
6

EL CONTROL ¿JUDICIAL? DE LA ADOPCIÓN¹

María Teresa Pérez Giménez²

RESUMEN

Adoptar equivale a integrar en una familia a alguien que no pertenece a ella para crear una relación de parentesco. La legislación española equipara la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza al determinar los efectos de la relación entre adoptante y adoptado en igualdad de condiciones con la filiación consanguínea sea o no matrimonial. Por ello y por razón de su trascendencia es, desde un punto de vista procedimental, objeto de una doble evaluación, en primer lugar de la Administración que habrá de determinar la idoneidad de los adoptantes y la conveniencia de la misma y después del Juez quien al constituirla habrá de velar para que se haga con todas las garantías. Dada la importancia de esta figura y la premiosa regulación existente en relación a la misma, nuestro análisis tiene un doble objeto: de un lado, estudiar el régimen jurídico de la adopción nacional profundizando en alguno de sus aspectos más novedosos, tales como la adopción abierta o el derecho a conocer el origen biológico y de otro lado, indagar en el papel y destacar las funciones de la autoridad judicial a lo largo de todo el procedimiento, dada la tendencia a la administrativización a la que se somete actualmente el proceso.

Palabras clave: Adopción, adopción abierta, filiación, identidad biológica, interés del menor, protección del menor.

¹ **Como citar este artículo científico.** PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa. El control ¿judicial? de la adopción. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 14, n. 2, p. 189-224, maio-ago. 2022.

² Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Jaén Jaén, España. *e-mail:* tperez@ujaen.es

ABSTRACT

Adopting means integrating a child, who does not belong to the family, into the family unit in order to create a family relationship. The Spanish legislation puts the adoptive filiation on a level with the biological filiation when specifying the relationship effects both for the adopters and the adoptee on equal terms with blood filiations, whether they are marital or not. For that reason and also, due to its significance, adoption in Spain is, from a procedural point of view, double-checked. First, adoption services will have to issue the adopters' certificate of aptitude if it is considered that the necessary conditions are met in the chief of adoption. Secondly, a judge will constitute the adoption and safeguard it in due process of law. Finally, because of the importance of adoption and its labored regulation, this research pursues a double aim. On the one hand, to analyse the legal system of national adoption in Spain, considering some of the newest aspects, such as open adoption or the adoptee's right to know their biological parents' names. On the other hand, to investigate the judge role and highlight the legal authority's functions throughout the adoption process, especially in view of the fact that in Spain the adoption process is currently subject to a great extent to public entities of protection of the minors.

Keywords: Adoption, open adoption, filiation, biological identity, the interest of the underage, child protection.

SUMÁRIO: 1 Régimen Jurídico de la Adopción en España. Criterios Normativos Actualmente Imperantes. 1.1 Introducción. Régimen jurídico vigente. 1.2 Elementos Subjetivos: el Adoptante y el Adoptado. 2 Procedimiento y Constitución de la Adopción. 2.1 Fase Administrativa: Declaración de Idoneidad y Propuesta Administrativa Previa. 2.2 Fase Judicial: Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria y Constitución de la Adopción. 3 Efectos de la Adopción. 4 Extinción de la Adopción. 5 Conclusión Final. Bibliografía.

1 RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA. CRITERIOS NORMATIVOS ACTUALMENTE IMPERANTES

1.1 INTRODUCCIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

A través de la adopción se constituye una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado; de modo que tras la resolución judicial correspondiente que la constituye, el adoptado queda integrado en la familia del adoptante o adoptantes de manera estable e irrevocable, como si de una filiación biológica se tratara.³ Ello comporta, al mismo tiempo, la ruptura de los vínculos entre el adoptado y su familia de origen.⁴

En España, es en la segunda mitad del siglo XX cuando se produce un importante movimiento normativo fundamentado, sobre todo, en la primordial idea de reforzar los vínculos entre adoptantes y adoptados, ampliando los efectos de la adopción para conseguir su equiparación con la filiación consanguínea. No obstante ello, se puede considerar la adopción como una medida subsidiaria, frente a otras medidas de protección, que se reserva para los casos en los que no es posible la defensa o cuidado de los menores recurriendo a medidas menos contundentes.

Este proceso se ha llevado a cabo fundamentalmente a través de la aprobación de las siguientes leyes, a las que a lo largo de estas

³ Los principales efectos que ello conlleva son: derecho a utilizar los apellidos de los padres adoptivos; los recíprocos derechos hereditarios y el derecho-obligación de alimentos respecto a los ascendientes y hermanos. Se debe destacar también que los nuevos vínculos que nacen afectan no solo a los padres adoptivos sino a toda la familia, convirtiéndose en hijo, pero también en hermano, nieto, sobrino... etc.

⁴ Con la introducción en nuestro Ordenamiento jurídico de la *adopción abierta*, proveniente de los países anglosajones, se permite que en algunos casos se mantengan vínculos personales con la familia de origen. En cualquier caso, los impedimentos matrimoniales subsisten.

páginas haremos referencia⁵ y que han querido, de alguna manera, configurar un marco jurídico uniforme en materia de adopción para todo el territorio español que minimice las discrepancias entre las Comunidades Autónomas:

- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de Adopción;
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor;
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. (LAI);
- Convenio Europeo en materia de adopción de menores de 27 de noviembre de 2008. Instrumento de ratificación por España de 16 de julio de 2010;
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria;
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. (LPIA).

La adopción se regula en el Código civil en los artículos 175 a 180, dentro del Libro I, *De las personas*, en el Título VII, *De las relaciones paterno filiales*, en el Capítulo V, *De la adopción y otras formas de protección de menores*, en la Sección 2ª titulada *De la adopción*. Su modificación ha sido muy profunda afectando, sobre todo, a los elementos personales, a su procedimiento de constitución, a los efectos y a la posibilidad de extinción.

⁵ Con anterioridad a estas normas, destacamos la importancia de otras tales como: Ley de 24 de abril de 1958; Ley 7/1970, de 4 de julio y Ley 11/1981, de 13 de mayo.

1.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS: EL ADOPTANTE Y EL ADOPTADO

El artículo 175 del Código civil contiene los requisitos subjetivos que han de reunir el adoptante y el adoptado. Revisamos su contenido modificado por la Ley 26/2015.

a) EDAD: El adoptante debe ser mayor de veinticinco años. Se exige pues, una capacidad de obrar especial para poder adoptar, pues no es suficiente con haber alcanzado la mayoría de edad, los dieciocho años, sino que se exige un plus de madurez para poder ejercer y desarrollar las funciones parentales.

En el caso de que la adopción sea realizada por dos personas será suficiente con que una de ellas tenga dicha edad; si bien el otro habrá de ser al menos, mayor de edad o menor emancipado, dado que debe tener capacidad de obrar suficiente para consentir por sí mismo la adopción.

En cualquier caso, debe existir una diferencia mínima de dieciséis años entre adoptante y adoptado, aumentándose por tanto en dos años la que se exigía con anterioridad a la reforma de la Ley 26/2015⁶ y aquél no podrá tener más de cuarenta y cinco años, seguramente con la intención de asemejarlo a las edades ordinarias que permiten y aconsejan la procreación biológica y evitar al mismo tiempo, que por razones de excesiva edad no se pueda proteger adecuadamente al menor; salvo que se trate de la adopción del hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por una relación de convivencia *more uxorio*.

Siendo dos los adoptantes será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptado. No obstante, esta limitación no se tiene en cuenta y la diferencia

⁶ En igual sentido el artículo 9.1 del Convenio europeo en materia de adopción de menores.

de edad podrá ser mayor cuando se trate de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales; con la finalidad fundamental, se entiende, de facilitar la adopción en estos casos más complicados y de favorecer que los hermanos puedan permanecer juntos haciéndose eco del principio fundamental del interés superior del menor.

