

Andrea COLL PALOMAR

LA ADOPCIÓN, ¿UN DERECHO?

*Treball Fi de Carrera
dirigit per
Santiago GOTOR SÁNCHEZ*

*Universitat Abat Oliba CEU
FACULTAT DE CIÈNCIES SOCIALS
Llicenciatura en Dret*

2014

Resumen

La adopción es un instrumento de protección del menor, y sin embargo son tantas las finalidades por las que se decide llevar a cabo que se llega a perder de vista su fundamento principal, confundiéndose incluso con la existencia de un “derecho” de las parejas a adoptar. El presente trabajo analiza esta institución para dar respuesta a la pregunta sobre si existe tal derecho.

Resum

Tot i que la adopció és un instrument de protecció del menor, són tantes les finalitats per les que es decideix portar a terme que s'arriba a perdre el seu principal fonament, fins i tot confonent-se amb l'existència d'un “dret” de les parelles a adoptar. El present treball analitza aquesta institució per donar resposta a la pregunta sobre si existeix tal dret.

Abstract

Although adoption is a child protection instrument, it is carried out because of too many aims, so that its main fundament has been confused with the existence of a “right” to adopt. This research pretends to analyze this institution in order to answer the question about this right's existence.

Palabras claves / Keywords

Adopción – Derecho – Protección del menor – Desamparo – Idoneidad del adoptante

Sumario

Introducción	p.9
1. ¿Qué es la adopción?	p.11
1.1. Concepto	p.11
1.2. Evolución histórica de la adopción	p.11
1.3. La adopción en nuestro ordenamiento.....	p.13
1.3.1. Aproximación histórica	p.13
1.3.2. Las últimas reformas	p.17
1.3.3. Derecho vigente	p.18
a) Requisitos de idoneidad para la adopción	p.19
b) La constitución de la adopción	p.27
c) El procedimiento de adopción	p.30
d) Los efectos de la adopción	p.30
e) La extinción de la adopción	p.32
2. Fundamento de la adopción. La protección del menor.....	p.33
2.1. El interés del menor en el derecho europeo	p.36
2.2. La situación de desamparo	p.40
2.3. La evolución de la protección del menor en la legislación estatal.....	p.42
2.4. La guarda y educación del menor.....	p.44
3. Otros fines diferentes al interés del menor	p.46
4. La adopción: ¿un derecho?.....	p.50
Conclusión	p.53
Bibliografía.....	p.55

Introducción

La adopción está de moda. El gran aumento de las solicitudes de adopción, el auge de la adopción internacional, la preocupación por el tráfico ilegal de niños, o la reclamación de los colectivos homosexuales de que les sea reconocido el “derecho” a adoptar, la han puesto de actualidad. Su condición de instrumento apto para satisfacer las aspiraciones de muchos matrimonios sin hijos, y, simultáneamente, para proporcionar un remedio a la situación de miles de niños abandonados, hace que tenga una relevancia social mucho mayor a la que tenía hace sólo algunos años.

Como la realidad nos demuestra, la adopción es un instrumento que puede estar al servicio de múltiples finalidades, tanto sociales como individuales, que no son incompatibles entre sí. Así, el Derecho puede dotar a la adopción de una determinada finalidad institucional (por ejemplo, la de ser un instrumento de protección de menores desamparados, como ocurre en España), y junto a ella coexistir en los adoptantes una finalidad subjetiva distinta, pero no incompatible, como la de satisfacer la legítima aspiración de un matrimonio sin hijos a tener descendencia.

Dicha finalidad de los adoptantes persiste desde la aparición de la figura de la adopción. Sin embargo, las causas de la imposibilidad física de una pareja de tener descendencia han trascendido más allá de la infertilidad, con el gran auge de las parejas homosexuales, ahora ya también matrimonios. No cabe decir que la biológica imposibilidad de tener hijos propios de estas parejas, así como la nueva posibilidad de que éstas contraigan matrimonio, han levantado la polémica al desear también adoptar y, por lo tanto, reclamar su “derecho” a ello.

Llega por lo tanto el momento de preguntarnos si realmente existe es “derecho” a adoptar. Para ello, será necesario revisar el verdadero fundamento de la adopción, analizar la evolución de esta figura desde sus orígenes y ver cuál es, al fin y al cabo, su verdadera razón de ser. ¿Existe realmente un derecho de los padres a adoptar? ¿O es sólo un derecho del niño a ser adoptado? Éste es el objetivo de el trabajo que nos ocupa, con el que se pretende dar respuesta a esta cuestión.

