

La nueva regulación de la adopción en España: en interés superior del menor*

The new regulation of adoption in Spain: in the best interest of the child

por

SALOMÉ ADROHER BIOSCA

Profesora propia ordinaria

Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas

RESUMEN: El año 2015 entraron en vigor varias leyes que han supuesto una modificación en profundidad del sistema de protección de menores en España en general y de la adopción en particular: las dos leyes de infancia y adolescencia¹ junto con otras tres normas que contienen disposiciones en la materia².

El objeto de este trabajo es analizar la nueva regulación de la adopción, fruto estas reformas, desde la perspectiva del interés superior del niño, que ha sido el motor de las mismas. Se expondrán los principios inspiradores en la materia, para analizar a continuación sus líneas fundamentales en relación a los tres protagonistas del triángulo adoptivo (el adoptado, la familia de origen y la familia de adopción), para terminar con las principales novedades relativas a la adopción internacional³.

La garantía de los derechos a la infancia en España, y singularmente del derecho a vivir en familia, es uno de los grandes desafíos jurídicos y sociales del siglo XXI. El descenso mundial de la adopción internacional, junto con los

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación del Plan nacional I+D+I: *Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores*. DER2016-75342-R (I.P: María Victoria MAYOR). 2016-8.

serios interrogantes que la maternidad subrogada plantea⁴, hacen que la adopción y el acogimiento familiar nacionales vuelvan al primer plano como una alternativa de formación de familias, pero sobre todo como el mejor modo de cuidado familiar para los 13.000 menores que viven en residencias en España.

ABSTRACT: Different legal reforms that took place in Spain during 2015, had, as one of its main objectives, the recognition of the best interest of the child in the protection system and particularly in the adoption regulations.

This article analyzes the new framework, starting with the general principles, to follow with the new status of the three protagonists of the adoptive triangle: the child, the biological family and the adoptive family. Some considerations will be done, finally, concerning intercountry adoption.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del niño. Adopción.

KEY WORDS: *Best interest of the child. Adoption.*

SUMARIO: I. PRINCIPIOS.—II. EL ADOPTADO.—III. LA FAMILIA DE ORIGEN: 1. FAMILIAS QUE DESAMPARAN. 2. FAMILIAS QUE RENUNCIAN.—IV. LA FAMILIA DE ADOPCIÓN: 1. SELECCIÓN DE LOS ADOPTANTES. 2. EL PROCESO DE ADOPCIÓN: A) *Fase administrativa.* B) *Fase judicial.*—V. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: 1. CUESTIONES GENERALES. 2. NUEVO MARCO COMPETENCIAL. 3. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—VI. CONCLUSIONES.

I. PRINCIPIOS

Los principios relativos al Derecho español de adopción, se encuentran hoy explicitados en diversos preceptos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) y del Código Civil (CC) modificados en 2015; la principal idea que se recoge en ellos es que el interés superior al que se debe atender es el de los menores por encima de otros, pero que la familia es el mejor recurso de protección de los mismos.

El primer precepto relevante es el artículo 2 de la LOPJM en el que, de acuerdo con la Recomendación General núm. 14 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, define el interés superior del menor, por vez primera en el ordenamiento jurídico español desde un contenido triple. Por una parte, como derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a

la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor así como su desarrollo integral. Este artículo 2 ha pasado, en la reforma de 2015, de tener carácter ordinario a ser orgánico, reforzando de esta manera el derecho fundamental de los menores a que su interés superior tenga una consideración primordial⁵. Esta fue en 2010 una de las recomendaciones del Senado⁶ y del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas⁷. En este precepto, se recogen varias disposiciones directamente aplicables a las medidas de protección de menores, y singularmente a la adopción⁸ y se constituye como el eje vertebrador de todo el sistema: en las últimas décadas se ha pasado de tener como principal referencia el interés de los padres adoptantes, a la búsqueda del beneficio del hijo adoptado como objetivo primordial de la institución⁹.

En segundo lugar, y también con carácter orgánico, el artículo 9 de la LOPJM ahora regula el derecho del menor a ser oído y *escuchado*¹⁰ cuestión esta de especial relevancia tanto en el procedimiento judicial de la adopción, como en el procedimiento administrativo previo¹¹.

En tercer lugar, en el artículo 11 de la LOPJM se establecen una serie de principios rectores para las Administraciones Públicas¹², y en el 12 se recoge la filosofía del sistema de protección inspirada claramente en los principios reflejados en diversos documentos del Servicio Social Internacional¹³.

Finalmente, es oportuno mencionar otros preceptos modificados en 2015 que completan este cuadro de los nuevos principios del derecho de filiación adoptiva. Así, la nueva concepción de la patria potestad como responsabilidad parental y como función (arts. 154, 9.4 del Código Civil...), o el cambio de paradigma en la regulación del derecho a relacionarse entre hijos y padres regulado en el artículo 160 del Código Civil¹⁴.

II. EL ADOPTADO

Diversas disposiciones modificadas relativas al adoptado, tienen como elemento común el reconocimiento del derecho a su doble identidad familiar, y en ocasiones también «nacional». Por ello, se refuerza la regulación de la búsqueda de orígenes, se regula *ex novo* la adopción abierta, y, en el caso de adopción internacional, se reconoce la posibilidad de una doble nacionalidad.

La búsqueda de orígenes de los adoptados, como parte del derecho fundamental a la identidad filial¹⁵, estaba ya prevista en el artículo 180 del Código Civil, pero ha sido regulada de una forma más completa, concretando el tipo

de información que las Entidades públicas deben custodiar y el tiempo que debe conservarse, cumpliendo así con lo previsto en el CEA¹⁶; por otra parte se ha establecido la obligación de las entidades públicas o privadas que hayan tenido relación con el adoptado y puedan tener información relevante sobre él, a colaborar con las entidades públicas en este ámbito¹⁷. Esta reforma entró en vigor justamente en la década en la que algunos casos de niños robados durante el franquismo salían a la luz pública y se organizaban en asociaciones que presentaban demandas al respecto. Ya se ha producido alguna resolución sobre el particular¹⁸.

En segundo lugar, se regula por vez primera en Derecho español común la adopción abierta en el artículo 178.4 del Código Civil¹⁹ si bien no ha supuesto una novedad total en España: ya se contemplaba en el Código Civil de Cataluña²⁰ (art. 235-47-4) y en la Ley 3/2011 de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia (art. 74.1, si bien en este caso solamente en relación a los hermanos), y un año antes de su introducción en el ordenamiento jurídico estatal, había llegado, al menos, un caso de solicitud de reconocimiento de una adopción abierta realizada en EEUU y la DGRN señaló que esta institución no era «extraña» al Derecho español²¹. Como se ha afirmado²² esta nueva figura responde al interés superior del menor y solo puede acordarse cuando este lo aconseje; la razón de ser de su introducción estriba en la necesidad de favorecer soluciones familiares en casos concretos²³.

El nuevo precepto describe el concepto de este tipo de adopción y los casos en los que puede proponerse²⁴; establece las líneas generales del procedimiento de su constitución²⁵ y la posibilidad de suspensión y supresión²⁶. Además prevé que, en estos casos, los adoptantes deberán ser valorados como idóneos para este tipo de adopción²⁷.

Como se ha afirmado²⁸, la norma es intencionadamente flexible tanto en el tipo de relaciones (contacto directo y presencial, comunicaciones personales no presenciales, o incluso mera transmisión de noticias sin contacto directo), como en los familiares implicados, si bien se menciona particularmente a los hermanos.

Como ha señalado MARTÍNEZ DE AGUIRRE²⁹, la adopción abierta puede constituirse a partir de una guarda con fines de adopción abierta (prevista en el art. 176 bis 2) o no, ya que es posible proponerla en el momento de constitución de la adopción. Y también cabe la posibilidad de que tras una guarda preadoptiva abierta los futuros adoptantes, tras la experiencia de contacto con la familia de origen, no consientan a la adopción abierta.

Ya están comenzando a dictarse sentencias en las que se advierten los beneficios de esta figura³⁰ y la doctrina pone de relieve que su introducción obliga a revisar diversas cuestiones relativas al procedimiento adoptivo, tanto al previo (idoneidad, preparación...), como al apoyo y acompañamiento postadoptivo³¹.

La adopción abierta fue objeto de una reunión monográfica de la Comisión especial de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en la

que se expusieron la diversidad de regulaciones en los sistemas jurídicos al respecto (siendo una práctica consolidada en países anglosajones pero progresivamente aceptada en otros, como es el caso de Alemania, Irlanda, Países Bajos o Finlandia), la necesidad de preparación y acompañamiento profesional de los protagonistas durante el proceso, y sus ventajas y riesgos³².

En tercer lugar, se introduce en el artículo 19.3 del Código Civil un nuevo supuesto de doble nacionalidad prevista unilateralmente por el Derecho español para los casos de adopción internacional en los cuales el adoptado puede mantener la nacionalidad de origen³³. Este precepto se incluyó en el Código Civil tras la adopción del Convenio hispano-ruso en la materia cuyo artículo 11.6 prevé este mismo supuesto en los casos bilaterales³⁴.

III. LA FAMILIA DE ORIGEN

A la constitución judicial de la adopción se puede llegar por dos vías: por la de la adopción «intrafamiliar» (en la cual no interviene la Entidad Pública de menores toda vez que el menor no está en desamparo y por tanto la Entidad Pública no es su tutora) y la adopción «extra-familiar» de menores que proceden del sistema de protección, en la cual la Entidad Pública, como tutora, hace la propuesta previa.

A las primeras no voy a referirme, ya que habitualmente no suscitan una problemática especial³⁵, si bien en algunos casos de filiación a través de reproducción asistida y de «maternidad subrogada» están comenzado a suscitarse problemas cuando posteriormente se constituye una adopción. Por ejemplo, ha habido alguna sentencia en la que se plantea el necesario asentimiento del donante de material genético como padre biológico del menor, y que ha anulado la adopción por falta de dicho asentimiento³⁶.

En relación a las segundas, podría simplificarse señalando que hay dos tipos de familias de origen: por una parte, las familias «desamparadoras», es decir, aquellas que habiendo incurrido en alguna de las causas previstas legalmente, han sido objeto de una declaración administrativa de desamparo tras la cual la Entidad pública ha constituido la tutela administrativa de su hijo; y en segundo lugar, aquellas que han entregado voluntariamente a su hijo en adopción, normalmente a través de una renuncia hospitalaria.

1. FAMILIAS QUE DESAMPARAN

El artículo 18 de la LOPJM ha incorporado un listado de supuestos de desamparo a nivel estatal, que básicamente suponen el maltrato del hijo; de hecho, se introduce una importante previsión tendente a garantizar que los

niños no sean separados de su familia únicamente por la razón de su pobreza o discapacidad³⁷. Además, el procedimiento de desamparo se mejora y agiliza para impedir que los recursos de la familia biológica impidan la adopción de medidas más estables para el menor (art. 172 del Código Civil).

Por otra parte, se ha introducido una disposición en la LOPJM (art. 19 bis) que eleva a norma legal una previsión reiterada en una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo para la cual, el retorno a la familia de origen no puede decidirse solamente sobre la base de la recuperación de esta, sino por el interés superior del menor entendido como el vínculo de apego del mismo con la familia de origen y la de acogida³⁸. Esta previsión ha sido aplicada analógicamente por el Tribunal Supremo en una reciente sentencia para oponerse al derecho de visitas de la familia de origen en relación a sus hijos que se encuentran en acogimiento preadoptivo (guarda con fines de adopción)³⁹.