- b) MENORES: Únicamente pueden ser adoptados menores no emancipados, personas, por tanto, que realmente pueden encontrarse necesitadas de protección y cuidados.⁷ Como vemos, no se exige ninguna edad mínima de modo que una vez producido el nacimiento, cabe la adopción.⁸

Sin embargo, sí podrán ser adoptados incluso siendo mayores de edad, cuando inmediatamente antes de la emancipación, hubiera existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o una convivencia estable durante al menos el periodo de un año.⁹ El legislador en este punto ha modificado bastante la situación anterior: así, antes de la reforma de la Ley 26/2015 se exigía que la situación de convivencia no se hubiera interrumpido de modo que se pudiera asegurar una verdadera coexistencia y relación entre los implicados iniciada además antes de que el menor hubiera cumplido los catorce años. En la actualidad estos requisitos no se mantienen; se exige que la convivencia sea *anterior* a la emancipación y que dure *un año*, si bien no se especifica que deba ser continuado aunque debe ser estable, lo que entendemos compatible con separaciones físicas temporales, por razones, por ejemplo, de trabajo.

⁷ La emancipación se obtiene en España a partir de los 16 años, ya sea por concesión de los padres o por concesión judicial.

⁸ Dejamos, por tanto, al margen de la posibilidad de adopción al nasciturus. En este sentido, López Maza (2016, p. 650).

⁹ Suponemos que se refiere a un régimen de tutela o de guarda de hecho.

Para el caso de que sea posible la adopción, el menor debe haber sido declarado adoptable. Es decir, no sólo debe existir la necesidad para él de protección, sino que además, la adopción debe ser considerada como la mejor opción para el menor en concreto.¹⁰

- c) PROHIBICIONES: En ningún caso se puede adoptar a un descendiente; a un pariente en segundo grado en línea colateral por consanguinidad o afinidad; al pupilo por su tutor en tanto se aprueba definitivamente la cuenta general justificada de la tutela, como medida que garantice que el tutor cumplirá adecuadamente con una de las obligaciones inherentes a su cargo, la rendición de cuentas; a no ser que la acción para exigirla haya prescrito una vez pasados cinco años desde que terminó sus funciones.

Tampoco podrá ser adoptante aquél que no pueda ser tutor por darse alguna de las causas de inhabilidad contempladas en el Código civil (ver artículos 243 y 244); de modo que estando esta situación debidamente demostrada impedirá, sin necesidad de otras resoluciones, que esa persona pueda ejercer las funciones parentales como progenitor adoptivo.

Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjuntamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.¹¹

¹⁰ Este es el principio de subsidiariedad de la adopción frente a otras medidas de protección de menores. Sin lugar a dudas, el lugar idóneo para el crecimiento de los menores es su familia biológica. Por ello, la Administración debe establecer las medidas y brindar los apoyos necesarios para que los deberes de protección que competen a los padres en relación a sus hijos sean una realidad; si fuera necesario recurriendo a su familia extensa; y sólo de manera excepcional optar por la total separación de la familia dando lugar al procedimiento de adopción.

¹¹ La posibilidad de adoptar por parejas de hecho ya estaba contemplada en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/87, de 11 de noviembre. Ahora se prevé también en la Ley 26/2015.

El problema añadido que plantea esta materia es si es necesario o no que la unión *more uxorio* esté inscrita en el registro correspondiente de uniones de hecho. El artículo 175. 4 no lo pide expresamente; por su parte el artículo 7.2 del Instrumento de ratificación del Convenio europeo en materia de adopción de menores, si bien hace referencia en el apartado uno, letra a) a los matrimonios y a las parejas de hecho *registradas*, en el apartado dos, dice literalmente que igualmente tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas que vivan juntas en el marco de una relación estable, sin más. Para el Convenio europeo en ambos casos se podría adoptar. Y estamos de acuerdo con ello pues desde nuestro punto de vista tan pareja de hecho es aquella que no se ha inscrito pero convive de manera estable en una relación análoga a la conyugal como la que está inscrita.

Sin embargo, consideramos que lo más razonable será enfocar su consideración en atención a los requisitos que exijan las diferentes normativas autonómicas sobre las parejas de hecho pues la problemática deriva entonces a la cuestión de su acreditación. Por ejemplo, en la normativa andaluza sobre parejas de hecho,¹² el artículo 3 considera como tal la unión de dos personas, con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal. Ahora bien, otra cosa es probar su existencia. Para ello caben dos posibilidades: hacer la declaración correspondiente ante el titular del órgano encargado del Registro o ante el Alcalde, concejal o funcionario en quien se delegue o bien mediante el otorgamiento de escritura pública u otro medio de prueba admisible en Derecho. Tras ello, serán objeto de inscripción en el Registro instituido al efecto, de lo que se derivan dos consecuencias inmediatas, la presunción *iuris tantum* de convivencia y el poder disfrutar de los beneficios y derechos previstos para ellas. En consecuencia, interesa que estén inscritas, si bien tanto la declaración de voluntad

¹² Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho. Ver artículos 3, 5 y 6.

como la misma inscripción hacen flaquear la propia naturaleza de la pareja *de hecho*.

Por otro lado, podrán adoptar tanto matrimonios como parejas de hecho heterosexuales y homosexuales.¹³

El matrimonio o la pareja de hecho celebrado o constituida con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge o conviviente la adopción de los hijos de su consorte o pareja; se entiende que éste habrá de someterse al procedimiento ordinario con la declaración de idoneidad incluida, si bien el legislador no ha especificado nada al respecto.

- d) NOVEDAD: Se permite la adopción conjunta incluso en casos de crisis de pareja en los siguientes términos: en caso de que el adoptado se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja de hecho, la separación o divorcio o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta, siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptado con ambos cónyuges o con la pareja de hecho, durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

Quizá con esta previsión, el legislador ha querido equiparar la situación de los hijos adoptivos con los hijos biológicos que pueden verse involucrados en un proceso de ruptura, separación o divorcio que no debería de afectar en la relación con sus progenitores, cuando estos menores ya están integrados satisfactoriamente en la vida familiar (RUIZ-RICO RUIZ-MURÓN, 2016, p. 7-8). A nuestro juicio, siendo esto así, la realidad nos lleva en la mayoría

¹³ Ver artículo 44. 2 Código civil y Disposición adicional 1ª Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Ver también artículo 7.2 del Instrumento de ratificación del Convenio europeo en materia de adopción de menores.

de las ocasiones por otros derroteros y es muy difícil encontrar parejas y matrimonios que lleven adelante su situación de crisis sin ocasionar daños de una u otra índole a sus hijos menores, que deben asumir la separación de sus padres; es por ello, que al menos se puede poner en duda la conveniencia de esta vía de adopción que sólo puede explicarse desde una convivencia previa que haya procurado al menor dos referentes con quienes ha establecido vínculos de similar intensidad, ambos satisfactorios e interrelacionados (BARBER CÁRCAMO, 2017, p. 668) y poner de relieve la trascendencia que adquiere en estos casos la efectividad del principio de protección del menor.

2 PROCEDIMIENTO Y CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

Para iniciar el expediente de adopción es necesaria una propuesta previa de la Entidad pública a favor del o de los adoptantes que haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad.

El procedimiento actual de adopción mantiene dos fases: una primera fase en la que corresponderá a la Administración valorar si los adoptantes son idóneos y en su caso, hacer la propuesta correspondiente al Juez; y una segunda fase, de constitución judicial de la adopción.