1. ¿Qué es la adopción?

1.1. Concepto

La adopción o filiación adoptiva, según define el artículo 108 de nuestro Código Civil, es la “filiación que, sin base biológica, tiene lugar mediante un acto jurídico, negocial, judicial o administrativo”. Se trata por tanto de un negocio jurídico en virtud del cual, entre el adoptante y el adoptado, se establece una relación jurídica semejante a la paterno-filial.

Sin embargo, hay que tener en consideración que, por el hecho de tratarse de un negocio jurídico, la causa última del mismo ha ido variando a lo largo del tiempo, dándole al mismo diferentes visiones, no siempre positivas, según aquello que mueve a las familias a adoptar. Debemos analizar pues las diferentes concepciones históricas que se han tenido de la adopción, y su estado actual en nuestro ordenamiento.

1.2. Evolución histórica de la adopción

La figura de la adopción es casi tan antigua como la historia del hombre. Ya en los pueblos primitivos se daba una filiación adoptiva, como instrumento para conceder la ciudadanía a extranjeros, agregando al nuevo miembro a la familia y asemejándolo en los derechos y deberes del resto.

En el Principado romano, la adopción fue una figura muy utilizada, sobre todo como método para garantizar la sucesión. Así, se utilizaba la adopción para nombrar a los sucesores imperiales. En el Derecho Romano la adopción suponía la adquisición, en equiparación con la filiación adoptiva, de la *patria potestas* sobre un hijo ajeno que dejaba de pertenecer a su antigua familia (*adoptio*) o perdía la condición de *sui iuris* (*adrogatio*). Así como la concesión de ciudadanía podía darse a individuos aislados o a grupos históricos con anexión territorial, la *adrogatio* incluía en la potestas del adrogante a los *fili familias* del adrogado y a su patrimonio.

La finalidad de la adopción fue evolucionando, de modo que en la época post-clásica su significado dejó de ser meramente político para consistir, esencialmente, en colocar al adoptado en el lugar del hijo.

Con JUSTINIANO, antepuesta ya la familia natural a la agnaticia, la adopción ordinaria quedó reducida a los efectos hereditarios (*adoptio minus plena*), y sólo la realizada por un ascendiente conservaba la antigua plenitud de efectos (*adoptio plena*). La adrogatio conservó también sus antiguos efectos, pero el adrogante ya no sucedía al adrogado en su patrimonio, sino que adquiría únicamente su usufructo y administración.

En los antiguos derechos germánicos existió también la adopción como recibimiento en lugar del hijo (*Annahme an Kindes Statt*), aunque aparece también como un negocio patrimonial, cuya eficacia se reducía a crear derechos sucesorios entre el padre y el hijo electivos, no entre éste y los parientes de aquél.

En la Edad Media, fueron desapareciendo las diferentes formas simbólicas como el corte de cabellos o la entrega de armas, y a partir de las nombradas ideas romanas y germánicas, se formó la figura del prohijamiento (*ankindgung*), semejante a la *adoptio minus plena* justiniana.

Más adelante, en la Edad Moderna, la adopción fue perdiendo sus antiguas formas y esencia, y fue utilizada con frecuencia con fines fraudulentos o fiscales. En algunos países incluso cayó en desuso. Es por ello por lo que la codificación al respecto es realmente escasa en esa época. La doctrina general afirma que en Francia, la adopción desapareció en el antiguo régimen, reapareciendo más adelante bajo la Revolución (GONNET).

Las Guerras Mundiales y las incalculables situaciones de desvalimiento que generaron impulsaron el renacimiento de las adopciones como práctica notoriamente extendida, que CARBONNIER calificó como “notable fenómeno de psicología colectiva”. Al mismo tiempo su regulación sufrió también un gran desarrollo, que al mismo tiempo fue modificándose según las diferentes nuevas necesidades y concepciones sociales. Es por ello por lo que podemos afirmar que la adopción es uno de los institutos civiles de mayor movilidad en el tiempo entre la primera posguerra y el momento presente. De este modo, en muchas legislaciones, entre ellas la nuestra, como veremos en el siguiente epígrafe, se han dado frecuentes y repetidas alteraciones del régimen legal de la adopción. Aun así, estas variaciones se han dado dentro de una línea general, modificándose las edades para adoptar y ser adoptado, mayores exigencias para las familias adoptantes y mayores garantías para una mejor socialización del hijo adoptivo.