En relación a la participación en el proceso judicial de adopción, los progenitores del menor, que debían en todo caso ser citados por el juez, debían bien prestar su asentimiento, o bien ser simplemente oídos. Como puede suponerse, la diferencia entre la mera audiencia y el asentimiento ha dado lugar a abundante jurisprudencia en la que se resuelve sobre la petición de padres biológicos que exijan no ser meramente oídos. El principal problema que se ha suscitado ante los tribunales, es que según el Código Civil no era necesario que prestaran su asentimiento los padres privados de la patria potestad por sentencia firme, pero también los que estuvieran «incursos» en causa legal de privación⁴⁰. Era precisamente en el procedimiento de adopción, que se transformaba en estos casos en contencioso, en el que el juez de la adopción debía valorar si los progenitores estaban incursos, o no, en tal causa de privación. La reforma ha introducido un nuevo supuesto «objetivo» de innecesidad del asentimiento de los progenitores que va a facilitar mucho la resolución de estos casos⁴¹.

No obstante los progenitores pueden activar un procedimiento *para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción previsto en el artículo 781 de la LEC* que provoca la suspensión del procedimiento de adopción y su conversión, en su caso, en un expediente contencioso⁴². La nueva ley «regula con gran detalle este proceso que carecía de ella»⁴³, e introduce nuevas garantías en el proceso de asentimiento previstas en el CEA (art. 5.2)⁴⁴.

Finalmente debe destacarse un reciente e importante auto del Tribunal Supremo⁴⁵ que establece que no cabe recurso de casación contra una sentencia dictada en apelación en un procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción seguido bajo el régimen de la LEC tras su reforma por Leyes 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, señalando entre sus argumentos, la finalidad «agilizadora» del procedimiento de adopción en estas reformas⁴⁶ así como razones de naturaleza procesal⁴⁷.

2. FAMILIAS QUE RENUNCIAN

La reforma ha querido prestar especial atención a las mujeres que deciden entregar a su hijo tras el parto. En algunos estudios se había puesto de relieve la necesidad de acometer modificaciones legales que protegieran mejor a estas madres que se enfrentan a una decisión tan difícil y tan valiente⁴⁸.

Estas mujeres, tenían que renunciar tres veces. En el hospital, ante los servicios sociales hospitalarios, tras el alumbramiento; un mes después ante la Entidad pública; y finalmente, en un plazo indeterminado pero que podía llegar a ser dos años o más, debía prestar su asentimiento ante el juez que instruía el procedimiento de adopción. Las reformas que se han producido son las siguientes:

Por una parte, se amplía el plazo para reiterar, por segunda vez, la renuncia de un mes a seis semanas, tal y como exige el CEA⁴⁹. De esta manera, una decisión tan trascendente, puede adoptarse con una mayor distancia emocional del momento del nacimiento. Además, se establece que no será obligación de la madre promover la inscripción de nacimiento en el Registro Civil⁵⁰, ya que en algunas provincias se instaba a la madre, al salir del hospital sin su hijo a inscribirlo ella misma, lo cual no tenía sentido dado que en ese momento ya estaba bajo la tutela de la Entidad pública, además del daño emocional consiguiente.

Por otra parte, la nueva normativa de Registro Civil establece que en dicha inscripción no se dará publicidad al domicilio de la madre⁵¹. Esta reforma responde al hecho de que al inscribir el nacimiento en el Registro Civil se rellenaba un parte estadístico del parto que se remitía al padrón, quedando el menor empadronado en el domicilio de la madre, lo cual, lógicamente carecía de sentido y además podía vulnerar el derecho de intimidad de estas mujeres ya que su entorno podía llegar a conocer el hecho del embarazo y de la renuncia.

Por fin, en relación al procedimiento de adopción, el nuevo asentimiento de la madre no será necesario si la renuncia se ha hecho ante la Entidad pública o en documento público, salvo que hayan transcurrido 6 meses desde la renuncia (art. 37.1 Ley de Jurisdicción Voluntaria-LJV). Normalmente, y lamentablemente, el proceso de adopción no suele tener lugar antes de este plazo, debido al trabajo acumulado de gran parte de los juzgados, por lo cual, la madre en casi todos los casos debe reiterar su decisión una vez más y ante un juez. Este hecho le produce no solo los problemas emocionales de remover afectos y reabrir heridas, sino puede producirle problemas prácticos e incluso legales: estas mujeres recibían una citación del juzgado en su domicilio, y en ocasiones eran citadas por edictos, lo cual a muchas les ha producido problemas con su entorno personal y familiar que en este momento se enteraban que habían tenido un hijo al que habían entregado en adopción. En todo caso, su no comparecencia no paraliza el procedimiento de adopción⁵².

Si estas son las reformas legales, queda pendiente también protocolizar los aspectos socio-sanitarios. Así se recoge en el Plan integral de apoyo a la familia

2015-7 coordinado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad⁵³. La medida núm. 66 de dicho plan propone *Elaborar, en colaboración con las Comunidades Autónomas, un protocolo socio-sanitario común como guía para coordinar las actuaciones en los casos de entrega de un recién nacido por su madre en adopción cuando esta y su entorno más próximo no pueden hacerse cargo del mismo.*

Y es que según datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, anualmente se producen en España entre 300 y 380 renunciaciones hospitalarias, y se advierten diversas cuestiones que deberían ser protocolizadas. La primera, y más importante es la información a la madre, ya que no existen apenas medios específicos de información para quienes se encuentran en esta situación, ni en los servicios sociales ni en los sanitarios⁵⁴. La segunda es la información a terceros, en particular a los padres de la mujer, si esta es menor de edad, o al presunto padre de la criatura⁵⁵.

IV. LA FAMILIA DE ADOPCIÓN

En relación a las familias adoptantes, las reformas tienen que ver con dos aspectos fundamentales: su selección y el proceso de adopción.

1. SELECCIÓN DE LOS ADOPTANTES

En relación a su selección, lo primero que debe advertirse es un cambio terminológico en la denominación de las familias que inician el proceso de adopción: ya no se denominan solicitantes de adopción sino personas que se ofrecen para la adopción (art. 176 del Código Civil y diversos preceptos de la Ley de adopción internacional), intentando reforzar con ello la centralidad del interés superior del niño en el proceso⁵⁶.

La determinación de la aptitud de los que se ofrecen para la adopción para ser finalmente padres adoptantes, requiere en el ordenamiento jurídico español, y en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que se den tres condiciones⁵⁷:

1. Ser considerado capaz conforme a las exigencias de capacidad objetivas previstas en el Código Civil. La capacidad para adoptar se tiene o no se tiene, es absoluta en unos casos o relativa en relación con un determinado menor en otros, y no es preciso que nadie la declare.

2. Ser declarado idóneo por la administración autonómica competente. La administración realizará un estudio psico-social a los adoptantes capaces para determinar el grado de adecuación de sus capacidades, recursos y proyecto adoptivo a la realidad de la adopción. No todos los adoptantes capaces serán declarados idóneos.

3. *Ser asignado*. De todos los que se ofrecen como adoptantes y que son considerados capaces y declarados idóneos, solo serán elegidos para ser asignados a niños adoptables aquellos que mejor se ajusten a las necesidades de dichos niños.

Pues bien; en la reforma se han introducido nuevos requisitos de capacidad relativos a la edad, a las incapacidades de los tutores, y al estado civil que responden a los nuevos modelos familiares y al interés superior del menor⁵⁸.

En relación a la edad, el Código Civil español fijaba la edad mínima de 25 años y una diferencia mínima de 14 años más que el adoptado, pero no señalaba una diferencia de edad máxima que, sin embargo, era establecida por la normativa autonómica, como criterio de idoneidad en unos casos, o de asignación en otros. La reforma ha elevado la diferencia de edad mínima a los 16 años (para alinearla con las edades también modificadas de matrimonio y de consentimiento sexual) y ha incluido una diferencia de edad máxima de 45 que, sin embargo no opera, lógicamente, en los casos de adopciones intrafamiliares y especiales⁵⁹. De esta manera, las normas de capacidad del Código Civil se ajustan al criterio de *adoptio imitatur naturae*⁶⁰ y además se asegura un criterio objetivo en todo el territorio nacional evitando los fraudes de algunos «solicitantes» de adopción que se desplazaban a otra comunidad autónoma distinta de la de su residencia para adoptar obviando las limitaciones de edad de su territorio de origen⁶¹, no pudiendo considerarse esta condición de diferencia de edad máxima como criterio de discriminación por razón de edad⁶². Los problemas interpretativos que generó esta modificación fueron subsanados en una nota informativa emitida por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad el 8 de octubre de 2015⁶³.

Por otra parte, y dada la contradicción de que los requisitos de capacidad adoptiva eran más laxos que los de capacidad tutelar, se incluye en el artículo 175 del Código Civil un precepto en virtud del cual «no pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este Código»⁶⁴.

Finalmente, y en relación al estado civil, el artículo 175 completa una serie de reformas sucesivas. En España pueden adoptar personas casadas, solteras y desde 1987 las parejas de hecho, pero solo las heterosexuales⁶⁵. La posibilidad de que pudieran adoptar también las parejas de hecho del mismo sexo se había incluido en diversas normas autonómicas⁶⁶ y en 2015 ha sido introducida en el Código Civil⁶⁷, si bien no ha sido acogida de forma homogénea por la doctrina⁶⁸. De la misma manera, cabe la adopción por pareja divorciada⁶⁹. Esta previsión que puede chocar, dada la necesidad de que, en interés superior del niño, se le ofrezcan entornos familiares estables, responde a la realidad de matrimonios que, estando en proceso de adopción, quizá tras varios años de acogimiento previo, no podían adoptar de forma conjunta al menor en caso de ruptura⁷⁰.

En relación a la idoneidad, son varias las modificaciones introducidas y de gran relevancia⁷¹.

En primer lugar, se ha incluido en el Código Civil un concepto de idoneidad, tomado de la ley de adopción internacional⁷², dado que la inexistencia de un concepto mínimo estatal había sido suplida por normativa autonómica, en ocasiones diversa⁷³.

En segundo lugar, se ha establecido que el proceso de valoración de la idoneidad debe imperativamente suponer que esta valoración y resolución debe ser necesariamente anterior a la propuesta de adopción⁷⁴ para «evitar que, por interés del menor que ya haya establecido vínculos con la familia, se acabe por declarar idóneo a quien, en otras circunstancias, podría no haber sido declarado como tal pero está ya en el tramo final del proceso adoptivo»⁷⁵.

Y en tercer lugar, se ha incluido un supuesto «estatal» de causa de no idoneidad que, llamativamente no estaba recogido con carácter general en la normativa autonómica: *No podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública.* (176 del Código Civil). Como se ha puesto de relieve en algún estudio⁷⁶, se advierte la existencia de adopciones truncadas, de niños «devueltos», y algunas de estas familias desamparadoras, han iniciado nuevos procesos de adopción. La nueva norma impide con carácter estatal estas situaciones intolerables⁷⁷ a las que también especialmente (pero no solo), está destinado el nuevo artículo 172 ter 4 del Código Civil que prevé la posible demanda de alimentos a estos padres⁷⁸.