2.1 FASE ADMINISTRATIVA: DECLARACIÓN DE IDONEIDAD Y PROPUESTA ADMINISTRATIVA PREVIA

Para que se constituya la adopción por el Juez se requiere propuesta de la Entidad pública formulada por escrito, acompañada de la declaración de idoneidad, en la que se especifiquen las razones de la elección. El de adopción es un procedimiento en el que la Administración juega un papel de control muy importante, al efecto de garantizar como exponía el Preámbulo de la Ley 21/87, la más

adecuada selección de los adoptantes y al mismo tiempo evitar el repugnante tráfico de menores.

A efectos prácticos, la competencia territorial corresponde a los organismos de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales a las que con arreglo a la ley corresponda en el territorio en cuestión la protección de los menores. De hecho, esta etapa, previa a la judicial, se regula a través de la legislación autonómica.

Tras la solicitud de los interesados, esta fase debe iniciarse con la *declaración de idoneidad* de los adoptantes, que a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, supone la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores que se van a adoptar y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.¹⁴ La realiza la entidad protectora de menores de la Comunidad Autónoma, será notificada a los adoptantes y tiene una vigencia de tres años, pasados los cuales es necesario actualizarla.¹⁵

En realidad, el plazo de tres años al que nos referimos en el párrafo anterior lo establece el artículo 10.3 de la Ley de Adopción Internacional que podría aplicarse analógicamente a este supuesto, dado que se admite la posibilidad de solicitar una única declaración de idoneidad, que pudiera servir tanto para la adopción nacional

¹⁴ En este sentido, ya el artículo 10 del Convenio europeo en materia de adopción de menores de 2008, hacía referencia a que la autoridad competente solo podrá declarar una adopción cuando haya llevado a cabo investigaciones adecuadas sobre el adoptante, el menor y su familia. Estas investigaciones se refieren, entre otras posibles, a la personalidad, la salud y el entorno social del adoptante, su vida de familia, la instalación de su hogar, su aptitud para criar al menor; los motivos por los que desea adoptar; la adaptación recíproca del menor y el adoptante; la personalidad, la salud y el entorno social del menor; su ámbito familiar; los orígenes étnicos, religiosos y culturales del adoptante y del menor.

¹⁵ Expone Gómez Bengoechea, 2016, p. 452, que la no idoneidad debe ser motivada e implica la imposibilidad de presentar nuevos ofrecimientos para adoptar durante un tiempo determinado. Se trata de una resolución recurrible ante los tribunales. Ver artículos 778 a 780 LEC.

como para la internacional, con el fin de economizar tiempo y recursos. El Código civil no contempla ningún plazo al respecto, con lo que recurrimos a aquél con carácter subsidiario, entendiendo que al tener la declaración de idoneidad carácter genérico, por no estar referida a un proceso de adopción determinado, no debería admitirse una declaración de idoneidad *sine die* pues las circunstancias que dieron lugar a su formulación positiva pueden haber cambiado. La protección del menor exige, entendemos, su renovación y puesta al día.

Esta declaración de idoneidad debe reunir tres presupuestos: de un lado, una *valoración psicosocial* sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para entender al menor en función de sus singulares circunstancias. De otro lado, debe ser formalizada mediante la correspondiente *resolución administrativa* y por último, debe ser *previa* a la propuesta de adopción.

Todo ello debe llevar a la demostración de la capacidad, aptitud y motivación adecuadas de los adoptantes tanto para ejercer las funciones como progenitores como para, en su caso, asumir las consecuencias previsibles o no, que se deriven de la integración del menor en su familia. Podríamos hablar de una *idoneidad continuada* que debe existir en el momento de la constitución y conservarse para el futuro. En atención a lo anterior, podemos definir los conceptos mencionados del siguiente modo:

- la **CAPACIDAD**: Entendida como el conjunto de condiciones, de cualidades y de aptitudes de los adoptantes que les permitirán el desarrollo correcto y adecuado de las obligaciones derivadas de la patria potestad;
- la **APTITUD**: Considerada como habilidad natural en los adoptantes para adquirir cierto tipo de conocimientos o para

desenvolverse de forma adecuada en su relación con los menores que van a quedar bajo su cuidado y sometidos a su protección;

- la MOTIVACIÓN: Se evalúa el interés, el motivo o la razón que mueve a los adoptantes a establecer este vínculo irrevocable con el adoptado.

En atención a estas circunstancias, el Código civil considera que nunca podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad, tengan suspendido su ejercicio o tengan confiada la guarda de su descendencia a la Entidad pública.

Los candidatos a convertirse en padres adoptivos deben asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad pública o las instituciones de integración familiar que con ella colaboren. Se puede tratar de entrevistas individualizadas o de sesiones grupales en función del número de interesados en esta cuestión.

Se ha de tener en cuenta, por otra parte, que según el artículo 178.4 último párrafo, en la declaración de idoneidad se debe hacer constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían que el menor mantuviese relaciones con su familia de origen, esto es, si su posición sería favorable a una adopción abierta.

A nuestro juicio, la oposición de los adoptantes no debería afectar negativamente a la declaración administrativa de idoneidad, sino tener un valor neutral; siendo en el caso afirmativo, un dato a tener en cuenta por parte de la Administración al efecto de coordinar adecuadamente las posibilidades de adopciones abiertas. No obstante, es cierto que si el interés del menor aconseja el mantenimiento de relaciones con la familia de origen, no podrá ser considerado como adoptante más idóneo quien se haya manifestado en contra de tal

posibilidad.¹⁶

El efecto fundamental de la declaración de idoneidad es manifestar que determinadas personas son aptas para adoptar en abstracto.¹⁷ Ahora será la Entidad pública la que seleccione a quienes considere más adecuados de entre los declarados idóneos a través de una resolución que habrá de remitir al Juez. Es cierto que para los posibles adoptantes se crea una expectativa de adopción pero deben entender que en ningún caso están automáticamente seleccionados para adoptar (DÍEZ GARCÍA, 2013, p. 1.894).

Finalmente, se debe destacar que la Entidad pública podría delegar mediante resolución motivada la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que hayan sido declaradas idóneas y determinadas para su adopción. Es la figura que se conoce como *guarda con fines de adopción*.

Esta figura viene a sustituir al anterior acogimiento preadoptivo configurándose en la actualidad como una etapa del procedimiento de adopción; teniendo los guardadores los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.¹⁸ Durante este periodo se realiza un seguimiento para valorar la adaptación, integración y mantenimiento de las condiciones básicas por las que se les consideró idóneos para la adopción.

¹⁶ Plantea Ruiz-Rico Ruiz-Murón, 2017, p. 589, que no especifica el precepto las consecuencias que tendría el cambio de postura del adoptante en el tiempo que medie entre la declaración de idoneidad y la constitución de la adopción; si bien, considera que el interés del menor probablemente aconsejaría la negativa del Juez a la adopción.

¹⁷ Alberruche Díaz-Flores (2015, p. 2) ve aquí un síntoma más de la intensa administrativización que está sufriendo el Derecho Civil y dentro de él, de manera particular, la materia de protección de menores.

¹⁸ López Azcona, 2016, p. 61 y 62, compara ambas figuras y concluye que no se aprecian importantes divergencias de contenido entre ellas; se trata mas bien de un cambio meramente terminológico y de hecho se hace extensivo a los guardadores con fines de adopción el estatuto de los acogedores familiares.