1.3. La adopción en nuestro ordenamiento

1.3.1 Aproximación histórica

No tendría sentido alguno analizar cuál es la definición y regulación de la adopción en nuestro ordenamiento sin antes hacer un breve barrido por la evolución que ésta ha sufrido en España a lo largo de la historia hasta nuestros días.

La primera referencia a esta figura en España aparece en el Breviario de Alarico. En él se dan los fundamentos de la denominada *perfiliatio* que, mucho más adelante, aparecería en documentos posteriores a la invasión musulmana. Sin embargo, tal como OTERO destaca, existen grandes diferencias entre la institución tal como aparece en los textos, con los efectos de la adopción romana, y en los documentos, en los que se constatan fines fraudulentos.

En el Fuero Real y más adelante en el Fuero de Soria aparece la figura de la *perfiliatio*, con una gran influencia del derecho romano, en la práctica notablemente deformada, cuyo fin era legitimar los hijos extramatrimoniales. De ese modo, se permitía la adopción a todo hombre o mujer sin descendientes legítimos respecto de quien, por su edad, pudiera ser hijo. Aun así, no se adquiría la patria potestad ni el parentesco: sus efectos eran fundamentalmente patrimoniales, de modo que el perfiliado adquiría el derecho a una cuarta parte de la herencia del perfiliante.

En las Partidas puede identificarse una total recepción de la adopción justiniana. En ellas, se acoge el principio *adoptio imitatur naturam*, y se distingue la adopción de la arrogación, y dentro de ésta la plena y la menos plena, según si el adoptante es o no ascendiente del adoptado. Reproducen los mismos requisitos, formalidades y efectos que la adopción justiniana, permitiendo la adopción sólo a quien no tuviese hijos, y atribuyendo con la adopción plena la patria potestad, así como los derechos de hijo al adoptado.

En la época de la codificación la adopción era en España una institución de poca trascendencia práctica, cuya finalidad era satisfacer los intereses de los matrimonios sin hijos. De hecho, fue incluida en el proyecto de Código Civil de 30 de abril de 1851 a pesar de las reticencias de García Goyena "porque se trataba de la regulación puramente dispositiva de algo que puede conducir a sentimientos dulces

y benéficos"¹, gracias a la intervención de un vocal andaluz en la comisión, que puso de manifiesto que en su territorio era utilizada ocasionalmente. Finalmente, situado en el Título de la patria potestad, en el Código se incluyó un capítulo sobre la adopción, aunque simplificó enormemente las especies históricas y no logró darle significación clara ni efectos importantes, salvo la adquisición de la patria potestad. El proyecto de 1851 establecía la edad mínima para adoptar en cuarenta y cinco años y la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado, en quince. Estaba prohibida a quienes tuvieran descendencia legítima y a los eclesiásticos.

En el proyecto esta figura estaba inspirada en el derecho justiniano, aunque limitando la adopción a la minus plena (sin plena ni arrogación) pero con atribución de patria potestad. El adoptado no se integraba en la familia adoptiva, si bien tenía respecto de ella derecho de alimentos y a utilizar los apellidos del adoptante y quedaba sometido a la patria potestad de éste. No ostentaba derecho sucesorio alguno en la familia del adoptante y conservaba sus derechos en la familia de origen. La adopción se constituía ante el alcalde y se consignaba en escritura pública.

La base 5ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, que autorizó al gobierno para la publicación de un Código Civil, disponía que el Código regulase la adopción "fijándose las condiciones para prevenir los inconvenientes que el abuso de ese derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia". El mismo texto de esta base pone de manifiesto un cierto recelo hacia la institución de la adopción, que parecía peligrosa para el matrimonio y la familia legítima, y que era una posible fuente de fraudes.

La regulación de la adopción en el Código Civil de 1889 era restrictiva y pobre, en el sentido de que preveía un sólo tipo de adopción de efectos muy limitados, centrada en el interés del adoptante, permitida sólo a los mayores de cuarenta y cinco años, quince años mayores que el adoptado y que no tuvieran descendencia legítima o legitimada. El Código contemplaba tanto la adopción de mayores como la de menores de edad, y la prohibía a los eclesiásticos. En cuanto a sus efectos, atribuía la patria potestad al adoptante y comportaba el nacimiento de un derecho recíproco de alimentos, pero no integraba al adoptado en la familia del adoptante ni le desvinculaba de su país de origen. Tampoco comportaba la adquisición de derechos sucesorios, excepto si el adoptante se comprometía a instituir heredero al adoptado en la escritura de adopción.