2. PROCESO DE ADOPCIÓN

El proceso de adopción comprende una fase administrativa previa y una fase judicial posterior. La primera solo se da en los casos en que se trate de una adopción que la Entidad pública va a instar posteriormente ante el juez; básicamente se trata de las adopciones de niños que están tutelados por las Entidades Públicas y son estas las que proponen su adopción⁷⁹. En el caso de adopciones intrafamiliares, no hay fase administrativa previa ni interviene la Entidad Pública.

A) Fase administrativa

El procedimiento administrativo tiene varias fases, fundamentalmente dirigidas a los futuros adoptantes, pero también al proceso de asignación al niño adoptable⁸⁰.

En primer lugar, las familias que se acercan a la Entidad Pública para ofrecerse como adoptantes, son informadas, a través de entrevistas individualizadas o grupales, y formadas en cuestiones relativas del proceso de adop-

ción, sus motivaciones y las necesidades de los niños. Las leyes de 2015 han introducido la obligatoriedad de la asistencia a estas sesiones de información y formación previa⁸¹. Como se ha señalado las mejores experiencias en países de nuestro entorno demuestran que tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo «una autoevaluación de los padres previa a la evaluación de la Administración (a través de la información y la preparación) puede ser más eficaz y más fácilmente aceptada que una selección de los adoptantes basada exclusivamente en la idoneidad»⁸². En definitiva, su introducción se justifica en el interés superior del menor.

En segundo lugar, las familias que tras esta información y preparación deciden seguir adelante, deben presentar su ofrecimiento que, una vez admitido, será objeto de la valoración psicosocial que desemboca en la declaración administrativa de idoneidad (o de no idoneidad). Ya he señalado en el apartado anterior algunas cuestiones relevantes que se han visto modificadas en 2015 en relación a esta valoración.

En tercer y último lugar, la Entidad Pública asigna de entre todas las familias idóneas, aquella que es más adecuada para el niño adoptable y que tiene bajo su tutela, y si la familia lo acepta, se propone la guarda con fines de adopción. El acogimiento preadoptivo desaparece en la reforma de 2015, y se transforma en esta etapa del procedimiento administrativo de la adopción⁸³, lo cual supone una agilización del procedimiento⁸⁴, y además tiene un valor pedagógico al dejar más claro que la finalidad institucional del acogimiento no es la adopción⁸⁵.

B) Fase judicial

Las reformas relativas al proceso de adopción están relacionadas con las dos vías a través de las cuales puede promoverse judicialmente la adopción; a instancia de la Entidad Pública y a instancia del propio adoptante. El procedimiento judicial de adopción está regulado en los artículos 33 a 42 de la LJV y en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que prevé un proceso civil contradictorio que puede suscitarse cuando se tramita una adopción. Por su parte las condiciones sustantivas están previstas en el Código Civil⁸⁶.

Los principios que informan este proceso son, a juicio de GARCIMARTÍN⁸⁷, además del principio de oficialidad (que supone una amplia iniciativa y libertad del juez en el proceso, imponiéndose además la presencia del Ministerio Fiscal), el de reserva, que tiende a evitar que la familia de origen conozca los datos de la familia de adopción, lo cual supone la no publicidad de las actuaciones y que las citaciones sean separadas.

Son dos las vías posibles de constitución de la adopción: a *propuesta* de la Entidad pública que insta la adopción ante el juez, y a *solicitud* de los adoptantes

en los casos previstos en el artículo 176 del Código Civil⁸⁸. En cualquiera de ambos casos, el contenido de la propuesta, o de la solicitud, debe incluir las condiciones personales y medios de vida de adoptante y adoptado, último domicilio del cónyuge del adoptante si debe prestar su consentimiento y en el caso de la propuesta si han formalizado su consentimiento o en el caso de solicitud, justificación de que se encuentra en los casos del artículo 176 del Código Civil que permiten esta forma de incoación del expediente.

A propuesta de la Entidad Pública en los casos en los que ha encomendado una guarda con fines de adopción y antes de que transcurra el año desde su constitución. Esta figura será utilizada en los casos de renunciaciones hospitalarias, en los supuestos de desamparo con imprevisibilidad de retorno⁸⁹, y en casos de menores que han estado en desamparo ordinario durante cierto tiempo⁹⁰. Los acogedores familiares que no ostenten la tutela del menor, no pueden iniciar el procedimiento judicial de adopción, salvo que sea la Entidad Pública la que lo inicie como tutora administrativa (art. 176.2. del Código Civil) en favor suyo.

A solicitud de los futuros adoptantes aparte de los casos de tutelas intrafamiliares, el artículo 176 del Código Civil prevé otros supuestos en los cuales los potenciales adoptantes de un menor declarado en desamparo pueden proponer directamente al juez su adopción. Se incluye en estos supuestos al guardador con fines de adopción transcurrido un año desde la constitución de la guarda y los tutores judiciales del menor. Estos últimos casos han respondido habitualmente a las tutelas intrafamiliares, pero con la reforma operada en el artículo 239 del Código Civil, cabría considerar también la posibilidad de que un acogedor familiar permanente «por sus relaciones con el menor» se considere legitimado para promover judicialmente la acción de privación de la patria potestad y nombramiento judicial del tutor⁹¹; posteriormente podría proponer la adopción del menor acogido primero y tutelado después.

En cualquiera de ambos casos, el procedimiento, al ser de jurisdicción voluntaria no está sujeto a plazos y es bastante flexible.

Tras la presentación de la propuesta o la solicitud, el juez citará a los que tienen que prestar su consentimiento, su asentimiento o su audiencia. Ya he hecho alusión a las principales novedades que las leyes de 2015 presentan a este respecto especialmente en lo relativo a la familia de origen. Solo cabe añadir en este punto, que, en coherencia con el nuevo estatuto del acogedor familiar previsto en esta reforma, este deberá ser oído, también, en el proceso de adopción del niño que ha tenido a su cargo.

V. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La adopción internacional ha ido progresivamente disminuyendo en España, como en el resto de países de destino, debido fundamentalmente a las políticas de los países de origen de los menores adoptados⁹².

La Ley 54/2007 de adopción internacional (LAI)⁹³ que respondió al *boom* de la adopción internacional en España en esa década, ha sido modificada también en diversos aspectos a través de las leyes de 2015⁹⁴. El objeto de estas reformas ha sido, también, el de garantizar el interés superior del menor en estos casos⁹⁵.

Las novedades más importantes se pueden ordenar en tres grandes apartados.

1. CUESTIONES GENERALES

Se modifica, en primer lugar, el artículo 1 que regula el objeto de la ley⁹⁶ y el concepto de adopción internacional⁹⁷ para evitar importantes problemas prácticos que había generado la redacción de 2007⁹⁸.

En segundo lugar, en el artículo 3.1, se amplía la remisión a los instrumentos internacionales en la materia (no solo a la CNUDN⁹⁹ y al CH93¹⁰⁰, sino también al CH96¹⁰¹, al del CEA y al Reglamento Bruselas II bis) y se establece que se procurará incorporar los principios recogidos en dichos textos en los convenios bilaterales que se suscriban (art. 3.2).

En tercer lugar, se reconocen nuevos derechos a los futuros adoptantes, tales como la posibilidad de tramitación simultánea de adopción nacional e internacional (art. 10.5) y la posibilidad de acudir a la intermediación de cualquier organismo acreditado en España, aunque no esté domiciliado en su Comunidad Autónoma (art. 8.1). Además, diversas modificaciones de la normativa laboral operadas por Ley 26/2015 buscan mejorar la conciliación de la vida laboral y familiar de estas familias (art. 48 del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 37.3.f del Estatuto de los trabajadores). Por otra parte, también se establecen nuevos deberes de los futuros adoptantes, como es el caso de los relativos a sus obligaciones pre y post adoptivas (art. 11).

2. NUEVO MARCO COMPETENCIAL

Un segundo bloque de modificaciones es el relativo al nuevo marco competencial y de intermediación. La distribución competencial de la Ley de adopción internacional fue objeto de preocupación manifestada a España por el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño en 2010¹⁰², y la reforma ha adaptado el sistema a estas recomendaciones¹⁰³.

En primer lugar, se operan determinadas modificaciones relativas a la apertura y cierre de países para la adopción y el control de los flujos. En el artículo 4, estas cuestiones se califican como «política exterior» y por tanto competencia de la Administración General del Estado (AGE)¹⁰⁴. Así, se reforma la regulación de alguna causa de no apertura y se regula el control de flujos adoptivos introduciendo una previsión que evite la acumulación de expedientes abiertos y pendientes, situación que ha supuesto para las familias adoptantes, en el pasado, listas de espera interminables y generación de expectativas irrealizables.

En segundo lugar se modifican las funciones de intermediación en los artículos 6, 7 y 8 estableciendo que esta será a través de organismo acreditado y solo podrá ser por *protocolo público* si el país es parte en el CH93.

Y en tercer y último lugar, se establece que la acreditación de los organismos privados se realizará por la AGE¹⁰⁵ con informe preceptivo favorable y vinculante de la Entidad Pública.

Estas modificaciones prevén un desarrollo reglamentario que ha sido sometido ya a consulta pública por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y han sido acogidas muy positivamente por el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño¹⁰⁶.

3. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En relación a otras figuras de protección de menores distintas de la adopción, la ley realiza una incorporación por referencia del CH96 respecto de la competencia judicial internacional y la ley aplicable¹⁰⁷.

En relación a la adopción, se producen diversas modificaciones tanto en las normas de competencia judicial internacional¹⁰⁸ como en las de ley aplicable y reconocimiento.

En relación a la ley aplicable, además de suprimirse la previsión del artículo 21, muy criticada por la doctrina española¹⁰⁹, se reintroduce una norma, (art. 19.4¹¹⁰), que desapareció en el trámite parlamentario del año 2007, que impide, entre otras cosas, constituir adopciones tras kafalas¹¹¹, en línea con la regulación de otros países europeos, y lo que ha dispuesto el TJUE en dos importantes sentencias¹¹². Ya ha habido alguna sentencia posterior que, si bien no aplica este precepto todavía no vigente en el momento de la demanda, exige el consentimiento de la madre biológica marroquí, obtenido por comisión rogatoria, en el procedimiento de adopción en España de una niña «kafalada» en Marruecos¹¹³.

En relación al reconocimiento, se modifica el presupuesto del control de la competencia judicial internacional y se suprime el control de la ley aplicable, ajeno a la tradición jurídica española en la materia, determinando el contenido del orden público (materialmente orientado) centrado en el interés superior del

niño y su adoptabilidad (art. 26¹⁴); además, se determina el procedimiento del reconocimiento (bien el previsto en el CH93 y en su defecto el control registral incidental (art. 27) y se regula el proceso de conversión de una adopción simple en plena (art. 30)¹⁵.

Finalmente, se introduce una norma sobre cooperación internacional de autoridades, el nuevo artículo 24, destinado a dar respuesta a muy numerosas peticiones recibidas en la Administración General del Estado en casos de españoles residentes en el extranjero que inician un procedimiento de adopción de un menor en su país de residencia, y las autoridades de dicho país requieren información sobre el futuro adoptante de las autoridades españolas.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de las anteriores páginas, he expuesto el nuevo marco jurídico de la adopción en España analizando la aplicación jurisprudencial del mismo y los primeros comentarios doctrinales a las Leyes de 2015.