En este caso, la Entidad pública antes de la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, previa audiencia de los afectados y del menor, si tuviera suficiente madurez y siempre si fuera mayor de doce años. Esta situación se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o removidos de la tutela. Como se expone, el artículo 176 bis del Código civil prevé la delegación de la guarda con carácter previo a la presentación de la propuesta, pero no se encuentra inconveniente para hacerlo al tiempo de la presentación e incluso después, habida cuenta de la existencia de una situación de desamparo y de que se trata de favorecer al menor propiciando para él un ambiente de familia.

Se puede plantear una duda de interpretación en relación al consentimiento que exige el artículo 176 bis del Código civil, pues no se señala expresamente qué es lo que deben consentir los adoptantes, si la guarda o la adopción. A nuestro juicio, el precepto se refiere a la primera pues dada la situación de desamparo en la que se encuentra el menor y teniendo en cuenta que el consentimiento se ha de prestar en presencia del Juez a quien se ha de presentar la propuesta de adopción, se trata de una medida de urgencia que evitará buscar otra familia o que el menor tenga que ingresar en un centro de protección. Dada la premura de la medida es lógico que los futuros adoptantes tengan que dar su consentimiento ante la Entidad pública para la guarda y con posterioridad darlo para la adopción ante la autoridad judicial.¹⁹

¹⁹ López Maza (2016, p. 668), lo ve al contrario. Considera que deben consentir la adopción de ese menor concreto adelantándose el trámite del artículo 177. 1 del Código civil y realizándose ante la Entidad pública, si bien después de nuevo se ratificará ante el Juez. En igual sentido, Callejo Rodríguez (2017, p. 17), a quien sin embargo, llama la atención el hecho, de que a diferencia de lo que ocurre en el acogimiento, no se les exija su consentimiento para la delegación de la guarda.

La propuesta de adopción al Juez tendrá que realizarse en el plazo más breve posible y en todo caso antes de transcurridos tres meses desde que se acuerda la delegación de la guarda con fines de adopción. No obstante, este plazo de tres meses para hacer la propuesta podría prorrogarse hasta un año, si la Entidad pública considera necesario establecer un periodo mayor de adaptación a la familia, siempre pensando en el interés del menor. Es decir, la prórroga de tres meses a un año para favorecer la adaptación conlleva la ampliación del plazo para hacer la propuesta de adopción. Ahora bien, en cuanto al periodo de duración del acogimiento en sí mismo considerado dado su carácter familiar y temporal, entendemos que su duración podría ser hasta de dos años prorrogables con vistas a la adopción (ver artículo 173 bis) 2. b)). En este caso, se debería permitir a los propios guardadores formular la solicitud de adopción de acuerdo con el artículo 176. 2. 3º del Código civil.

En este periodo se producirá la plena participación del menor en la vida de la familia que lo acoge que tendrá que velar por él y cumplir el resto de las obligaciones derivadas de la patria potestad, si bien al no haberse aún constituido la adopción no se produce la integración jurídica en dicha familia. Esta guarda se lleva a cabo con un carácter transitorio y con las miras puestas en la adopción. Se prevé, sin embargo, durante este periodo la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen.

Acabará la guarda preadoptiva cuando el Juez dicte la resolución de adopción aunque también podría considerarlo no procedente en cuyo caso la Entidad pública deberá determinar la medida de protección más adecuada para el menor.

Por último, el artículo 176. 2 señala de manera taxativa y concluyente los casos en los que resulta posible iniciar el expediente de adopción de manera privada, sin ser necesaria la propuesta previa de la Entidad pública, sino haciendo directamente la solicitud el adoptante al Juez. Se trata de los supuestos en los que en el adoptado

se da alguna de las siguientes circunstancias: 1) Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; 2) Ser hijo del cónyuge o pareja de hecho del adoptante; 3) Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o bajo tutela del adoptante; 4) Ser mayor de edad o menor emancipado.²⁰

Incluso para los tres primeros supuestos se prevé expresamente la posibilidad de constituir la adopción aunque el adoptante hubiera fallecido, si se diere alguna de las siguientes situaciones con carácter alternativo, bien que ya hubiera prestado ante el Juez su consentimiento o bien que este hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento. Esta última posibilidad introduce una importante excepción a la prestación del consentimiento en presencia del Juez tal como dispone el artículo 177. 1 del Código civil por lo que debe entenderse en sentido estricto como una singularidad.²¹ En estos casos, el efecto de la resolución judicial se retrotrae a la fecha de prestación del consentimiento. Seguramente se trata de una previsión que se incorpora en atención al interés superior del menor, aunque se ha de reconocer que los efectos del establecimiento del vínculo de filiación serán, en tales hipótesis, de carácter principalmente patrimonial (RUIZ-RICO RUIZ-MURÓN, 2017, p.587).

2.2 FASE JUDICIAL: PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

En la actualidad la regulación del expediente de adopción se recoge en los artículos 33 a 40 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria

²⁰ Aclara López Maza (2016, p. 663), que en estos casos tampoco se procederá a la declaración de idoneidad del adoptante, pues esta se presume por razón del parentesco existente, la existencia de una convivencia previa de ambos y la madurez del adoptado, según el caso. Estas circunstancias hay que alegarlas y acreditarlas.

²¹ López Maza (2016, p. 664), dice que solo cabe la excepción cuando el futuro adoptante esté en peligro de fallecer y una vez que se haya producido la muerte. En caso contrario, debe prestarse ante el Juez.

en base a los cuales se determina la competencia del Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad pública que tenga encomendada la protección del adoptado y en su defecto, el del domicilio del adoptante.²²

La tramitación del expediente de adopción tendrá carácter preferente, con la finalidad de agilizarlo y que ello suponga una protección extra para el adoptado y se practicará con la intervención del Ministerio Fiscal, no siendo necesaria la asistencia ni de abogado ni de procurador. El expediente en cuestión se iniciará con el escrito de propuesta de adopción formulada por la Entidad pública o mediante la solicitud del adoptante cuando esté legitimado para ello; en cualquier caso, a instancia de parte.

En el primer caso, como hemos señalado, previa la declaración de idoneidad del adoptante; en el segundo supuesto, en el que no se requiere la propuesta previa, el ofrecimiento para la adopción se presentará por escrito en el que exprese por una parte, sus condiciones personales, familiares y sociales; los medios de vida con los que cuenta y cuál es su relación con el adoptado; y de otra parte, justifique que concurre alguna de las circunstancias exigidas que le exoneran de tener que llevar a cabo la propuesta administrativa previa.

Por su parte, el artículo 177 del Código civil (actualizado de acuerdo con la LPIA) recoge algunos aspectos sustantivos esenciales determinando quienes habrán de prestar su consentimiento, manifestar su asentimiento o bien ser oídos en audiencia.

²² Se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria que finaliza mediante auto. Si existiera oposición, se convertirá en contencioso y tras citación a los interesados a una vista por el secretario judicial, se tramitará de acuerdo a lo previsto para el juicio verbal. En cualquier caso, según el artículo 4 del Convenio europeo en materia de adopción, la autoridad competente solo constituirá la adopción cuando tenga la convicción de que esta satisface el interés superior del menor, dando especial importancia a que se le proporcione un hogar estable y armonioso.

Así, habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años sin tener que estar asistido por ningún representante legal. Esto es, se reserva exclusivamente esta manifestación de voluntad para las personas entre las cuales se va a constituir el vínculo jurídico de filiación adoptiva. Se trata por tanto, de un requisito constitutivo de la adopción y que por ello afecta a su propia existencia. Es previo a que el Juez tome su decisión y además tiene carácter personalísimo.