¹LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil, IV. El Derecho de Familia*. Zaragoza: José María Bosch Editor, 1997, p.541.

Como novedad importante respecto del proyecto de 1851 hay que destacar la necesidad de aprobación judicial² para la constitución de la adopción, a continuación de la cual se otorgaba la escritura y se inscribía en el Registro Civil. En definitiva, la adopción regulada en el Código no creaba relaciones de filiación, y es por ello por lo que fue objeto de muchas críticas.

La Ley de 24 de abril de 1958 modificó considerablemente la adopción del Código. El capítulo correspondiente fue redactado de nuevo, esta vez dividido en tres secciones: "Disposiciones generales", "De la adopción plena" y "De la adopción menos plena". Se rebajó la edad mínima y se intensificaron los efectos de la plena, equiparándolos con los del reconocimiento. Era la primera vez que se distinguía en nuestro ordenamiento entre adopción plena y menos plena. La primera, reservada para los menores de catorce años, abandonados y huérfanos, comportaba la equiparación del adoptado al hijo natural reconocido, con sustitución de los apellidos, pero sin llegar a desvincular totalmente al adoptado de la familia natural, respecto de la que conserva ciertos derechos, como los sucesorios y los de alimentos, cuando no pudiera obtenerlos del adoptante, pero le eximía de deberes. Sólo podían adoptar en forma plena los matrimonios sin descendencia que llevaran casados cinco años como mínimo, y los viudos. La adopción menos plena tenía un régimen muy parecido al de la adopción prevista en la redacción originaria del Código, y sólo comportaba la atribución de la patria potestad y el deber recíproco de alimentos. El derecho a utilizar los apellidos y a suceder del adoptante podía concederse por pacto en la escritura. Para ambos tipos de adopción se requería una edad mínima de treinta y cinco años y la diferencia de edad entre adoptante y adoptado pasó de los quince a los dieciocho años. La reforma fue bien recibida por la doctrina que había criticado la legislación anterior, si bien fue calificada de tímida.

De nuevo con la Ley de 4 de julio de 1970 se modificó el régimen de la adopción, con el objetivo de facilitar su constitución y reforzar sus efectos. Se suprimieron algunas de las prohibiciones para adoptar y se redujo la edad mínima para adoptar hasta los treinta años y la diferencia de edad hasta los dieciséis. Dejó de exigirse que el adoptado fuera abandonado, y respecto de los adoptantes, se introdujo la posibilidad de adoptar para las personas solteras y dejó de exigirse la ausencia de descendencia para los matrimonios. La adopción plena provocaba la equiparación del hijo adoptado al legítimo, de manera total en materia de apellidos y de manera casi total en cuanto a los derechos sucesorios. En esta materia el adoptado no podía

² Novedad que aún se mantiene en la actualidad y que, como veremos más adelante, adquiere gran relevancia para el estudio que nos ocupa.

recibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido y, en caso de concurrir a la sucesión del adoptante con hijos naturales de éste, no podía recibir más que cada uno de ellos. La integración del adoptado en la familia adoptiva no era todavía total, ya que los vínculos de parentesco que la adopción provocaba se limitaban a la relación entre adoptante y adoptado. Respecto de la familia de origen, el adoptado conservaba sus derechos, si bien quedaba exento de deberes. Se previó también la posibilidad de integrar a los propios hijos reconocidos, que de esta forma adquirirían el estatuto de hijos legítimos.

En esta nueva reforma, por otro lado, la adopción menos plena pasó a denominarse simple, y sus efectos eran básicamente, en ausencia de pacto, la atribución al adoptado de la misma posición que el hijo natural reconocido en la sucesión del adoptante y la conservación de los apellidos de la familia de origen. La constitución de la adopción requería aprobación judicial y se mantuvo la necesidad de escritura pública. Se incrementó el margen de valoración judicial, que abarcaba, además de la concurrencia de los requisitos legales, la conveniencia de la constitución de la adopción para el adoptado. Finalmente, se describió la situación legal de abandono de menores, que requería, en el caso de que el menor hubiera sido entregado a un establecimiento benéfico, que hubiese permanecido en él durante seis meses sin que sus familiares más próximos se hubieran interesado efectivamente por él.