Puede concluirse que este marco refuerza los derechos fundamentales de los protagonistas del proceso de adopción.

I. Por una parte, los derechos de las familias biológicas, protegiendo su consentimiento o asentimiento, pero impidiendo su «derecho de veto» a cualquier medida de protección familiar de su hijo. El nuevo marco legal garantiza, además, en los casos que sea posible, el mantenimiento de las relaciones personales con el menor, y se protege a la madre que renuncia a su hijo en el parto como situación de especial vulnerabilidad.

II. En segundo lugar se modifica el estatuto de las familias adoptivas. Pasan de ser solicitantes a «oferentes», y se mejora la regulación estatal de los requisitos de capacidad e idoneidad para el proceso adoptivo. Sin embargo, se ha perdido la oportunidad de establecer una frontera más flexible entre el estatuto de los acogedores y el de los adoptantes. Si las soluciones familiares deben primar, y la adopción es la solución familiar por excelencia, debería establecerse una «pasarela» para que los acogedores familiares permanentes puedan convertirse en adoptantes permitiendo que pudieran solicitar la adopción al juez, con el necesario consentimiento, en estos casos, de la Entidad Pública en el proceso de adopción; esta sería una manifestación evidente de la primacía de las soluciones permanentes frente a las temporales.

III. En tercer lugar, y en relación al adoptado, principal protagonista del proceso se reconoce como esencial su «derecho» a la doble identidad familiar y nacional y se refuerzan las garantías en el proceso de adopción internacional para evitar tráfico de menores en estos casos; es evidente que la reforma tiene como prioridad la defensa de su superior interés sobre el de las familias de origen y de adopción.

IV. Sin embargo, es importante que estos cambios normativos estén acompañados de un cambio de mentalidad de los profesionales del sistema de protección de menores. Este ha respondido, durante muchos años, a una primacía del acogimiento residencial como recurso de protección menos problemático para las familias biológicas y a su interés o «derecho» al hijo. Si sus derechos deben ser protegidos y reconocidos, también lo deben ser los de las familias acogedoras y adoptantes, pero por encima de unas y otras, los derechos de los niños, no siempre garantizados, a vivir y crecer en una familia. En el análisis de la jurisprudencia realizado se advierten ya los cambios en el ámbito judicial, poniéndose en evidencia la necesidad de instrumentos jurídicos que facilitaran actuar en interés superior del niño en todos estos casos.

INDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Sentencia de 4 de octubre de 2012 (TEDH 2012, 89)
- Sentencia de 16 diciembre 2014 (TEDH 2014, 101)

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 febrero de 2013 (*RJ* 2014, 833)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1132)
- Auto del Tribunal Supremo de 4 octubre de 2017 (*JUR* 2017, 250598)
- Auto del Tribunal Supremo de 22 enero 2018 (*JUR* 2018, 43796).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 febrero de 2018 (*RJ* 2018, 452).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la AP de Asturias de 1 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 184211)
- Sentencia de la AP de Burgos de 28 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 251326)
- Sentencia de la AP de Coruña de 18 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 62344).
- Auto de la AP de Guadalajara de 13 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 244906)
- Sentencia de la AP de Guipuzcoa de 17 de marzo de 2017 (*AC* 2017, 648)
- Sentencia de la AP de Jaén de 22 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 188162)
- Auto de la AP de León 21 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 202445)
- Auto de la AP de León de 13 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 247057)
- Sentencia de la AP de Málaga 30 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 267412)
- Sentencia de la AP de Murcia de 23 de diciembre de 2015 (*AC* 2015, 1841)
- Sentencia de la AP de Navarra de 22 de noviembre de 2016 (*AC* 2017, 697)

- Sentencia de la AP de Ourense de 21 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 196781)
- Sentencia de la AP de Ourense 25 de noviembre de 2016 (*AC* 2016, 1822)
- Sentencia de la AP de Pontevedra de 9 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 110331)
- Sentencia de la AP de Soria de 26 de octubre de 2017. *JUR* 2017, 294108)
- Sentencia de la AP de Teruel de 13 de septiembre de 2017 (*JUR* 2017, 247637)
- Auto de la AP de Valencia de 10 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 248303)
- Sentencia de la AP de Valencia de 19 de diciembre de 2017 (Roj: AAPV 3805/2017)
- Auto de la AP de Zaragoza de 21 de febrero de 2017 (*AC* 2017, 369)

DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 215920)
- Resolución de la DGRN de 14 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 255457)

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- AADV. *Principales modificaciones legislativas en el marco de la protección de la infancia y de la adolescencia en España*. Defensor del pueblo andaluz. Sevilla, 2017.
- BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. *Las adopciones internacionales truncadas y en riesgo en la Comunidad de Madrid. Consejo económico y social de la Comunidad de Madrid*, Madrid, 2003.
- CABEDO MALLOL, V. J. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coord.) *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CALVO BABÍO, F. *Reconocimiento en España de adopciones simples realizadas en el extranjero*. Dykinson, Madrid, 2003.
- CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español común y foral*. Tomo V. Derecho de familia. Vol. 2: relaciones paternofiliales. 9.^a Ed. REUS, Madrid 1985.
- GALLEGO, C. y BERROCAL, A.I. (Coords). *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio y la Ley 26/2015 de 28 de julio*. Madrid, La Ley 2017.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. y LINACERO DE LA FUENTE, M. A. *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2006.
- GOMEZ BENGOCHEA, B. *Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y otros supuestos de filiación transfronteriza*. Madrid, Dykinson 2007.

- GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (Dir.) y HERRANZ BALLESTEROS, M. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (Coords.). *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017.
- HERRANZ BALLESTEROS, M. *El «interés del menor» en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* Madrid, Lex Nova, 2004.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (Dir.). *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos procedimientos, jurisprudencia, formularios*. Tirant lo Blanch, Valencia 2016.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.) *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*. Ed. Thomson Reuters, 2016.
- MAYOR DEL HOYO, M. V. (Dir.) *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Ed. Thomson Reuters, 2016.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J. *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2009.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J. *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: Guía para profesionales y agentes sociales*. Save the children, 2015.
- PÉREZ TESTOR, C. (Coord.) *Postadopción y vínculo familiar*. Fundación Vidal y Barraquer, Barcelona, 2008.
- POUS DE LA FLOR, M. P. y TEJEDOR MUÑOZ, L. (Coords.). *Protección jurídica del menor*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

ARTÍCULOS

- ADROHER BIOSCA, S. Capacidad idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional. Un reto para el ordenamiento jurídico español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, mayo-junio de 2007.
- La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la ley 54/2007 de 28 de diciembre de los «santos inocentes». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), 711, 2009.
- La kafala islámica: ¿medida de protección de menores o estrategia migratoria? *Revista de Derecho migratorio y extranjería*. 45, mayo-agosto de 2017.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional. *Diario La Ley* núm. 6910, martes 25 de marzo de 2008.
- ANGUITA RÍOS, R. M. La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 11/2016.
- CALVO BABÍO, F. Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional. *IURIS* núm. 25, marzo de 2008.
- <http://confi legal.com/20161030-posible-constituir-espana-una-adopcion-la-base-la-kafala-islamica>
- DURÁN AYAGO, A. La incidencia de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción internacional en la normativa extremeña. *Revista de Derecho de Extremadura* núm. 2, 2008.

- NUÑEZ ZORRILLA, C. El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Persona y Derecho*, vol. 73, (2015/2).
- LOPEZ AZCONA, A. 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. *BIMJ*, enero de 2016, núm. 2185.
- VIDAL PRADO, C. El derecho a conocer la filiación biológica: (con especial atención a la filiación materna). *Revista jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996.

NOTAS

¹ Leyes 8/2015 y 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* núm. 175, de 23 de julio de 2015 y núm. 180 de 29 de julio de 2015).

² La Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria (*BOE* núm. 158, de 3 de julio de 2015), la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (*BOE* núm. 167, de 14 de julio de 2015), y finalmente, el Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia, hecho en Madrid el 9 de julio de 2014 (*BOE* núm. 74 de 27 de marzo de 2015).

³ Son varias las publicaciones posteriores a estas reformas que analizan críticamente la regulación de la adopción en las mismas; CABEDO MALLOL, V.J. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coord.), (2016). *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Valencia: Tirant lo Blanch; MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.) (2016). *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*. Pamplona: Thomson Reuters; MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.) (2016). *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*. Pamplona: Thomson Reuters; POUS DE LA FLOR, M.P. y TEJEDOR MUÑOZ, L. (Coords.) (2017) *Protección jurídica del menor*. Valencia: Tirant lo Blanch; BERROCAL, A.I. y CALLEJO, C. (Coords.) (2017) *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio y la Ley 26/2015 de 28 de julio*. Madrid: Wolters Kluwer.

⁴ Magistralmente expuestos en la sentencia del TS 835/2013 de 6 de febrero (*RJ* 2014, 833).

⁵ Un extenso y profundo comentario sobre la reforma de este artículo y del 9 que regula el derecho a ser oído y escuchado es el de NÚÑEZ ZORRILLA, C., El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Persona y Derecho*, vol. 73, (2015/2), 117-160. Celebran también esta nueva regulación: FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (2016), Protección de la infancia: una visión desde el Consejo General del Poder Judicial respecto de las últimas reformas. En MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.) *El nuevo régimen jurídico del menor... op. cit.*, 71, y HUETE NOGUERAS, J. (2016), Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y papel del ministerio fiscal, *ibid*, 89; LINACERO DE LA FUENTE, M. (Dir.) (2016). *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos procedimientos, jurisprudencia, formularios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 410.

⁶ «Comisión Especial para el estudio de la adopción nacional y otros temas afines». (BOCD Senado, 17 de diciembre de 2010): *Definir el interés superior del menor de manera que deje de ser un concepto jurídico indeterminado en toda su extensión, y permita una interpretación más homogénea por parte de jueces y tribunales, introduciéndose criterios básicos para su determinación, conforme a las conclusiones*.

⁷ *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: España*. 55.º periodo de sesiones 13 de septiem-

bre a 1.º de octubre de 2010. CRC/C/ESP/CO/3-4: *El Comité recomienda al Estado parte que: adopte todas las medidas adecuadas para asegurarse de que el principio del interés superior del niño oriente todas las medidas y decisiones que adopten los gobiernos central y autónomos en relación con las disposiciones jurídicas, así como las decisiones judiciales y administrativas, que repercutan en los niños.*

⁸ *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. 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales...: La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.*

⁹ GARCIMARTÍN MONTERO, R. (2016). El trámite judicial de la adopción, en MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.) *El nuevo régimen jurídico del menor... op. cit.*, 351 y sigs.

¹⁰ Se señalan en cursiva las modificaciones: Artículo 9. Derecho a ser oído y escuchado. 1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, *teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, *con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.*

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. *La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.*

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, *indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.*

¹¹ Puede verse al respecto la Circular 9/2015 sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria (www.fiscal.es).

¹² Artículo 11. *Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional.*

¹³ Artículo 12.1. *En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.*

¹⁴ Se ha pasado de la regulación de esta relación como un derecho de los padres (la redacción anterior señalaba *Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial*) a la concepción de la misma como derecho de los hijos (*Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el art. 161*).