Por su parte, habrán de asentir a la adopción, admitiendo que este vínculo que se va a crear es lo más conveniente, de un lado, el cónyuge o pareja de hecho del adoptante salvo que medie separación o divorcio o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en el caso ya expuesto de que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta. Es evidente que la adopción va a afectarles tanto a nivel personal como patrimonial y con este asentimiento se trata de asegurar una atmósfera apropiada para la incorporación del menor a la vida de la familia, lo que podría no verificarse en caso de que existiera oposición.

De otro lado y de igual modo, los progenitores biológicos del adoptado que no se halle emancipado, a no ser que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación; no requiriéndose tampoco si estuvieren imposibilitados para prestarlo. En este caso, su participación es necesaria pues la adopción provocará la extinción del vínculo con el hijo y la consiguiente pérdida de la patria potestad y desaparición de las obligaciones inherentes a la misma. Como importante limitación, este mismo precepto *in fine* determina que en las adopciones que requieran propuesta previa, que son casi todas, lo que se asiente es el hecho de la adopción y que por tanto el asentimiento de los progenitores no podrá referirse a adoptantes concretos. Los adoptantes no se eligen.

Como novedad, tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores suspendidos de la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de desamparo, sin oposición a la misma, o cuando hubiera sido desestimada.

Por último, se ha de destacar que el asentimiento de la madre biológica no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto, en lugar de los treinta días previstos en la normativa anterior.²³ Se trata de asegurarle un periodo de tiempo prudente que le permita la recuperación y reflexión sobre el asentimiento.

Con carácter general, tanto los consentimientos como los asentimientos deben otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias.²⁴

Para el caso de que la adopción se constituyese *post mortem*, tras el fallecimiento del adoptante, se flexibiliza este aspecto en el sentido de admitir la validez del consentimiento que el adoptante ya hubiera prestado ante el Juez o si hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento. Por su parte, los asentimientos podrán emitirse tanto ante el Juez durante la tramitación del expediente como con carácter previo a la iniciación del mismo ante la correspondiente Entidad pública o en documento público, lo que se sujeta a un periodo de caducidad de seis meses, transcurridos los cuales habrán de comparecer de nuevo en presencia del Juez (ver artículos 176.4 del Código civil y 37.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria).

²³ El artículo 5.5 del Convenio europeo también contempla este plazo de seis semanas, pero para prestar el *consentimiento*, no el asentimiento.

²⁴ El artículo 5.2 del Convenio europeo dice que las personas cuyo consentimiento se requiere deberán proveerse del asesoramiento necesario y estar debidamente informadas acerca de sus consecuencias, en especial en lo referente al mantenimiento o ruptura de los vínculos legales entre el menor y su familia de origen.

Por último, y al margen de los consentimientos y asentimientos, existe un importante y obligatorio trámite de audiencia, como ocasión que se ofrece a los interesados de realizar alegaciones que informen e iluminen la decisión del Juez sin que dichas argumentaciones sean vinculantes para el mismo; así, se ofrece esta oportunidad a los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad cuando su asentimiento no fuera necesario;²⁵ al tutor y en su caso, la familia acogedora y el guardador o guardadores; y al adoptado menor de doce años en atención a su edad y madurez.²⁶

Tras todo lo anterior, la adopción se constituirá mediante resolución judicial en forma de auto que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Dicho auto debe acceder al Registro Civil e inscribirse al margen del nacimiento del hijo adoptivo, produciendo a partir de entonces el cierre registral respecto de terceros, quienes a través del mismo no deberían poder conocer la existencia de la adopción. La publicidad de estos datos queda restringida, siendo sólo accesible a los adoptantes y al adoptado mayor de edad y en su caso, a terceros que justifiquen un interés legítimo y obtengan una autorización especial.²⁷ Contra dicho auto se puede interponer recurso

²⁵ Ver artículos 177. 2.2 y 177. 3.1 del Código civil. En concreto: 1. Cuando el adoptado sea mayor de edad o menor emancipado. 2. Cuando los progenitores estén incurso en causa de privación de la patria potestad, pero aún no hayan sido privados de la misma. 3. Cuando hayan quedado suspendidos de la patria potestad como consecuencia de la asunción por la Administración de la tutela automática y no hayan impugnado la declaración de desamparo en el plazo de dos años o lo hayan hecho sin éxito.

²⁶ Estoy de acuerdo con López Azcona, 2016, p. 68, quien considera que se debería haber mantenido la audiencia de la Entidad pública a fin de valorar la idoneidad de los adoptantes cuando no sea necesaria su propuesta previa, tal y como establecía el antiguo 177.3.4º, sobre todo si se atiende a la intensa *administrativización* que inspira la reforma.

²⁷ Explica Anguita Ríos (2016, p. 11), que si los adoptantes lo solicitan cabe la cancelación formal de la inscripción originaria de nacimiento, practicando un nuevo asiento, siendo la adopción objeto de una inscripción principal de nacimiento. De este modo, se evita la superposición de filiaciones, y no aparece

de apelación que de nuevo tiene carácter preferente, atendiendo al interés superior del menor, y que no produce efectos suspensivos.

3 EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

La adopción es irrevocable, lo cual es perfectamente lógico dada la trascendencia de sus efectos y el cambio de integración familiar que supone, de modo que no puede quedar al capricho o cambio de ánimo de los sujetos en ella implicados, y en particular de los adoptantes (LASARTE ÁLVAREZ, 2016, p. 334). Y ello es así, porque es efecto fundamental de la adopción la equiparación de las filiaciones, como establece el artículo 108 del Código civil; de modo que la filiación adoptiva produce los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, matrimonial y no matrimonial, no sólo entre adoptantes y adoptado sino también entre éste y el resto de la familia de aquéllos.

De este primer efecto de integración en la familia de adopción se deduce que los progenitores tendrán la patria potestad respecto del menor lo que conlleva a su vez la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo, procurarle una formación integral, representarle y administrar sus bienes. Le transmitirán sus apellidos siguiendo las reglas existentes al respecto; regirá para ellos, en su caso, la obligación legal de alimentos entre parientes; y por supuesto, tendrá los derechos sucesorios que le correspondan ya sea como legitimario, ya sea como heredero abintestato, dado el principio de igualdad de todos los hijos ante la ley con independencia del origen de su filiación. A ello se añadirá en caso de ser extranjero, la adquisición de la nacionalidad española de origen y la obtención

rastro alguno de la filiación adoptiva. Sólo se incluyen los datos registrales de la inscripción anterior (libro, folio, página), sin mencionar el hecho de la adopción. De Lorenzi (2016, p. 112), entiende que la Resolución Circular de la DGRN de 31 de octubre de 2005, en materia de adopciones internacionales debería considerarse nula por ser contraria a normas de rango superior.

de la vecindad civil de los adoptantes.

En coherencia con este planteamiento, el Código civil declara la extinción de los vínculos entre el adoptado y su familia biológica excepto en lo relativo a los impedimentos matrimoniales que se mantienen vigentes. No obstante ello, esta regla general tiene dos importantes excepciones: por un lado, que el adoptado sea hijo del cónyuge o pareja de hecho del adoptante y por otro lado, que sólo uno de los progenitores esté legalmente determinado y este efecto sea solicitado por el adoptante, el adoptado y el progenitor cuyo vínculo se quiere mantener.

Sin embargo, la principal novedad en esta materia reside en la introducción en nuestro Ordenamiento jurídico de la conocida como *adopción abierta*.²⁸ Se trata de una situación excepcional importada del derecho anglosajón que consiste en la posibilidad de mantener relación o contacto con algún miembro de la familia de origen a través de visitas o de comunicaciones, a pesar de la extinción de los vínculos de parentesco.