Más adelante, la Ley de 13 de mayo de 1981 modificó de nuevo el régimen de la adopción, esta vez prescindiendo de la equiparación de la adopción plena con la filiación legítima y de la adopción simple con la filiación natural, como se había considerado en la ley de 1970. Con ocasión de la reforma del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se reformó la adopción con la intención de adecuar su regulación al nuevo régimen de la filiación y la patria potestad. A pesar de ello, la reforma fue más amplia de lo que requería la simple adecuación. La nueva regulación declaró la igualdad entre filiación matrimonial, no matrimonial y plena, y suprimió la posibilidad de adoptar hijos propios, operación que perdía sentido a causa de la equiparación entre filiaciones. Se suprimió también el plazo de cinco años de matrimonio como requisito para poder adoptar. En cuanto a los efectos, el adoptado en forma plena se integraba plenamente en la familia adoptiva y quedaba desvinculado de la familia de origen, si bien conservaba en ella algún derecho sucesorio. Los efectos sucesorios de la adopción simple se redujeron, de manera que quedaron regulados de manera parecida a como lo estaban en la redacción originaria del Código y tras la reforma de 1958 para la adopción menos plena.

1.3.2 Las últimas reformas

El régimen actual de la adopción se contiene en los artículos 175 a 180 del Código Civil, reformados por la Ley Orgánica 21/1987 de 11 de noviembre, que les asigna un contenido muy distinto al anterior. Esta misma ley añadió un nuevo instituto, "de la guarda y acogimiento de menores". Además, se reformó de nuevo la adopción con los objetivos principales de potenciar el control público, de realizar la integración real del adoptado en la familia del adoptante y de potenciar el interés del adoptado por encima de cualquier otro. La redacción que resultó de esta Ley es la que está vigente en la actualidad. Las modificaciones más relevantes fueron la regulación de un solo tipo de adopción, que comporta la integración total del adoptado en la familia adoptante y la ruptura de sus vínculos jurídicos con la familia anterior, que requiere, como regla general, una fase de acogimiento previo y que, en principio sólo puede tener lugar con relación a menores de edad. Se suprimió la etapa notarial final y se convirtió así en un procedimiento puramente judicial, en el cual el Juez debe decidir con base en el interés del adoptado.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introdujo importantes modificaciones en el régimen de acogimiento, como la distinción de varias clases, mayores precisiones para su formalización, adecuación del marco de relaciones entre acogedores y el menor acogido, entre otros. Además también introdujo alguna modificación menor en la adopción y una regulación específica para la adopción internacional. Todo ello responde a la preocupación por mejorar la protección de los menores y adecuar la legislación española a los tratados internacionales ratificados por España, principalmente el Convenio de Derechos del Niño (NNUU, 20 de noviembre de 1989) y el Convenio de la Haya de 1993. La Ley declara, en primer lugar, los principios de superioridad del interés del menor, de respeto a los derechos que le reconocen la Constitución y los Tratados internacionales y la garantía de la tutela pública de estos derechos. A continuación, reconoce al menor los derechos al honor, intimidad y propia imagen, a la información, libertad ideológica, de participación, asociación y reunión, libertad de expresión y a ser oído. En segundo lugar establece los principios que han de regir la actividad de la Administración ante situaciones de desconocimiento de los derechos de los menores y las posibles medidas de actuación. En tercer lugar, la Ley regula la adopción internacional, tanto por lo que respecta a los requisitos de constitución y reconocimiento en nuestro país de las adopciones constituidas en el extranjero,

como también a las diferentes entidades competentes para su tramitación, sean éstas públicas o privadas. En cuarto lugar, se modifican algunos preceptos en materia de tutela, especialmente cuando ésta se refiere a menores.

La adopción internacional, por su parte, fue desarrollada más adelante mediante la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

1.3.3 Derecho vigente

El Código Civil vigente regula un sólo modelo de adopción: la adopción de efectos plenos, que integra al adoptado completamente en la familia del adoptante y le desvincula como regla general y prácticamente a todos los efectos, de su familia de procedencia.

Las adopciones referidas a menores abandonados, en las que interviene la administración, reciben un tratamiento diferente a efectos de procedimiento de las que pueden promoverse directamente por los adoptantes, que son las que afectan a mayores de edad o emancipados, así como a menores que tienen alguna relación con el adoptante (de parentesco o de convivencia previa). Aun así, la ley no hace un tratamiento suficientemente diferenciado entre los distintos supuestos de hecho que pueden plantearse. Se trata de una regulación prácticamente unitaria tanto en los requisitos como en los efectos de la adopción. Así, el tratamiento legal de algunos aspectos resulta inadecuado cuando hay que aplicarlo a personas y familias que se encuentran en diferentes situaciones y circunstancias. Por ejemplo, la adopción de parientes y de extraños, del hijo del cónyuge o del hijo de la pareja están sometidas a los mismos requisitos y producen los mismos efectos. También se equiparan la adopción de mayores y de menores de edad, y se exigen los mismos requisitos en la adopción de varios hermanos, sucesiva o simultáneamente, que de una sola persona o varias sin parentesco.