¹⁵ Diversos estudios se han ocupado de este tema. Destacan, entre otros, VIDAL PRADO, C. (1996). El derecho a conocer la filiación biológica: (con especial atención a la filiación materna), *Revista jurídica de Navarra*, núm. 22, 265-282; GARCÍA VILLALUENGA, L. y LINACERO DE LA FUENTE, M. A. (2006). *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*. Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración; GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y otros supuestos de filiación transfronteriza*. Madrid: Dykinson.

¹⁶ Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.

¹⁷ Aparece en cursiva el texto incluido en la reforma: *5. 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. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho al que se refiere el apartado siguiente.*

6. 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. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho.

A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen.

¹⁸ Es el caso de la resolución de la DGRN núm. 30/2015 de 18 diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 215920) que frente a la demanda de una mujer nacida y adoptada en España en los 70 de acceso a la información registral para conocer sus orígenes, la Encargada del Registro denegó la pretensión por considerar que el derecho a obtener la información solicitada debía canalizarse a través de otras entidades porque el expediente no ofrece datos complementarios relevantes acerca de los progenitores biológicos. La DGRN afirma: *La nueva Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha reforzado ese derecho de acceso a los orígenes obligando a las entidades públicas a garantizarlo y a mantener la información durante el plazo previsto en el Convenio europeo de adopción, precisando —en lo que aquí interesa— en su disposición adicional primera que la expresión «Entidad Pública» utilizada en los textos legales se refiere a la entidad pública de protección de menores competente territorialmente, con la que están obligadas a colaborar el resto de entidades.*

¹⁹ Ya hay doctrina al respecto: ANGUITA RÍOS, R. M. (2016). La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 11/2016.

²⁰ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia (DOG núm. 5686, de 5 de agosto de 2010; BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010) artículo 235 47. Efectos específicos de la adopción: «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 supuestos a que se refiere el artículo 235-44.4 o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor».

²¹ Resolución de la DGRN núm. 30/2014 de 14 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 255457). Se pretende la inscripción de las adopciones constituidas respecto de dos menores nacidos en Estados Unidos en 2004 y 2005. En los autos de adopción se incorporan sendos convenios de contacto postadopción, en los que se establece un régimen de visitas de la madre biológica a los menores adoptados. Ante la denegación de la inscripción de la adopción por el encargado del RC consular por falta de equivalencia, o correspondencia de efectos de las adopciones con la prevista en Derecho español, la DGRN resuelve estableciendo que procede la inscripción toda vez que la previsión de contactos postadopción no suponen falta de equivalencia sustancial con el concepto «español» de adopción que como señala el artículo 26 de la Ley de Adopción Internacional suponen tres cosas: la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes. En concreto señala: *el hecho de que se establezca un convenio post adopción que incluya determinadas visitas con la madre biológica de los menores adoptados, no entra en contradicción con lo establecido en la Ley española relativo a la necesidad de extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, puesto que el establecimiento de dicho convenio entraría dentro de la esfera de decisión de los padres adoptivos que tendrían el derecho de acordar quién puede contactar con sus hijos.*

²² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La historia interminable: una nueva reforma de la adopción, en MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.) *El nuevo régimen jurídico del menor... op. cit.*, 344-6.

²³ Señala GÓMEZ BENGOCHEA, B. Regulación de la adopción en la nueva legislación de protección de menores, en AAVV (2017). *Principales modificaciones legislativas en el marco de la protección de la infancia y de la adolescencia en España*. Sevilla: Defensor del pueblo andaluz, 42, que «una figura de este tipo, que ocupa un lugar intermedio entre el acogimiento permanente y la adopción cerrada, puede venir a resolver muchos de los casos que existen en nuestro sistema de protección de menores, y a dotar de estabilidad a muchos niños que pasan gran parte de su infancia sujetos a medidas de protección en principio temporales».

²⁴ *Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, 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, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.*

²⁵ *En estos casos el juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviere suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas*

de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del juez.

²⁶ Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

²⁷ En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.

²⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. La historia interminable..., *op. cit.*, 344-6.

²⁹ *Op. cit.*, 346.

³⁰ Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1132). Se trataba de un caso en el que se proponía la adopción de un menor que se encontraba en acogimiento residencial con un hermano. El Ministerio Fiscal en aplicación del vigente artículo 178.4 del Código Civil en relación con el artículo 176 bis del Código Civil entiende conveniente que se favorezca la relación entre ambos hermanos con la supervisión y vigilancia de la Entidad Pública. El TS afirma: «consecuencias del mandato del artículo 39 de la Constitución, de los cambios sociales y de la doctrina que se ha ido creando sobre protección de menores, ha sido la reciente publicación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la Ley 26/2015, de 28 de julio. (...) Qué duda cabe que sería aún más beneficioso para su interés por aproximación a su familia biológica, que el acogimiento fuese conjunto con su hermano, y así lo pretendió la Entidad Pública aunque con resultado infructuoso. La petición que hace el Ministerio Fiscal sobre la conveniencia de la relación entre ambos hermanos resulta, en principio, razonable, pero al no haber sido objeto de debate con la singularidad necesaria, esta Sala no debe decidir sobre tal extremo, sino que habrá de plantearse por quienes se encuentran legitimados para ello ex novo».

Es también el caso de la sentencia de la AP de Navarra de 22 de noviembre de 2016 (AC 2017, 697) que aunque considera beneficiosos los contactos postadoptivos, no los puede autorizar por razones de derecho transitorio. Así, ante la suspensión administrativa de unas visitas de la madre biológica del menor, la AP señala: *la resolución acordando la adopción es firme y en esta nueva situación entendemos que no es de aplicación la Ley 8/2015 de 22 de julio de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia, al estar en tramitación el presente procedimiento al tiempo de su entrada en vigor (disposición transitoria primera). Por tanto hemos de remitirnos al tenor literal del artículo 178 del Código Civil vigente en ese momento y según el cual la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos lo cual conlleva la separación definitiva de la familia biológica y por tanto la imposibilidad de mantener o establecer visitas entre el adoptado y sus padres biológicos.*

³¹ GOMEZ BENGOCHEA, B. (2016). La adopción, en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.). *Tratado del menor... op. cit.*, 441.

³² JEANNIN, C. (2016). Panorama de la adopción abierta: un tema altamente debatido en la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del CLH 1993. En MAYOR DEL HOYO, M. V. (Dir.). *El nuevo régimen jurídico del menor... op. cit.*, 387-409.

³³ Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, si de acuerdo con el sistema jurídico del país de origen, el menor adoptado mantiene su nacionalidad, esta será reconocida también en España.

³⁴ El menor obtendrá la nacionalidad del Estado receptor desde la fecha de entrada en vigor de la sentencia de adopción dictada en el Estado de origen y mantendrá la nacionalidad del Estado de origen. El menor no puede quedar privado de la nacionalidad del Estado de origen tanto a solicitud de los padres adoptivos como a solicitud de terceras personas hasta su mayoría de edad.

³⁵ Aunque también ha habido algún litigio en estos casos. Es por ejemplo el supuesto resuelto por el Auto núm. 125/2017 de 21 de febrero de la AP de Zaragoza (AC 2017, 369), en el que se determina la no necesidad de asentimiento de un padre biológico divorciado,

a la adopción de su hija por el nuevo marido de su exmujer toda vez que ha incurrido en causa de privación de la patria potestad: *de lo actuado se desprende la absoluta dejación, durante años, por parte de Ángel Daniel, de sus deberes como padre y ello tanto desde el punto de vista emocional (ausencia de contacto con su hija), como económico (ausencia de contribución a los gastos y ausencia de pago de pensión de alimentos), no sirviendo de excusa lo que alega en la demanda de modificación de medidas, pues el horario laboral no justifica años sin ver a la hija y las dificultades económicas no le han impedido tener otro hijo por el que, selectivamente, afirma sí ha pagado pensión.*

³⁶ Es el caso resuelto por el Auto del TS de 4 de octubre de 2017 (*JUR* 2017, 250598), que sin embargo inadmite el recurso por cuestiones procesales. En la exposición de los hechos se señala lo siguiente: «*En virtud de la adopción, aquella fue adoptada por la esposa de su madre biológica. Alegaba el actor en su demanda, que reclama como padre biológico de la menor, pues no tuvo intervención en el expediente de adopción por causas ajenas a su voluntad. A la demanda se opone la parte demandada, aquí recurrente, alegando en síntesis que el actor fue un simple donante de material genético sin derecho alguno sobre la menor. Mediante sentencia dictada en primera instancia se estima la demanda, por cuanto se considera que el actor es su padre biológico y no tuvo intervención en el expediente de adopción por causas ajenas a él. En consecuencia se revoca la adopción y se anula la inscripción de la adopción en el Registro Civil.*»

³⁷ *La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no será en ningún caso la única circunstancia para valorar la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.*

³⁸ *Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. (19 bis LOPJM).*

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 78/2018 de 14 de febrero (*RJ* 2018, 452): «Las anteriores consideraciones (art. 19 bis LOPJM) son extrapolables al régimen de visitas. En concreto, si favorece el interés de los niños ser visitados por los padres biológicos, en la situación de acogimiento familiar pre-adoptivo en que se encuentran, o, si por el contrario, podría perjudicarles para su desarrollo físico, intelectual o de integración en su nuevo medio». Con este criterio, critica, y casa la sentencia de la Audiencia, que «a pesar de insistir en el interés del menor, pone el foco de la *ratio decidendi* en los progenitores y en el interés de estos, por encomiable que sea, por recuperar la proximidad de sus hijos, para ofrecerles a aquellos una oportunidad. En ningún momento se analiza qué repercusión negativa podría tener sobre los menores esa aproximación, y si alteraría su estabilidad emocional. Faltan informes precisos que provoquen una convicción suficiente de que la medida acordada no provocaría en los menores una desubicación de su actual entorno socio familiar y educativo, en el que se encuentran integrados de forma positiva, superando carencias que sufrieron y que motivaron la situación de desamparo». En sentido muy similar se pronuncia, en relación en este caso a las visitas de abuelos, la sentencia de la AP de Coruña, núm. 15/2018 de 18 de enero (*JUR* 2018, 62344).

⁴⁰ *Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio (art. 177.2CC).*

⁴¹ *Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad o cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el apartado 2 del artículo*

lo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada (177.2 del Código Civil). LINACERO DE LA FUENTE, M. (Dir.). *Tratado de Derecho de familia, op cit.* 444, señala que la nueva regulación «permitirá admitir o rechazar con mayor rigor la legitimación para impugnar la adopción».

Es el caso del auto de la AP de León (núm. 62/2017 de 21 de junio, JUR, 2017, 202445) en el cual se señala al respecto: «*La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introduce en el artículo 177.2 del Código Civil un nuevo párrafo de acuerdo con el cual no es necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad (...). Es lo cierto que en presente caso la oposición a la declaración de desamparo de las menores formulada por la actora fue desestimada (...) sin que conste que, posteriormente, la actora haya solicitado en ningún momento la revocación de misma por desaparición de las causas que la motivaron. Dicha modificación, como señala la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1, en su sentencia de 8 de octubre de 2015, «[.] responde a la necesidad de dar coherencia al sistema. 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».* En sentido muy similar se expresan el auto de la misma AP núm. 69/2017 de 13 de julio (JUR 2017, 247057), la sentencia de la AP de Murcia núm. 759/2015 de 23 diciembre (AC 2015, 1841), la sentencia de la AP de Ourense núm. 242/2017 de 21 de junio (JUR 2017, 196781).