Según el propio preámbulo de la ley se intenta con ello flexibilizar la adopción sobre todo de menores adolescentes, que presenta mayores complicaciones, al objeto de hacer un tránsito más suave que facilite la *pérdida* a la familia de origen y que permita que el menor se beneficie de una vida más estable en su familia

²⁸ Artículo 178.4 LPJA. Se da en países tales como Estados Unidos, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. Se pueden considerar como antecedentes en España, el artículo 235.47.4 del Código civil de Cataluña según el cual: “la autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la Entidad pública competente o del Ministerio Fiscal puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen en los casos del artículo 235.44.4 o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor” y el artículo 74.1 de la Ley 3/2011, de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia en Galicia que dispone: “Las personas menores de edad tendrán derecho a conservar los vínculos afectivos con sus hermanos y a tal fin la Administración procurará que todos ellos sean acogidos o adoptados por una misma persona o familia y en caso de separación, tratará de facilitar la relación entre ellos”.

de adopción manteniendo los vínculos con la anterior, en especial con sus hermanos.²⁹ Se está pensando probablemente en los casos de menores que no han perdido el contacto con sus familiares de origen durante la etapa precedente a la adopción, pues la ruptura tajante de estos contactos, no sólo perjudicaría al menor sino que podría dificultar la adopción misma al provocar el rechazo por parte de los familiares (así lo explica RUIZ-RICO RUIZ-MURÓN, 2017, p. 589).³⁰ En cualquier caso, es importante destacar que si bien se mantienen los vínculos afectivos, la regla general de extinción de los vínculos jurídicos se mantiene.

En él se explica también que existen, en general, dos vías de constitución. Una de ellas, a través del acuerdo privado entre las partes con supervisión y apoyo de las Entidades públicas y otra, que es la que sigue nuestro modelo, que debe ser confirmada por el Juez a quien corresponderá, en su caso, decidir también sobre su posible modificación o finalización.

A ella se refiere el artículo 178.4 del Código civil del que pueden extraerse las siguientes ideas que consideramos de gran interés:

- a) se apela de nuevo al principio de interés superior del menor (PÉREZ GIMÉNEZ, 2013, p. 72-75) para su establecimiento. Interés del menor que deben valorar tanto la Entidad pública para proponérselo al Juez como éste para determinarla;
- b) la adopción abierta la propondrán la Entidad pública o el Ministerio Fiscal;

²⁹ Si la relación se va a mantener con hermanos biológicos y estos son menores de edad y están adoptados por otra familia, se requiere que se encuentren también en régimen de adopción abierta.

³⁰ Considera Callejo Rodríguez (2017, p. 21), que el aumento de la edad de los menores que se encuentran a la espera de ser adoptados incide en el interés del legislador para encontrar fórmulas que faciliten su adopción. Esto ha llevado a introducir la adopción abierta en nuestro Código civil.

- c) en la declaración de idoneidad se debe reflejar si quienes se ofrecen a la adopción están dispuestos a este tipo de adopción;
- d) se requiere el consentimiento de la familia adoptiva³¹ y del adoptado mayor de doce años. Si no alcanzara esta edad, será oído siempre que su madurez lo aconseje;
- e) el Juez será quien al constituir la adopción lo haga con el carácter de abierta, determinando su periodicidad, duración y condiciones;
- f) la Entidad pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las comunicaciones y visitas, haciendo las pertinentes propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años;
- g) el Juez puede solicitar nuevos informes sobre la marcha de la relación si pasados los dos años iniciales lo considera necesario;
- h) están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de la adopción abierta la Entidad pública, la familia adoptiva, la familia de origen³² y el menor con más de 12 años o menor de esta edad pero con suficiente madurez;
- i) el Juez acordará también su modificación o extinción.

A nuestro juicio, el legislador es algo confuso en su redacción y no se expresa con la claridad que sería deseable para una figura de nuevo ingreso en nuestro Ordenamiento jurídico. En concreto, entendemos que existe ambigüedad en algunos aspectos, así por ejemplo no queda rotundamente claro, si la competencia que tiene

³¹ Entendemos que se refiere al o a los progenitores adoptivos. Es muy dudosa la redacción del artículo que no aclara bien si siendo menor de doce años debe prestar su consentimiento en función de su madurez o sólo debe ser oído.

³² Entendemos que en concreto aquéllas personas a quienes se hubiera autorizado para la comunicación y visitas. El concepto que se utiliza *los miembros de la familia de origen que se considere* es demasiado indefinido.

el Juez le viene dada de oficio o a instancia de parte aunque nos inclinamos más por esta segunda posibilidad; y tampoco vemos clara la equiparación de determinados conceptos como modificación-suspensión, y finalización-supresión (los estudia LÓPEZ AZCONA, 2016, p. 73).

Sea como fuere, consideramos que establecer una adopción abierta requiere un alto grado de consenso, previo conocimiento del alcance de la misma y de generosidad por parte de todos. Entendemos que se hará por el bien del menor, para proteger sus intereses y para favorecer su adaptación, pero apreciamos que mantener el equilibrio no debe ser fácil y que tanto los padres adoptivos como los familiares de origen, que vayan a mantener estos contactos, deben ser plenamente conscientes del triángulo que se crea pues realmente la relación no se va a mantener de manera aséptica entre el menor adoptado y los familiares de origen de que se trate, sino que de alguna manera afecta también a los padres de adopción.³³

Ahora bien, si lo que busca en el caso concreto son adopciones cooperativas, abiertas a la comunicación y a la colaboración entre la familia adoptiva y la biológica porque existen condiciones estables que lo aconsejen y no se fuerzan situaciones de difícil convivencia ni se fuerza a personas a crear o mantener vínculos fácticos, sería una buena opción, manifestada desde el inicio en el expediente de idoneidad (ANGUITA RÍOS, 2016, p. 16).

A nuestro juicio, la labor que debe desarrollar la Entidad pública es importantísima en este tipo de adopción, no sólo a la hora de valorar las circunstancias que la aconsejen para hacer la propuesta al Juez; sino también después a la hora de supervisarla, valorar su desarrollo y al tiempo de hacer las correspondientes proposiciones de modificación, mantenimiento o extinción, en su caso. La tarea

³³ El propio artículo 178. 4 dice que podrá acordarse 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*.

del Juez, por supuesto, es crucial también pues finalmente es quien haciéndose eco del superior interés del menor, la constituye.

Por otra parte, y aunque la adopción sea irrevocable, el artículo 180. 5 y 6 del Código civil³⁴ introduce el *derecho a conocer la propia identidad biológica*, el origen biológico de la persona adoptada. El fundamento de este derecho se halla en la conciencia social actual sobre la importancia que para la construcción de la identidad tiene el conocimiento de la propia familia, así como las primeras circunstancias sociales (BARBER CÁRCAMO, 2017, p. 750). Por esta razón, a los adoptados se les reconoce, una vez que alcanzan la mayoría de edad, o antes a través de sus representantes legales el derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos.³⁵

Se trata como dice el profesor Lasarte de una cuestión sumamente compleja, delicada y vidriosa que hace difícil tomar una posición decidida a favor o en contra de la misma, pues a pesar de lo que pueda mostrar de favorable, seguramente la búsqueda de orígenes biológicos genere mayores problemas que ventajas, de índole psicológica, de desarraigo familiar y social; sin olvidar

³⁴ Introducido por la Ley 54/2007, de adopción internacional y modificado por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Ver también artículo 30 del Convenio de la Haya de 1993.

