopción existentes en Europa, al considerarse el proceso adoptivo parcialmente privado. De esta forma, se constituye un acuerdo entre la familia o la madre biológica y la adoptiva en el que se fijan las condiciones de la adopción, posibilitando el contacto entre ambas familias, tanto en el momento anterior a la adopción como en etapas posteriores.³¹

En segundo lugar, reconocer que constituye, ante todo, un avance en la regulación de la adopción en el ordenamiento español

Además, en esta misma universidad encontramos voces a favor de la introducción en nuestro ordenamiento de esta modalidad de adopción como es por ejemplo la de Gómez Bengoechea, investigadora del Instituto de la Familia de la Universidad Pontificia de Comillas, que considera que *‘los niños necesitan estabilidad y la adopción abierta puede ofrecerles esa estabilidad sin obligarles a perder el contacto con su familia de origen’*.³²

No obstante todo ello personalmente no considero que beneficie al menor sino justo al contrario y es que como también ha afirmado Bengoechea *‘Debe pensarse bien en cada caso, no en todas las situaciones puede ser beneficiosa. Hay niños que necesitan*

³¹ Martín García, M. L. (2010). «Inscripción en el Registro Civil de la adopción internacional: la protección de la intimidad personal y familiar a través del Registro Civil. Breve reflexión en torno al derecho del adoptado a conocer sus orígenes». *Revista de Derecho Privado*, núm. 94, pp. 89-102

³² Vidales R. *‘El CGPJ expresa ‘cautelos’ sobre la introducción de la adopción abierta’*, Periódico el País (disponible en : http://politica.elpais.com/politica/2014/09/30/actualidad/1412076929_989220.html.)última consulta: 12 de Abril del 2017.

ese contacto y otros para los que puede suponer un trauma”. Si bien es cierto que no es necesario remontarse a casos de especial gravedad -en los que el menor ha sido abandonado o ha sufrido algún tipo de agresión por parte de sus progenitores- para estimar que esta modalidad de adopción pueda suponer un trauma para el niño;

Piénsese por ejemplo en la situación de aquel menor que haya sido adoptado –por así decirlo- en circunstancias normales y que no haya vivido un pasado traumático o ni haya tenido pasado alguno más que el de su familia adoptiva por haber sido adoptado siendo tan solo un bebé. Incluso en este contexto la adopción abierta podría suponer un trauma al menor y causarle posiblemente una crisis de identidad si éste todavía no ha desarrollado su personalidad.

Por su parte el CGPJ ya se mostró reticente a la introducción de la adopción abierta cuando aún reconociendo que *“en determinados casos puede ser una solución adecuada para el menor, en particular en el caso de adolescentes”* no obstante criticaba el que *“el Gobierno no hubiera justificado su inclusión en la Ley más allá de su existencia en otros países”* pidiendo así cautela en la adopción de esta modalidad y recomendando *“una regulación detallada de la misma, que incorpore la previsión de que solo se constituirá si fuere conveniente al superior interés del menor”*.³³

Así cumpliendo con las recomendaciones del Consejo se hace, de nuevo, inclusión del superior interés del menor pues de otra manera no se hubiera continuado en la línea proteccionista que se venía trazando en materia de adopción y habría resultado muy complicado llevar a término esta (nueva) modalidad de adopción.

³³Nota de prensa del CGPJ de 24 de Septiembre de 2014 (disponible en : <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-CGPJ-avala-la- idoneidad-de-la-Ley-de-Proteccion-a-la-Infancia>) última consulta : 17 de abril del 2017

12. CONCLUSIÓN FINAL / CIERRE DEL TRABAJO

A lo largo de este trabajo se ha analizado una de las figuras de protección de menores más comunes en nuestro país: La adopción nacional, considerando la reforma introducida por la Ley 26/2015³⁴ y concluyendo que :

-El principio rector de la normativa reguladora de la adopción es el interés superior del menor. Consecuentemente todas las decisiones que deban ser adoptadas se regirán por un bien superior: El bienestar del niño