Es también el caso de la sentencia de la AP de Soria (núm. 144/2017 de 26 octubre, JUR 2017, 294108) que destaca la novedad de la reforma y su fundamentación en el interés superior del menor: *Pero es más, la ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introduce en el artículo 177.2 del Código Civil, un nuevo párrafo, de acuerdo con el cual, no es necesario el asentimiento de los progenitores, que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubiera transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada y es lo cierto que sucede en el presente caso, en el que ha transcurrido con exceso el plazo de los dos años, desde la fecha de la declaración de desamparo. Habiendo recurrido dicha decisión la actora, y habiendo sido desestimada la misma. No se puede cuestionar que el interés de la madre es digno de protección, pero no lo es menos que debe estar supeditado al superior interés del menor. El artículo 172 ter 2.º, del Código Civil, señala que, «Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos».*

Muy clarificadora resulta también la sentencia de la AP de Asturias núm. 214/2017 de 1 de junio (JUR 2017, 184211) que señala al respecto: «*El artículo 177.2 del Código Civil dice expresamente que (...). En las actuaciones ha quedado probado que: 1. La Consejería declaró en desamparo a Lucía por resolución de 5 de septiembre de 2013, 2. En comparecencia celebrada en la Consejería, el 18 de octubre de 2013, se notifica a Edurne y Jose Luis la declaración de desamparo de su hija Lucía, y que la misma queda bajo la tutela legal de la Administración, informándoles expresamente de: a) las consecuencias legales que conlleva dicha declaración, b) de las acciones legales que pueden entablar contra la misma, c) de la posibilidad de acudir al Servicios de Asistencia Jurídica Gratuita del Colegio de Abogados y de los plazos de recursos legales, d) de la posibilidad de impugnar esa resolución ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Oviedo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 779 y sigs., de la LEC con abogado y procurador, e) de las consecuencias que conlleva, el trascurso de dos años sin impugnar esa resolución. Pese a ello, los hoy recurrentes, desde esa fecha 18/10/13 no han formulado impugnación u oposición alguna a esa declaración de desamparo,*

habiendo presentado su demanda, donde solicita que se les llame para prestar asentimiento, el 20 de septiembre de 2016, es decir una vez transcurrido con creces ese plazo de dos años. Así mismo, en todo este periodo, los hoy recurrentes, han formulado una oposición, vía judicial, en relación al acogimiento pre-adoptivo iniciado por la Administración y limitación del régimen de visitas vigente a favor de los familiares de la menor, escrito presentado el 30 de septiembre de noviembre de 2014 con abogado y procurador, que dio lugar al expediente del Juzgado de Primera Instancia 7 de Oviedo; pretensión que fue desestimada por sentencia de 22 de enero de 2015 en Primera Instancia, confirmada en apelación por sentencia de esta misma sección de 24 de junio de 2015, en las que se pone de manifiesto que no existe circunstancias nuevas que permitan dejar sin efecto la declaración de desamparo, o la re-inscripción de la menor en la familia extensa. Por lo tanto en aplicación del citado artículo 177.2 Edurne y José Luis, en el expediente de adopción de su hija Lucía, no deben prestar asentimiento, sino solo deben ser oídos (...).

En el caso resuelto por la sentencia núm. 403/2016 de 25 noviembre de la AP de Ourense (AC 2016, 1822) la representación de la Xunta de Galicia alega el nuevo precepto que sin embargo no es aplicable por las normas de Derecho transitorio, pero se considera finalmente que el padre estaba incurso en causa de privación de la patria potestad, de manera que por esa razón se determina la innecesariedad de su asentimiento.

Hay otras resoluciones judiciales que, sin embargo, no advierten todavía estas reformas y basan la resolución sobre la innecesariedad de asentimiento de los padres biológicos en la previsión previa a la reforma de haber sido privados de la patria potestad «o estar incurso en causa de privación» como es el caso de la sentencia de la AP de Teruel núm. 77/2017 de 13 de septiembre (*JUR* 2017, 247637), la de la AP de Jaén núm. 315/2017 de 22 de mayo (*JUR* 2017, 188162), el auto de la AP de León de núm. 62/2017 de 21 de junio (*JUR* 2017, 202445).

⁴² Esta previsión es aplicada por el auto de la AP de Valencia (Sección 10.^a) auto núm. 402/2017 de 10 de julio (*JUR* 2017, 248303) que señala «el artículo 781 LEC brinda a los padres biológicos que pretenden que se reconozca la necesidad de su asentimiento en el expediente de adopción de su hijo, un procedimiento contradictorio a tramitar por el artículo 753 de la LEC que produce la suspensión del expediente de adopción».

⁴³ GISBERT POMATA, M. (2016). Procesos relativos a menores o de especial incidencia en su protección. En MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.) *Tratado del menor... op. cit.*, 627.

⁴⁴ *Los consentimientos y asentimientos deberán otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias»* (177.4 del Código Civil). En el auto núm. 56/2017 de 13 de junio de la AP de Guadalajara (*JUR* 2017, 244906) se analiza precisamente esta exigencia toda vez que la madre biológica de la menor cuyo procedimiento de adopción se ha iniciado, solicita la nulidad del expediente administrativo de adopción de medidas de protección al haberse vulnerado las garantías procesales en su tramitación, por no haber podido participar en el mismo con el raciocinio y conocimiento que se requiere, al no saber leer y escribir en castellano. A pesar de que el Ministerio Fiscal se adhiere a este recurso, la magistrada ponente, M.^a Elena MAYOR, justifica de forma magistral en un auto detallado, toda la trayectoria de madre e hija, y las evidencias del desamparo de la segunda, y demuestra que la madre ha sido informada claramente de las consecuencias de los diversos actos administrativos.

⁴⁵ Auto del Tribunal Supremo de 22 de enero 2018 (*JUR* 2018, 43796).

⁴⁶ «La Exposición de Motivos de la Ley 26/2015 destaca que la finalidad de la reforma del artículo 781. LEC es la «agilización» del procedimiento, lo que en principio parece poco compatible con la posibilidad de recursos extraordinarios». Además como subraya el Ministerio Fiscal, «no debe olvidarse, por un lado, que el interés del menor también puede requerir una especial celeridad que excluya los recursos extraordinarios»

⁴⁷ «Conforme al artículo 37 LJV y a la nueva redacción del artículo 781 LEC, una vez presentada la demanda se dictará decreto declarando contencioso el expediente y acordando la tramitación de la demanda como “pieza separada” del procedimiento de adopción, de lo que resulta su carácter incidental.

3.a) Aunque la pieza separada finalice por sentencia, el expediente principal se resuelve mediante auto, resolución contra la que no caben los recursos extraordinarios».

⁴⁸ MORENO-TORRES SÁNCHEZ J. (2009). *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores*, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.

⁴⁹ *El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto* (art. 177.2 del Código Civil).

⁵⁰ Artículo 45 LRC: *Obligados a promover la inscripción de nacimiento. Los progenitores. No obstante, en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación, que será asumida por la Entidad Pública correspondiente.*

⁵¹ Artículo 49.4. *Si la madre hubiera renunciado a su hijo en el momento del parto el domicilio de la misma estará sujeto al régimen de publicidad restringida, y no figurará a efectos estadísticos.*

⁵² *En las citaciones que deban prestar su asentimiento o ser oídas se incluirá el apercibimiento de que si fueran citados personalmente y no comparecieran se seguirá el trámite sin más citaciones. Si no respondieran a la primera citación y no se hubiera realizado la citación en su persona, se les volverá a citar para dentro de los quince días siguientes, con el apercibimiento de que aunque no comparezcan el expediente seguirá su trámite* (art. 38 LJV).

⁵³ <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/home.htm>

⁵⁴ Información sobre las diversas alternativas en estos casos; información específica sobre las consecuencias jurídicas de la adopción, el procedimiento a seguir, la posibilidad de decidir o no sobre determinadas cuestiones (ver al niño, ponerle nombre, tener visitas...) o la responsabilidad de la propia madre (estar localizable, colaborar en la búsqueda de orígenes...).

⁵⁵ La importancia del padre biológico se pone de relieve en el caso resuelto por la sentencia de la AP de Pontevedra núm. 113/2017 de 9 de marzo (*JUR* 2017, 110331). Adrián y Gema iniciaron en julio de 2010 una relación de pareja estable. A comienzos de 2012, Adrián marchó a buscar trabajo a Holanda, coincidiendo con el anuncio del embarazo de Gema. En noviembre de 2012, Adrián recibió un SMS de la demandada informándole que «*ha fallecido el bebé*». En agosto de 2013 al regresar a España tras la ruptura de la pareja, se enteró de que en el pueblo se decía que Gema había dado a luz a un niño hacia aproximadamente un año y lo había entregado en adopción. Tras intentar obtener información en el Hospital en la Consejería y en el Registro Civil le confirmaron el nacimiento del niño. Adrián presentó un escrito en la Fiscalía, que recabó y examinó el expediente tramitado por la entidad pública, sin advertir irregularidad alguna en su proceder al asumir la tutela del menor, previa declaración de desamparo, dado que la única referencia Gema hizo con respecto al padre del menor, en la entrevista mantenida al tiempo del nacimiento del mismo, es que habían roto su relación y que al ser persona conflictiva ninguna confianza le inspiraba en el cuidado y atención del menor, negándose a facilitar datos personales e identificativos del padre. Adrián solicitó que se declarase su paternidad biológica acordándose la oportuna inscripción registral de la filiación, previa la práctica, si se estimasen necesarias, de las pruebas biológicas y demás procedentes, para paralelamente a través del procedimiento pertinente interesar la extinción, revocación y/o nulidad de cualquier resolución administrativa y/o judicial de tutela, guarda, acogimiento y/o adopción que se hubiere podido adoptar respecto de dicho menor. En la sentencia se accede a la reclamación de paternidad y se ordena en consecuencia que se modifique la inscripción de los apellidos de origen del menor (incluyendo el del padre), pero no se modifica su situación familiar al haberse entregado el niño en adopción. No obstante, la solicitud de nulidad por falta de asentimiento en la adopción como padre biológico, está justificada si bien, en estos supuestos, el TS ha señalado que el interés del menor puede desaconsejar la nulidad cuando esta se pide años después y se dan situaciones de hecho ya consolidadas (STS de 18/3/1987).

⁵⁶ Como señala CALZADILLA MEDINA, M.A. (2017), La vertiente internacional de la institución adoptiva, en BERROCAL, A.I. y CALLEJO, C. (Coords.) *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia ... op. cit.*, 428, «la actual expresión no conlleva implícito un derecho a adoptar que no existe (de la misma forma en que no existe un derecho a ser padre o madre)». En este mismo sentido señala GÓMEZ BEOGOECHEA, B. (2017), Regulación

de la adopción..., *op. cit.*, 38: «Parece un cambio de términos sin importancia, pero supone recolocar la adopción en el lugar que le corresponde: una manera de encontrar familia para niños que la necesitan, y no de buscar hijos para aquellos que los desean».