³⁵ De Lorenzi (2016, p. 112), dice que en el Derecho civil español hay cuatro reglas que reafirman este derecho y una que la vulnera. En el primer sentido, caben citar la constancia registral del nombre de la progenitora como punto de partida para el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado y la prohibición del parto anónimo; la consagración de los deberes de la Administración de reunir y conservar la información así como de prestarla al serle requerida, y de los padres de comunicarla al hijo; el reconocimiento de una acción por la que encauzar la pretensión de conocer los orígenes biológicos y el mantenimiento de alguna forma de relación con los miembros de la familia de origen como paliativo de los efectos de la disposición legal que dispone entre ellos la ruptura de los vínculos jurídicos. Por el contrario, la regla que contrasta con este panorama legislativo, es la que permite a los adoptantes solicitar que se extienda una nueva inscripción del nacimiento durante la minoría de edad del adoptado en la que sólo consten los datos relativos a la adopción sin mención alguna a la filiación biológica anterior salvo los datos registrales de la inscripción de esta última (número de libro, folio y página) que queda formalmente cancelada en la casilla de observaciones.

que confluyen y colisionan el derecho del hijo al conocimiento de su origen y el derecho del o de los progenitores a la protección de su intimidad personal y familiar (LASARTE ÁLVAREZ, 2016, p. 338).³⁶

En cualquier caso, para hacer efectivo este derecho, el adoptado deberá acudir en primer lugar al Registro civil ya que la adopción se inscribe al margen de la inscripción de nacimiento, reflejando todos sus datos y los relativos a su filiación por naturaleza. Si no encontrara en él la información que busca y para reforzar este derecho, se impone a las Entidades públicas una doble obligación: de un lado, asesorar y prestar a través de sus servicios especializados la ayuda que se precise; de otro lado, asegurar la conservación de la información de que se disponga relativa al menor, en concreto sobre la identidad de sus progenitores y la historia médica del menor y de su familia durante un periodo de cincuenta años³⁷ desde el momento en que ésta se haya hecho definitiva.³⁸

Para que esto sea factible, cualquier entidad pública o privada tendrá obligación a su vez de facilitar a la Entidad pública o

³⁶ Menciona también el artículo 235 del Código civil de Cataluña que establece la obligación para los padres de comunicar a su hijo que es adoptado tan pronto como tenga suficiente madurez y en todo caso antes de los doce años, salvo que esta información fuera contraria al principio de interés del menor. Para García Villaluenga y Linacero de la Fuente (2006, p. 69 y 109 y ss.), se configura como un derecho de la personalidad. Ante la posible pugna frente al derecho a la intimidad de los progenitores biológicos, lo consideran prioritario y entienden que no se podría negar información a la persona que la solicite. Eso sí, con la necesaria reserva de actuaciones y respeto de los derechos legítimos de terceros. En el mismo sentido, Anguita Ríos (2016, p. 6). De Lorenzi (2016, p. 104), lo considera como un derecho humano, fundamental y autónomo.

³⁷ En el mismo sentido el artículo 22. 5 del Convenio europeo en materia de adopción de menores.

³⁸ Aclara López Maza (2016, p. 697), que la adopción se hará definitiva a partir del momento en que los padres biológicos ya no puedan solicitar su extinción conforme al artículo 180.2 del Código civil, es decir dos años desde la constitución, por lo tanto la obligación de conservar los datos durará cincuenta y dos años desde que la adopción se constituye.

al Ministerio Fiscal los informes y antecedentes necesarios sobre el menor cuando le fueran requeridos. Si estos se negaran a prestar la información, se les podría requerir por vía judicial.

De todas formas, es importante destacar que este derecho está limitado al acceso a información sobre los orígenes biológicos, pero en ningún caso legitima al adoptado al ejercicio de acciones de reclamación de la filiación, invocando su derecho a la verdad biológica (UREÑA MARTÍNEZ, 2015, p. 148). Tiene pues una eficacia meramente declarativa y va referido en exclusiva al adoptado y no a sus descendientes. Por tanto, no se podrá utilizar dicha información para otros usos distintos del señalado, so pena de incurrir en una vulneración del derecho a la protección de datos personales (LÓPEZ MAZA, 2016, p. 697).³⁹ Sin olvidar, por otra parte, que en los supuestos de adopción internacional es posible que la legislación de los países de procedencia impida el acceso a los datos de identidad en determinados supuestos, con lo que quedará limitada a lo reflejado en los expedientes de la Entidad pública y organismos acreditados que intervengan.

4 EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN

El Juez acordará la extinción de la adopción según el artículo 180 del Código civil a petición de cualquiera de los progenitores que sin culpa por su parte no hayan intervenido en el expediente con su asentimiento o audiencia según el caso. Para ello, la demanda debe haberse interpuesto en el plazo de los dos años siguientes a la adopción y siempre que dicha extinción no perjudique gravemente al menor. Si el adoptado fuera mayor es necesario su consentimiento expreso.

³⁹ El artículo 13 de la Ley de Adopción Internacional se remite expresamente a la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en cuanto al tratamiento y cesión de los datos e información obtenidos de acuerdo con el artículo 180 del Código civil.

De este precepto se deduce que dado el carácter irrevocable que tiene la adopción, la única circunstancia que permitiría extinguirla es que los padres biológicos del menor no hubieran podido intervenir en el expediente por causa que no les fuera imputable. De algún modo, se ampara a los padres por naturaleza. Ellos serán quienes estarán legitimados activamente para interponer la demanda frente a los padres adoptivos,⁴⁰ ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de éstos, sustanciándose las actuaciones judiciales por los trámites del juicio ordinario que corresponda, siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal. Ahora bien, para que esta acción de extinción de la adopción prospere se deben dar los siguientes requisitos:

en primer lugar, los padres deben interponer la acción de nulidad en el plazo de los dos años siguientes al momento de constitución de la adopción por resolución firme del Juez. Se trata de un plazo de caducidad;

- en segundo lugar, tienen que acreditar que si no comparecieron en el expediente de adopción fue por causas ajenas a los mismos, sin su culpa;
- por último y a nuestro juicio de máxima importancia, la extinción que se pide no debe perjudicar gravemente al menor. Se trata de aplicar desde otro punto de vista el principio de protección del menor. Durante el procedimiento de constitución de la adopción se tuvo en cuenta para llevarla a cabo y ahora de nuevo se somete a juicio para dejarla sin efecto. Es el Juez quien tiene en última instancia esta enorme responsabilidad y quien tendrá que decidir si la extinción provoca o no esos graves perjuicios. Es fundamental el papel de la autoridad judicial en esta valoración pues se plantean

⁴⁰ Según Gesto Alonso (2013, p. 1) si la adopción se ha constituido a propuesta de la Entidad pública, también debería dirigirse la demanda frente a ella, o cuando menos, tendrá la posibilidad de solicitar su entrada en el proceso como tercero interviniente, pues resulta obvio su interés en el resultado del pleito.

problemas humanos de gran contenido ético y moral y no precisamente desprovistos de conflictos emocionales. El eje inspirador para el Juez debe ser el velar de modo decidido por los intereses de los menores, ponderando las circunstancias específicas de cada caso concreto para alcanzar la solución más razonable, justa y equitativa.

Si se cumplen todos estos presupuestos, el Juez decidirá mediante sentencia la extinción de la adopción. En caso contrario, desestimaré la demanda manteniendo su vigencia. Para el primer caso, desaparecida la adopción constituida se pierden los vínculos jurídicos existentes con la familia de adopción, se pierden los apellidos, el derecho de alimentos y los derechos sucesorios. En contrapartida, todo ello se recupera en relación a la familia biológica. No obstante, se mantienen subsistentes la nacionalidad y vecindad civil adquiridas y la extinción no afectará a los efectos patrimoniales producidos mientras la adopción estuvo vigente.