En el régimen vigente de la adopción se establece un doble control, administrativo y judicial. Lo usual es que cuando se produzca una solicitud de adopción (nacional), la entidad administrativa competente compruebe en primer lugar si los solicitantes son idóneos, y declare entonces dicha idoneidad. Este requisito de la idoneidad es fundamental para entender el actual régimen de la adopción: su finalidad es garantizar que la adopción es beneficiosa para el menor, y que la familia en la que

va a ser recibido reúne las condiciones necesarias para proporcionarle el entorno que necesita.³

Después, ya con vistas a una adopción concreta, interviene nuevamente la entidad administrativa para decidir a favor de qué solicitantes (se entiende que de entre aquellos declarados idóneos) formula la propuesta previa necesaria para que se inicie el expediente de adopción. Por último, debe haber resolución judicial declarando la adopción, resolución que se pronuncia, nuevamente, a la vista del superior interés del menor. Estos mecanismos de control tienen como finalidad primordial, entre otras de menor trascendencia, la de asegurar que la adopción es beneficiosa para el menor.

a) Requisitos de idoneidad para la adopción

El requisito de idoneidad tiene su origen en los documentos suscritos por España como son la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 6 de diciembre de 1990; y el Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993.

En la Convención de Derechos del Niño no se hace mención expresa a la "idoneidad" en el artículo referente a la adopción, sino que se trata de una mera norma programática que establece unos fines a alcanzar por cada Estado. En ella se recogen una serie de principios como son el "principio de subsidiaridad de la adopción frente a la filiación por naturaleza, principio de subsidiaridad de la adopción transnacional frente a la que no implique un desplazamiento transfronterizo del menor, principio de autoridad competente, principio de cooperación de autoridades, prohibición de beneficios financieros indebidos, principio de equivalencia de garantías, y otros principios relativos a los requisitos para constituir la adopción"⁴.

Por otro lado, en el Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993, se hace mención al requisito de la idoneidad en los artículos 5 y 15, concretando este último que "(si) la autoridad central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar preparará un informe que contenga información

³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. «Adopción: entre el interés del menor y los deseos de los adoptantes». *Acprensa*, 23 de julio de 1997.

⁴ CARRILLO CARRILLO, Beatriz L. "La adopción internacional en España", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº21, 2003, p.146.

sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que le animan, su aptitud para asumir una adopción internacional y sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo”. Este convenio diferencia entre Estado de origen, o sea el Estado en el que tiene su residencia habitual el menor, y el Estado de recepción, en Estado en el que tienen su residencia habitual las personas adoptantes. El artículo transcrito recoge una de las garantías mínimas que el Convenio impone a los Estados. Se trata de constatar que los adoptantes disponen tanto de las condiciones jurídicas como psico-sociales adecuadas.

En la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, se exigía a efectos de la adopción interna una propuesta previa de la Administración Pública, aunque no se especificaba en ningún precepto la exigencia de idoneidad de los adoptantes en las adopciones internacionales, pudiéndose extraer del espíritu y la finalidad de la norma la exigencia de tal idoneidad.

El artículo 176.1 CC indica que “la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”. Por su lado, la LEC de 1881, modificada por la Ley de 1987, en su artículo 1.829 establecía el contenido de la propuesta previa de la Administración pública, que debía contener “ a) Las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen su exclusión de otros interesados”.

El término “certificado de idoneidad” se introdujo por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996, de 15 de enero). Tal como recoge su exposición de motivos, “la Ley introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que habrá de ser apreciado por la entidad pública, si es ésta la que formula la propuesta, o directamente por el Juez, en otro caso. Este requisito, si bien no estaba establecido en nuestro derecho positivo su exigencia aparece explícitamente en la Convención de los Derechos del Niño y en el Convenio de La Haya sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional y se tenía en cuenta en la práctica en los procedimientos de selección de familias adoptantes”. Particularmente, en su Disposición Final décima, modificó el artículo 176 CC e introdujo el requisito.

a.1) *Adoptante*

El Código Civil exige una edad mínima de 25 años, y una diferencia de edad respecto de la persona que se pretende adoptar de 14 años, según establece el artículo 175.1 CC. El requisito de edad mínima, en el caso de adopción conjunta (cónyuges o parejas de hecho que convivan de forma estable en relación de afectividad análoga a la conyugal)⁵, se exige solamente a uno de ellos. Sin embargo, en el caso de la adopción del hijo del cónyuge, no tiene excepción alguna, puesto que la ley no lo considera como una adopción conjunta.