⁵⁷ Así se clasificaban en ADROHER BIOSCA, S. (2007), Capacidad idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional. Un reto para el ordenamiento jurídico español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, mayo-junio de 2007, y así se recogen hoy en algunas sentencias como es el caso de la sentencia de la AP de Guipuzcoa núm. 49/2017 de 17 de marzo (AC 2017, 648) que señala: *Se debe tener en cuenta que la determinación de la aptitud de los que se ofrecen para la adopción para ser finalmente adoptantes, requiere en el ordenamiento jurídico español que se den tres condiciones: Ser considerado capaz, ser declarado idóneo y ser elegido.*

⁵⁸ Así lo señala MORENO TORRES, J. (2015). *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: Guía para profesionales y agentes sociales*. Madrid: Save the children, 46, «Las normas se han hecho eco de la realidad social: son muchas las situaciones familiares en que estando en proceso de adopción se produce una crisis familiar por lo que era necesario reconocer el derecho a la adopción a ambas partes en situaciones de este tipo, en interés de los menores, y con las obligaciones y derechos inherentes a la adopción (visitas, guarda y custodia, pero también a efectos de alimentos o herencia)».

⁵⁹ *La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años (14) y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior (art. 175 del Código Civil).*

⁶⁰ Así se ha reclamado ya hace años por la doctrina civilista clásica. Ya CASTÁN señalaba en 1985. «no hay en cambio una edad máxima lo que no deja de resultar contradictorio si se parte del ya anotado mayor control por el ordenamiento de los requisitos de capacidad (...) parece lógico que entre padres e hijos adoptivos deba existir una diferencia de edad que haga verosímil la generación» [CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985) *Derecho civil español común y foral*. Tomo V. Derecho de familia. Vol. 2: relaciones paternofiliales. 9.ª Ed. Madrid: REUS, 350]. La introducción de esta diferencia de edad máxima es celebrada por la doctrina civilista (POUS DE LA FLOR, M.P. (2017). La adopción, en POUS DE LA FLOR, M.P. y TEJEDOR MUÑOZ, L. (Coords.), *Protección jurídica del menor...*, *op. cit.*, 90-1).

⁶¹ Así lo recoge ahora la jurisprudencia. Es el caso de la sentencia de la AP de Guipúzcoa núm. 49/2017 de 17 de marzo ya citada que señala: *Ley 26/2015 (RCL 2015, 1181) modifica el artículo 175.1 del Código Civil estableciendo una diferencia de edad máxima para adoptar de cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2 del Código Civil. Añadiendo que cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Y que si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior. El objetivo de introducir esta diferencia de edad máxima, como se recoge en el Preámbulo de la Ley, es evitar que las discrepancias que existen en la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad, provoquen distorsiones no deseables. Tras esta modificación podemos decir que el legislador, con las salvedades que han quedado señaladas, configura el requisito de la diferencia de edad máxima al igual que la diferencia de edad mínima, que como hemos dicho constituye requisito ó presupuesto de capacidad, como factor automáticamente excluyente de aquellos solicitantes de adopción que superen los límites de edad establecidos (...).*

⁶² Así, en la sentencia citada en la nota anterior la ponente M.ª del Carmen BILDARRAZ justifica brillantemente en la jurisprudencia del TEDH esta normativa: *Por lo demás se recordará que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado si la exclusión de la*

adopción por motivos de edad es compatible con el artículo 14 del CEDH, en relación con el artículo 8, confirmando que el deber de adoptar medidas proporcionadas para proteger el interés superior del niño tiene una importancia fundamental. Así por ejemplo en la sentencia de 19 [sic] de junio de 2010, asunto Schwizgebel contra Suiza, la demandante, una mujer soltera de 47 años que no pudo adoptar un segundo niño por la diferencia de edad entre ellos, alegaba haber sido víctima de discriminación por razón de edad. El TEDH consideró que la denegación de autorización para acoger un niño para su posterior adopción en el caso de la demandante buscaba el fin legítimo de proteger el bienestar y los derechos del niño. Dada la falta de consenso europeo sobre el derecho de las personas solteras a adoptar, los límites máximos y mínimos de edad del adoptante y la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, así como el consiguiente amplio margen de apreciación del Estado en este ámbito y la necesidad de proteger el interés superior del niño, la denegación de la autorización para la acogida de un segundo niño no contraviene el principio de proporcionalidad. El Tribunal consideró, por tanto, que la justificación ofrecida por el Estado parecía objetiva y razonable y que la diferencia de trato no había sido discriminatoria en el sentido del artículo 14 del CEDH.

⁶³ Así lo señalan BERROCAL, A.I., y CALLEJO, C. (Coords.) (2017). *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia...*, op. cit., 337, que también se refieren a los frutos de esta unificación normativa en Cantabria y en la Comunidad Valenciana.

⁶⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). *La historia interminable...*, op. cit., 321 y sigs., critica esta introducción y considera que hay causas de inhabilidad para ser tutor «patrimonial» (estar quebrado y no rehabilitado) que no deberían incapacitar para ser adoptante.

⁶⁵ A estas últimas la DA 3.^a de la Ley 21/1987 les reconoció la capacidad adoptiva a través de una técnica jurídica cuestionada porque no modificó de frente el Código Civil sino «a escondidas» a través de una disposición adicional, y además porque no concretaba el concepto de «pareja de hecho».

⁶⁶ Es el caso del artículo 8.1. de la Ley navarra 6/2000 de 3 de julio para la igualdad jurídica de las parejas estables (BON 82, de 7 de julio de 2000) y del artículo 115.2 del Código de familia catalán (Llei 9/1998, de 15 de julio, del Codi de família. (DOGC, núm. 2687, 23 de julio de 1998) así como en esta misma CA de la Ley 3/2005, de 8 de abril de modificación de diversas disposiciones (DO. Generalitat de Catalunya de 19 de abril de 2005, núm. 4366, [pág. 9935]) en cuyo preámbulo se señala: «Lo que hace esta Ley es equiparar a las personas homosexuales que conviven “more uxorio” con los convivientes heterosexuales, y les reconoce el derecho a ser valorados como posibles padres o madres adoptivos». En idéntico sentido Decreto 81/1994, de 4 de noviembre de la región de Murcia, disposición adicional tercera, modificada por Decreto 48/2002, de 1 de febrero.

⁶⁷ Artículo 175. 4 del Código Civil. Se recoge en cursiva el texto añadido. Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. 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 que se constituyan con posterioridad.* En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, será posible una nueva adopción del adoptado.

⁶⁸ Así, valora positivamente la modificación POU S DE LA FLOR, M. P. (2017), *La adopción*, op. cit., 87. Sin embargo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). *La historia interminable...*, op. cit., 321 y sigs.) es crítico con ella sobre todo por el empleo del concepto jurídico indeterminado de «pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal» que a su juicio puede dar lugar a no pocos problemas interpretativos y prácticos.

⁶⁹ *En caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal 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 adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

⁷⁰ Debe advertirse, que además, cabe la adopción por una sola persona que sin embargo se encuentra casada o en pareja. En estos casos el artículo 177 del Código Civil exige el asentimiento del «no adoptante»: El cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, *excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta*. Es crítico con esta previsión considerando que no promueve un entorno familiar estable al menor adoptado MARTÍNEZ DE AGUIRRE AL-DAZ, C. (2016), *La historia interminable...*, *op. cit.*, 321 y sigs. También se refieren a las dificultades interpretativas que puede generar este precepto BERROCAL, A.I., y CALLEJO, C. (Coords.) (2017). *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia ... op. cit.*, 341-9.

⁷¹ Debe advertirse que la valoración no se hace en todos los casos: en las adopciones intrafamiliares no procede; solamente en los casos en los que se trate de la adopción de un menor declarado en desamparo.

⁷² *Se entiende por idoneidad 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. La declaración de idoneidad por la Entidad Pública requerirá 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 atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Dicha declaración de idoneidad se formalizará mediante la correspondiente resolución.*

⁷³ Así se recoge en ADROHER BIOSCA, S. (2007). *Capacidad idoneidad y elección...*, *op. cit.* Celebra esta introducción LINACERO DE LA FUENTE, M. (Dir.). (2016) *Tratado de Derecho de familia*, *op. cit.*, 442 y BERROCAL, A.I., y CALLEJO, C. (Coords.), (2017). *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia ... op. cit.*, 359 que ponen de relieve que esta coincidencia en la definición permite la compatibilidad de la tramitación conjunta de un ofrecimiento para una adopción nacional y otra internacional.

⁷⁴ La declaración de idoneidad *deberá (podrá, señalaba anteriormente el Código Civil) ser previa a la propuesta.*

⁷⁵ GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2016). La adopción, en *Tratado del menor*, *op. cit.*, 452.

⁷⁶ Puede verse al respecto la obra de BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. (2003) *Las adopciones internacionales truncadas y en riesgo en la Comunidad de Madrid*. Madrid: Consejo económico y social de la Comunidad de Madrid.

⁷⁷ Ver el artículo de El País «Adopciones truncadas» de 4 de marzo de 2012.

⁷⁸ *En los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos.*

⁷⁹ Los datos que se publican anualmente sobre adopciones nacionales por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, hacen referencia exclusivamente a estas adopciones de menores procedentes del sistema de protección. Los últimos publicados señalan que en 2016 se constituyeron 588 adopciones (*Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia*. Boletín número 19 Datos 2016).

⁸⁰ Expuestas por GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2016), La adopción, en *Tratado del menor...*, *op. cit.*, 450-5.

⁸¹ Artículo 176 del Código Civil: *Las personas que se ofrezcan para la adopción deberán asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por Entidad colaboradora autorizada.*

⁸² ADROHER BIOSCA, S. (2008), Desafíos jurídicos de la etapa post-adoptiva, en *Postadopción y vínculo familiar*, (PÉREZ TESTOR, C. Coord.) Barcelona: Fundación Vidal y Barraquer, 119-146.

⁸³ Artículo 176 bis del Código Civil. *La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto, la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela. Los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares. Salvo que convenga otra cosa al interés del menor, la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva a que se refiere el apartado anterior, excepto en los casos previstos en el apartado 4 del artículo 178. 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 el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción. No obstante, cuando la Entidad Pública considere necesario, en función de la edad y circunstancias del menor, establecer un periodo de adaptación del menor a la familia, dicho plazo de tres meses podrá prorrogarse hasta un máximo de un año. En el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor».*

⁸⁴ MORENO TORRES, J. (2015), *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: Guía para profesionales y agentes sociales*. Madrid: Save the children, 48: «Suprimido el acogimiento preadoptivo se simplifica la adopción, ya que la guarda con fines de adopción se constituirá por resolución de la Administración sin intervención del Juzgado. No obstante, si se constituye este tipo de guarda, los progenitores podrán acudir al Juzgado y formular recurso en el plazo general de dos meses siempre que no hayan pasado dos años desde la notificación del desamparo. En caso de que se proponga la adopción, conforme a las nuevas reglas de la LEC, pueden acumularse los procedimientos».

⁸⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). *La historia interminable...*, *op. cit.*, 338.

⁸⁶ GARCIMARTÍN MONTERO, R. (2016). El trámite judicial de la adopción, en *El nuevo régimen jurídico del menor...*, *op. cit.*, 351 y sigs., considera que el legislador debería haber unificado todas las normas en un solo cuerpo legal pero no advierte ni reiteraciones ni contradicciones en la regulación.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. b) Ser hijo del cónyuge o de la pareja unida al adoptante por relación de naturaleza análoga a la conyugal. c) Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. d) Ser mayor de edad o menor emancipado.*

⁸⁹ Así se recoge en el artículo 172.2. del Código Civil: *Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen.*

⁹⁰ Es, por ejemplo, el caso resuelto por la sentencia de la AP de Burgos Sentencia núm. 243/2017 de 28 de junio (*JUR* 2017, 251326) en el que la propuesta de guarda con fines de adopción se hace cuando la niña tiene 5 años, y lleva desde que tiene uno en acogimiento

familiar. Esta nueva figura también se advierte en el Auto núm. 56/2017 de 13 de junio de la AP de Guadalajara (*JUR* 2017, 244906).