Frente a la sentencia dictada por el Juez se puede interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y a su vez frente a ella cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

En otro orden de ideas, al margen de la extinción se podría pensar en la viabilidad de la acción de nulidad de la adopción bien por haberse constituido contraviniendo normas de carácter imperativo o bien por infracción de normas procesales (lo estudia con gran detalle GESTO ALONSO, 2013, p. 10-18). Se trata de un tema complejo dada la naturaleza mixta del acto constitutivo de la adopción y si bien la doctrina es unánime en considerar que la infracción de normas imperativas acarrearán la nulidad de la adopción, existe desacuerdo acerca de cuál ha de ser el procedimiento para instarla y las causas concretas que pueden fundarla (BARBER CÁRCAMO, 2017, p. 748). Por poner algún ejemplo de las primeras, por estar más relacionado con el objeto de nuestro estudio, podríamos hacer

referencia al incumplimiento de los requisitos de edad, prescindir del consentimiento de adoptantes o adoptado, el asentimiento de la madre sin respetar el plazo de seis semanas actualmente impuesto, no respetar las prohibiciones para adoptar que reflejamos al inicio del estudio, vicios de la voluntad, omisión de trámites, defectuoso cumplimiento de los mismos, etc.

5 CONCLUSIÓN FINAL

El estudio realizado de la adopción en España nos lleva a concluir que a pesar de la importante administrativización a la que se tiende tras las nuevas reformas legislativas acontecidas, no es menos cierto que el papel que en el desarrollo y control de la misma juega la autoridad judicial sigue vigente y es de vital importancia. Pongamos algún ejemplo.

Así, en relación a la valoración de la idoneidad, que como se ha expuesto tiene carácter genérico, pues en principio no va vinculada a un adoptado determinado, lo que es lógico en atención a que su concreción se producirá con posterioridad. Ello no es un impedimento para que después el Juez pueda valorarla de nuevo referida a un adoptado concreto teniendo en cuenta por supuesto, el interés prevalente del mismo; siendo él quien va a aprobar o denegar esa adopción a pesar de que la competencia, a priori, la tenga la Entidad pública; de modo que aún cuando para ésta la idoneidad se reúna, la última palabra la tiene la autoridad judicial quien hará el control pertinente en el proceso concreto. En conclusión, aunque sea la Entidad pública la encargada de valorar la idoneidad de los adoptantes, ello no impide que posteriormente el Juez vuelva a controlarla. Tiene pues, la última palabra.

Para llevar a cabo la adopción deben darse los consentimientos señalados; en caso contrario, no puede constituirse. Sin embargo, el Juez no queda vinculado por ellos, pudiendo denegar la adopción si

resultare más conveniente para el interés del menor, pudiendo además practicar cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción se hace con esa intención. Ello quiere decir que la acumulación de todos los trámites estudiados no vincula al Juez y que por ello, podrá negar fundadamente la constitución de la adopción tras el enjuiciamiento de las circunstancias concretas. De igual modo, y en caso afirmativo el expediente de adopción termina con auto que tiene efectos constitutivos de la adopción. Quien la constituye es, por tanto, el Juez. No es una resolución administrativa sino judicial. Tiene pues, la última palabra.

En relación a la adopción abierta tampoco resulta vinculado por la propuesta ni en relación a los familiares con los que se podría mantener la relación y el contacto, sino que la acordará o no, según considere más conveniente para el interés del menor. No se trata, como en otros Ordenamientos jurídicos, de un acuerdo privado entre las partes, supervisado y apoyado por las Entidades públicas, sino que debe existir la correspondiente confirmación judicial. La adopción abierta no es la regla general sino una situación excepcional que previa propuesta de la Entidad pública o del Ministerio Fiscal, podrá decidir el Juez si entiende que se producen las circunstancias determinadas por el legislador. De igual modo, será competente para decidir sobre el mantenimiento de las relaciones entre familiares, en su caso; así como su periodicidad y condiciones. Tiene pues, la última palabra.

En caso de extinción de la adopción es requisito que esta no perjudique gravemente al menor. Y en esta materia, de nuevo, el Juez tiene un importante margen de libertad a la hora de tomar esta decisión, que queda a su prudente arbitrio. Tiene pues, la última palabra.

En definitiva, observamos que la administrativización en última instancia supone descargar funciones atribuidas al Juez en las Entidades públicas. A nuestro juicio es positivo que se alivie el peso

de la autoridad judicial en aquellas actividades que se puedan llevar a cabo desde las Entidades públicas, y por ello entendemos que debe existir una perfecta coordinación entre ambos, si bien consideramos que es un acierto que en materia tan sensible como es la protección de los menores se opte por una supervisión que otorgue mayores garantías a través del control judicial, y que sea el Juez quien en aras de la protección del menor, tenga la última palabra.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes. Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en materia de adopción. **La Ley Digital 360**, A Coruña, La Ley, n. 7, p. 1-10, 2015.

ANGUITA RÍOS, Rosa María. La adopción abierta: un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado. En: **Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil**, Pamplona, Ed. Aranzadi, n. 11, p. 1-21, 2016.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. La filiación adoptiva. En: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; CUENA CASAS, Matilde. (Dir.). **Tratado de derecho de familia: Las relaciones paternofiliales v. V.** Pamplona: Aranzadi, 2017. p. 619-753.

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, “Cuestiones controvertidas en las nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia. En: **Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil**, Pamplona, Ed. Aranzadi, n. 6, p. 1-30, 2017.

DE LORENZI, Mariana. El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿una materia pendiente? En: **Revista de Derecho, Empresa y Sociedad**, Madrid, Dykinson, n. 8, p. 101-124, Enero-Julio, 2016.

DÍEZ GARCÍA, Helena. Comentario artículos 175 a 180.
En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. (Dir.).
Comentarios al código civil. t. II. Valencia: Tirant Lo Blanch,
2013. p. 1.884-1.953.

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia; LINACERO DE LA FUENTE, María et al. **El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006. Colección *Observatorio de la Infancia*, 1.

GESTO ALONSO, Blanca. **El procedimiento de adopción**. Navarra: Aranzadi, 2013.

GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. El sistema de protección de menores en España. En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (Coord.). **Tratado del menor**: la protección jurídica a la infancia y la adolescencia. Pamplona: Aranzadi, 2016. p. 435-462.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. **Principios de derecho civil: derecho de familia**. t. VI. Madrid: Marcial Pons, 2016.

LÓPEZ AZCONA, Aurora. Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. En: **Boletín del Ministerio de Justicia**, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia del Gobierno de España, año LXX, n. 20.185, p. 89 y ss., 2016.

LÓPEZ MAZA, Sebastián. Artículos 175 a 180 del código civil. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.). **Las modificaciones del código civil del año 2015**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016. p. 647-698.

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa. Violencia en el ámbito familiar: menores y crisis matrimonial. En: VERDERA IZQUIERDO, B.

(Coord.). **El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar.** Madrid: Dykinson, 2013. p. 55-84.

RUIZ-RICO RICO-MURÓN, Julia. Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. En: **Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil**, Pamplona, Ed. Aranzadi, n. 3, p. 1-10, 2016.

RUIZ-RICO RICO-MURÓN, Julia. **Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia: guía práctica de las crisis matrimoniales.** Pamplona: Aranzadi, 2017. p. 569 a 595.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena. Novedades más significativas en el código civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En: **Revista CESCO de Derecho de Consumo**, Toledo, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, n. 15, p. 145-148, 2015.

Recebido em: 26-2-2022

Aprovado em: 9-6-2022