Por otro lado, en cuanto a la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado, no existe ninguna excepción, aunque algunos autores consideran que debería preverse la posibilidad de flexibilizar su exigencia en los casos de la adopción del hijo del cónyuge o del hijo de la pareja de hecho, y en cualquier otro en el que éste fuera el único impedimento para constituir una adopción conveniente para el adoptado.⁶

El Código no establece una edad máxima para la adopción, así que es el Juez quien debe valorar cada caso en base al interés del adoptado. Aun así, los equipos técnicos de las entidades públicas que realizan la selección de adoptantes excluyen automáticamente a quienes superan cierta edad.

La ley permite la denominada adopción conjunta, es decir, que permite adoptar conjuntamente tanto a los cónyuges como a las parejas de hecho. Para ello no se les exige, como sí había ocurrido en anteriores legislaciones, que lleven casados un número determinado de años, o que carezcan de descendencia. A las parejas de hecho sólo se les permite adoptar a menores de edad, y únicamente en el caso de que adopten simultáneamente: se excluye, por lo tanto, la adopción del hijo de la pareja.

En España, por lo tanto, pueden adoptar, bien personas individuales, o bien los cónyuges o los componentes de una pareja de hecho. Fuera de

⁵ Disp. adicional 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

⁶ MALO, Fernando. *Glosa al requisito de la diferencia de dieciséis años entre adoptante y adoptado*, RCDI, 1981, p. 72-81

estos dos supuestos no cabe adopción simultánea por más de una persona. Aunque ha sido criticada, la posibilidad de adoptar por parte de una persona sola no debe ser objeto de un juicio global negativo. Como regla, lo mejor para un menor es integrarse en una familia completa (es decir, con un padre y una madre), y no formar junto con el único adoptante una familia monoparental. Esto significa que, en igualdad de condiciones, es más idóneo un matrimonio que un solicitante individual.

Sin embargo, no siempre se encuentra un matrimonio para adoptar a ciertos menores especialmente conflictivos o problemáticos: en tal caso, el interés del menor puede aconsejar que sea adoptado por el solicitante individual, que le puede proporcionar el cariño y la atención personalizada que precisa. Por ello, debe atenderse cada caso concreto, y valorar la idoneidad del adoptante siempre según las necesidades y características del menor.

Más problemático es el caso de las uniones no matrimoniales, que se caracterizan por una menor estabilidad de los matrimonios, también desde el punto de vista sociológico, y que por tanto, como regla, constituyen una opción más arriesgada, ante la alta posibilidad de que se deshagan en un plazo de tiempo relativamente corto: el adoptado, normalmente más sensible desde este punto de vista por sus experiencias previas, puede percibir esa ruptura como especialmente traumática. Tanto la entidad administrativa como el juez deberán entonces valorar este dato a la hora de conceder una adopción a una pareja de hecho.

Todavía más polémica es la adopción por parejas homosexuales. En este sentido, tanto la doctrina como la opinión pública están completamente divididas. Se trata, además, de un punto que necesariamente debemos tratar en el asunto que nos ocupa, puesto que se trata de los casos en los que por excelencia se evoca el “derecho de los homosexuales a adoptar”.

Lo primero que debe ser advertido es que las uniones homosexuales no son capaces de cumplir la función social del matrimonio y la familia. Desde el punto de vista biológico, porque son uniones estériles, incapaces estructuralmente (y esto ocurre con todas ellas, y no sólo con algunas) de reproducirse como consecuencia directa y exclusiva del ejercicio de la sexualidad. Si bien también es cierto que pueden llegar a tener

descendencia “ortopédicamente”, recurriendo, entre otras posibilidades, a la adopción. Pero entonces el problema es la idoneidad de estas uniones para proporcionar al niño adoptado un ambiente de humanización y socialización adecuado.