Junto a éste se suman también como principios informadores de la adopción el control administrativo de los adoptantes y el '*adoptio imitatur naturam*'

-Independientemente de la modalidad de adopción acordada –y salvando las especialidades propias- son requisitos generales e indispensables para el adoptante que éste sea mayor de veinticinco años y que la diferencia de edad entre él y el adoptando sea de, al menos, dieciséis años y no superior a cuarenta y cinco años; Teniendo su razón de ser éste segundo en el principio de regulación de la adopción imitando a la naturaleza o principio '*adoptio imitatur naturam*'

No obstante, aún cumpliéndose los requisitos necesarios para adoptar se contemplan una serie de supuestos en los que en función de las circunstancias se impide a cualquier persona- prohibición absoluta- o a determinadas personas -prohibición relativa- ser adoptantes.

-La regla general la constituyen los adoptandos menores no emancipados pero excepcionalmente -y bajo determinadas circunstancias- podrán también ser adoptados mayores de edad y menores emancipados.

-La declaración de idoneidad de los potenciales adoptantes es determinante para la iniciación del expediente de manera tal que no prosperará ningún procedimiento sin la propuesta de la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente a

³⁴ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia (BOE 29 de Julio de 2015)

favor de un adoptante o adoptantes que considere idóneos para el ejercicio de la patria potestad salvo contadas excepciones contempladas en el Código Civil y que en prácticamente todos los casos responden a la vinculación pre-existente entre adoptante y adoptando.

-La diferencia de significado existente entre consentimiento y asentimiento radica en el carácter constitutivo de aquel frente a este último. Destacando aquí especialmente el asentimiento de la madre que de acuerdo con la legislación vigente no puede prestarse hasta transcurridas seis semanas desde el parto habiéndose ampliado en dos semanas desde la anterior regulación y descartando de modo absoluto cualquier planteamiento relativo a la adopción de un recién nacido.

-La adopción es una medida de protección de menores definitiva o de otro modo de carácter irrevocable. Consecuentemente salvo la excepción prevista en el artículo 180 del Código Civil bajo ninguna otra circunstancia podrá declararse la extinción de la misma.

-Se equiparan los efectos de la filiación por naturaleza a los de la filiación adoptiva siendo aquellos la patria potestad, el derecho a los apellidos, el derecho a alimentos y los derechos sucesorios; La equiparación de filiaciones tiene su razón de ser en el principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución Española.

-La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen -salvo casos excepcionales- suponiendo así la pérdida de la patria potestad sobre el adoptado menor de edad no emancipado, la de los derechos sucesorios del adoptado, la de su derecho de alimentos y la de sus apellidos de la familia anterior. No obstante, subsiste entre el adoptado y su familia de origen el impedimento matrimonial del artículo 46 del Código Civil.

'A sensu contrario' estos mismo efectos se producirán, con carácter positivo, respecto de la familia adoptiva sumándose a aquello tanto la adquisición por el adoptado menor de edad de la nacionalidad española de origen como la vecindad civil de sus adoptantes.

-En base al reconocimiento constitucional del libre desarrollo de la personalidad –entre otras fuentes normativas- se declara el derecho del adoptado a conocer a sus orígenes.

-Se diferencian la exclusión y la extinción de la adopción en que mientras aquella supone una mera exclusión del adoptante privado de la patria potestad de sus funciones tuitivas así como de los derechos que le correspondan respecto del adoptante o sus descendientes ésta supone poner fin, de manera definitiva y en supuestos excepcionales, a la adopción.

BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS DE REVISTA:

Abad Arenas E. “ Reflexiones sobre los requisitos y las prohibiciones existente para poder adoptar y ser adoptados: La conciliación entre el Código Civil y la normativa de las Comunidades Autónomas”, *Revista de Derecho UNED*,n.7, 2010,pp.13-48

González Alegre M. “La adopción y el Impuesto sobre Sucesiones” *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXI (Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/adopcion-impuesto-sucesiones-246221> ; última consulta : 16 de Abril de 2017)

Martín García, M. L. (2010). «Inscripción en el Registro Civil de la adopción internacional: la protección de la intimidad personal y familiar a través del Registro Civil. Breve reflexión en torno al derecho del adoptado a conocer sus orígenes». *Revista de Derecho Privado*, núm. 94, pp. 89-102

OTROS ARTÍCULOS:

Vidales R. “*El CGP expresa ‘cautelos’ sobre la introducción de la adopción abierta*”, Periódico el País (disponible en : http://politica.elpais.com/politica/2014/09/30/actualidad/1412076929_989220.html.)última consulta: 12 de Abril del 2017

OTRAS REFERENCIAS :

Nota de prensa del CGPJ de 24 de Septiembre de 2014 (disponible en : <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-CGPJ-avala-la-idoneidad-de-la-Ley-de-Proteccion-a-la-Infancia>) última consulta : 17 de abril del 2017

Resolución de la DGRN de 23 abril 1993 [versión electrónica-base de datos Westlaw Ref.RJ 1993/3243] FJ:2º

Resolución de la DGRN de 6 de Julio de 1994 [versión electrónica-base de datos Westlaw Ref.RJ 1994/7661] FJ: 3º

LEGISLACIÓN:

Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989- ratificado por España el 30 de Noviembre de 1990 (BOE 31 de diciembre de 1990)

Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17 de Enero de 1996)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de Enero del 2000)

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia (BOE 29 de Julio de 2015)

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo :

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Abril del 2000 [versión electrónica-base de datos Lefebvre Ref.EDJ 2000/6205] FJ:1º Fecha de la última consulta: 27 de marzo de 2017

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2001 [versión electrónica-base de datos Lefebvre Ref.EDJ 2001/8] FJ:4º Fecha de la última consulta : 24 Marzo de 2017

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 Julio de 2001 [versión electrónica- base de datos Lefebvre. Ref. EDJ 2001/15056]FJ 4º .Fecha de la última consulta : 23 de Marzo de 2017

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Julio de 2009[versión electrónica-base de datos Lefebvre. Ref.EDJ 2009/225075 FJ: 4º. Fecha de la última consulta : 28 de Marzo de 2017

Tribunal Constitucional:

Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de Mayo del 2006 [versión electrónica-base de datos Lefebvre Ref.EDJ 2006/76180]FJ : 4º Fecha de la última consulta: 26 de marzo de 2017

Audiencias Provinciales:

Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de Mayo de 2004 [versión electrónica-base de datos Lefebvre Ref. EDJ 2004/60554] FJ : 1º Fecha de la última consulta: 30 de marzo de 2017

Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 28 de Mayo de 2008[versión electrónica-base de datos Lefebvre. Ref.EDJ 2008/120161] FJ 1º Fecha de la última consulta : 28 de Marzo de 2017

Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 abril de 2009[versión electrónica-base de datos Lefebvre. Ref. EDJ 2009/128590 FJ : 2º Fecha de la última consulta: 30 de Marzo de 2017

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de noviembre de 2012 [versión electrónica-base de datos Lefebvre. Ref.EDJ 2012/310961]FJ : 2º. Fecha de la última consulta : 29 de Marzo de 2017

Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de marzo de 2016 [versión electrónica-base de datos Lefebvre Ref. EDJ 2016/96902] FJ:4º Fecha de la última consulta: 30 de marzo de 2017

Auto de la Audiencia Provincial de León de 16 de Enero de 2017[versión electrónica-base de datos Lefebvre. Ref.EDJ 2017/4599]FJ : 2º .Fecha de la última consulta : 28 de marzo de 2017

LIBROS :

Martínez de Aguirre Aldaz, C., de Pablo Contreras, P., Ángel Pérez Álvarez M., *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid 2016

Varios autores, *Memento Práctico Francis Lefebvre Familia (Civil)* ,2016, Madrid, Lefebvre, pp.3000-3337 y pp. 8500-10100

BASES DE DATOS :

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/>

<http://online.elderecho.com/>

RECURSOS DE INTERNET :

<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/>

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/>

<http://elpais.com/>

<https://dialnet.unirioja.es/>