⁹¹ Se destacan en cursiva las modificaciones: artículo 239.1. La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública.

2. *No obstante*, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de este. *En estos supuestos, previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor, en su caso.*

3. *Estarán legitimados para el ejercicio de las acciones de privación de patria potestad, remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la Entidad Pública y los llamados al ejercicio de la tutela.*».

⁹² En 2016 el número de adopciones internacionales en España fue de 567 ((*Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia*. Boletín número 19, Datos 2016). Desde 2004, año en el que se alcanzó la cifra máxima de 5.541, las adopciones internacionales han disminuido cada año. La promoción de la adopción nacional, en aplicación del principio de subsidiariedad en países como China y Rusia, junto a la prohibición de adopciones de extranjeros en países como Etiopía, explican, en parte, esta progresiva disminución.

⁹³ Fueron varios los estudios que señalaron los aspectos de esta ley que debían ser modificados. Puede verse, entre ellos, ADROHER BIOSCA, S. (2009). La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la ley 54/2007 de 28 de diciembre de los «santos inocentes». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), 711, 2009; 13-55.

⁹⁴ Se exponen sintéticamente estas novedades en ADROHER BIOSCA, S. (2017). Las reformas legales de 2015 ante los nuevos desafíos en la protección internacional de menores, en *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*. (GUZMÁN ZAPATER, M. ESPLUGUES MOTA, C. (Dirs.) y HERRANZ BALLESTEROS, M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, M. (Coods.). Valencia: Tirant lo Blanch, 333-52.

⁹⁵ Un estudio completo y documentado sobre el mismo en el marco de los convenios de La Haya es el de HERRANZ BALLESTEROS, M. (2004) *El «interés del menor» en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* Madrid: Lex Nova.

⁹⁶ Que señalaba: *La presente ley regula la competencia de las autoridades judiciales y consulares españolas y la determinación de la ley aplicable a las adopciones internacionales así como la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras*» y ahora establece: «*La presente ley regula la intervención de la Administración General del Estado, de las Entidades Públicas y de los organismos acreditados para la adopción internacional, la capacidad y requisitos que deben reunir las personas que se ofrecen para adoptar, así como las normas de Derecho internacional privado relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores en los supuestos en que exista algún elemento extranjero*».

⁹⁷ La ley definía la adopción internacional como el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos, y sin embargo los capítulos I y II del título I regulaban exclusivamente los supuestos de adopción internacional en los que se incluye un traslado del niño del país de origen a España, es decir, de «intercountry adoption» en el sentido del Convenio de La Haya. Ello había dado lugar a situaciones muy problemáticas, jurídicamente. Por ello, el nuevo artículo 1 incorpora una nueva definición, a efectos, exclusivamente de las normas del título I: *A los efectos del título I de esta ley se entiende por adopción internacional aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España*».

⁹⁸ Comentarios críticos a esta modificación son los siguientes. HERRANZ BALLESTEROS, M. (2017). El ámbito de aplicación de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción

internacional tras la reforma de julio de 2015. En *Persona y familia...*, *op. cit.*, 387-398; En el mismo volumen ORTIZ VIDAL, D. (2017). El nuevo concepto de adopción internacional después de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 399-410; SÁNCHEZ CANO, M.J., Las reformas legislativas de 2015: una visión desde la adopción internacional. En *El nuevo régimen jurídico del menor...*, *op. cit.*, 365-85.

⁹⁹ Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño de 1989.

¹⁰⁰ Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

¹⁰¹ Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

¹⁰² *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención Observaciones finales: España*. 55.º periodo de sesiones 13 de septiembre a 1 de octubre de 2010. CRC/C/ESP/CO/3-4: «El Comité acoge con satisfacción la Ley núm. 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, que refuerza las garantías de los procesos de adopción internacional proporcionando disposiciones regulatorias claras para garantizar el respeto de los derechos e intereses del niño. Sin embargo, preocupa al Comité que la existencia de 23 autoridades centrales, a los efectos del Convenio de La Haya relativo a la adopción internacional, y de numerosos organismos privados de adopción oficialmente autorizados y Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAI) complique el control, la evaluación y el seguimiento, y que la eficacia de esos organismos y entidades dependa del apoyo, la capacitación, la supervisión y el control del Estado».

¹⁰³ Celebra este nuevo marco competencial CALZADILLA MEDINA, M.A., La vertiente internacional de la institución adoptiva, en BERROCAL, A.I. y CALLEJO, C. (Coords.), *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia ... op. cit.*, 428, señalando que «de esta manera se consigue dar unidad a las decisiones en todo el territorio nacional lo que responde a una reivindicación de las asociaciones de padres y madres adoptivos que cuestionan (con razón en mi opinión) el diferente tratamiento que reciben según se resida en una u otra CCAA».

¹⁰⁴ La cual la ejercerá en colaboración con las Entidades Públicas, teniendo también en consideración los informes de los organismos acreditados, los de otros países y los de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya.

¹⁰⁵ OLIVA MARTÍNEZ, J.D. (2017). Los organismos acreditados para las adopciones internacionales ¿un conflicto competencial a la vista? En CABEDO MALLOL, V. J. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.) *Comentarios sobre las leyes... op. cit.* 331-360.

¹⁰⁶ *Consulta pública previa sobre un proyecto de Real Decreto que desarrolle la ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional* (www.msssi.gob.es).

Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Spain (CRC/C/ESP/CO 5-6, 2 February 2018:

«The Committee welcomes the adoption of amendments to the Law on Inter-country Adoption with a view to ensuring the same processes, guarantees and safeguards throughout the State party, and the forthcoming creation of a single national registry for adoption at the beginning of 2018. The Committee recommends that the State party: (a) Expedite the revision of the regulations on intercountry adoption ensuring they are in line with the Convention; (b) Allocate sufficient resources to the State General Administration in charge of intercountry adoption matters; (c) Increase coordination and collaboration among the entities responsible for adoption».

¹⁰⁷ «Artículo 33. *Ley aplicable a otras medidas de protección de menores*. La ley aplicable a las demás medidas de protección de los menores se determinará con arreglo a los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España en particular por el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños».

¹⁰⁸ Se suprime la alusión a figuras inexistentes en nuestro Derecho tales como la modificación y revisión de la adopción; se regula la adopción consular circunscribiendola a las adopciones en las que no es precisa la propuesta previa de entidad pública (es decir, adopciones intrafamiliares que en muchos casos no es posible constituir ante las autoridades del país de residencia) y se aclara que el procedimiento de adopción consular será el de jurisdicción voluntaria.

¹⁰⁹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2008). Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional. *Diario La Ley* núm. 6910; DURÁN AYAGO, A. (2008). La incidencia de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción internacional en la normativa extremeña. *Revista de Derecho de Extremadura* núm. 2, 2008; CALVO BABÍO, F. (2008). Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional. *IURIS*, núm. 25, marzo de 2008.

¹¹⁰ 4. *En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública.* El Dictamen del Fiscal General del Estado 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, respecto al tratamiento de la kafala concluye al respecto: 1. *La Kafala tiene diversos regímenes jurídicos en los países en los que se reconoce, siendo compatible con la adopción en algunos de ellos, no siendo posible establecer un criterio general.* 2. *En los casos en los que la legislación nacional no resulte compatible con la adopción, supuesto en el que se encuentra la Legislación del Reino de Marruecos, operará la limitación contenida en el apartado 4 del artículo 19 de la Ley de Adopción Internacional.* 3. *Para que opere la referida limitación, debe quedar suficientemente constatado que la legislación nacional prohíbe o no contempla la adopción.* 4. *La limitación contenida en el apartado 4 del artículo 19 de la Ley de Adopción Internacional, requiere que el menor conserve su nacionalidad de origen, ya que si el menor adquiere la nacionalidad española, tal limitación dejaría de ser operativa.* 5. *En los supuestos en los que el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública, puede promoverse su adopción, dejando de surtir efectos la limitación referida.*

¹¹¹ Reintroducción que aplaude algún autor (LÓPEZ AZCONA, A. (2016). 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. *BIMJ* enero de 2016, núm. 2185, 3-89) y lamenta algún otro (FLORA CALVO en <http://confilegal.com/20161030-possible-constituir-espana-una-adopcion-base-la-kafala-islamica>).

¹¹² Sentencias de 4 de octubre de 2012 (TEDH 2012, 89) y de 16 de diciembre de 2014 (TEDH 2014, 101). Puede verse un tratamiento del tema en ADROHER BIOSCA, S. (2017). La kafala islámica: ¿medida de protección de menores o estrategia migratoria? *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 45, mayo-agosto de 2017, 203-220. Una sentencia que resuelve sobre un supuesto previo a la entrada en vigor de las normas de 2015 y permite una adopción sin intervención de la Entidad Pública tras una kafala es la de la AP de Málaga núm. 484/2016 de 30 de junio (*JUR* 2016, 267412).

¹¹³ Sentencia de la AP de Valencia de 19 de diciembre de 2017 (Roj: AAP V 3805/2017): «Así pues, el precepto establece un trámite de obligado cumplimiento que no puede ser soslayado respecto de la madre biológica de la menor. La renuncia que la madre biológica hizo a favor de la Sra. Angustias y su marido de acuerdo con la legislación marroquí carece del alcance y efecto que exige el artículo 177 del Código Civil, sin que la dificultad que quepa presumir en el cumplimiento de la comisión rogatoria por la correspondiente autoridad marroquí permita o autorice el incumplimiento de la Ley española; todo ello sin perjuicio de la valoración jurídica que pueda otorgarse al resultado de tal diligencia. Alegan los solicitantes de la adopción que la comisión rogatoria para que la madre de la menor sea oída sobre la adopción podría dar lugar a perjuicios irreparables, en tanto que Marruecos prohíbe la adopción y el juzgado que concedió la «kafala» a favor de los demandantes, de enterarse, podría extinguir de oficio ese derecho. Tal planteamiento, sin embargo, resulta inadmisibile;

la aplicación de la ley española es obligatoria para el juez nacional que está tramitando la adopción solicitada, sin que dicha aplicación pueda quedar supeditada por razón de las creencias o normas de un país extranjero. Llegado el caso, y de producirse algún cambio en la situación jurídica de la menor que incida sobre el presente expediente de adopción que se ha incoado por los Sres. Leandro y Angustia, deberá procederse en los términos que vengan autorizados por el ordenamiento jurídico español».

¹¹⁴ «La adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen los siguientes requisitos (...) que la adopción no vulnere el orden público. A estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación».

¹¹⁵ Las adopciones simples fueron objeto de alguna monografía anterior a la ley de 2007: CALVO BABÍO, F. (2003) *Reconocimiento en España de adopciones simples realizadas en el extranjero*. Madrid: Dykinson.

*(Trabajo recibido el 22-3-2018 y aceptado
para su publicación el 17-7-2018)*