Es muy significativa la opinión manifestada por varios especialistas (SEGOVIA DE ARANA, GRISOLÍA, LÓPEZ-IBOR, MORA y PORTERA, en un artículo publicado en el diario ABC), en torno a la posibilidad de dar niños en adopción a parejas homosexuales; entre otros argumentos en contra, dicen “Un niño ‘paternizado’ por una pareja homosexual entrará necesariamente en conflicto en sus relaciones con otros niños. Se conformará psicológicamente un niño en lucha constante con su entorno y con los demás. Creará frustración y agresividad”⁷. Del mismo modo, la Asociación Española de Pediatría señala que “un núcleo familiar con dos padres o dos madres, o con un padre o madre de sexo distinto al correspondiente a su rol, es, desde el punto de vista pedagógico y pediátrico, claramente perjudicial para el armónico desarrollo de la personalidad y adaptación social del niño”.⁸

Estas consideraciones explican que, incluso en ordenamientos que otorgan un cierto reconocimiento jurídico a estas uniones, se excluya expresamente la posibilidad de que reciban niños en adopción; y, con criterio más amplio, explican también la preferencia que razonablemente debe ser dada a las uniones heterosexuales (y más concretamente, por las razones expuestas, al matrimonio) a la hora de la adopción, en cuanto responden mejor al superior interés del adoptando.

a.2) Adoptado. La adopción internacional y otras consideraciones.

A pesar de que la adopción es una institución dirigida fundamentalmente a la protección de menores de edad, el Código también prevé la posibilidad de adoptar mayores de edad o emancipados, aunque con ciertos requisitos. Se exige para la adopción del mayor de edad o del menor emancipado, que éste haya convivido con el adoptante inmediatamente antes de la emancipación, y que esa convivencia se haya iniciado antes de

⁷ ABC, Madrid, 8 de octubre de 2002, p.39

⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. «Adopción: entre el interés del menor y los deseos de los adoptantes». *Aceprensa*, 23 de julio de 1997.

que el adoptado hubiere cumplido los catorce años. Para la tramitación de la adopción de mayores de edad o emancipados, no es necesaria la propuesta previa de la entidad pública, como es la regla general. Tal como expone M^a DOLORES ARIAS DIAZ⁹, las restricciones para la adopción de mayores de edad son excesivas y demasiado rígidas, especialmente la que exige que la convivencia se haya iniciado antes de los catorce años. De esta manera, como ya ha sucedido en algún supuesto, no es posible constituir algunas adopciones que pudieran ser muy convenientes, por haberse iniciado la convivencia después de que el adoptado hubiese alcanzado esa edad, como en supuestos de adopción de varios hermanos, de parientes huérfanos del adoptante o del hijo del cónyuge. Por otro lado, Gabriel García Cantero también plantea la duda de si podría constituirse la adopción después de muchos años de finalizada la convivencia que la ley exige¹⁰.

Por otro lado, debemos tener en consideración el caso de la adopción internacional, que ha experimentado un gran auge en los últimos años. Esto se debe, en primer lugar, a que en los países de acogida se ha reducido notablemente la cantidad de niños en situación de ser adoptados, es decir en situación de desamparo. Las principales causas de ello son el abundante recurso a los anticonceptivos, la legalización del aborto y la mejora en la consideración legal y social de las madres solteras y de los hijos extramatrimoniales.

Otra de las razones del gran auge en la adopción internacional la encontramos en los países de origen, donde la situación es precisamente la contraria: altos índices de natalidad y pobreza, nivel elevado de abandono o desamparo de niños recién nacidos, y escasas posibilidades de que todos esos niños puedan ser adoptados en su país de origen. Es también habitual que en muchos países de origen los requisitos legales para la adopción sean menos estrictos, de manera que quienes (por ejemplo, por razón de edad como hemos visto) podrían no tener acceso a un niño de las características deseadas en su propio país, podrían conseguirlo más fácilmente en uno de estos países de origen.

⁹ ARIAS DÍAZ, M^a Dolores. «La adopción de mayores de edad», *La Ley*, 9 de noviembre de 1998, núm. 4667.

¹⁰ GARCÍA CANTERO, Gabriel. «La adopción de mayores de edad», *AC*, 1998, núm. 41.

Estos dos factores han determinado ese auge de las adopciones internacionales, no sólo en España, sino en todos los países de nuestro entorno. Sin embargo, esta situación ha dado lugar a numerosos problemas. Por un lado, están los problemas ligados a las diferencias entre las legislaciones nacionales, y a las dificultades de reconocimiento en el país de acogida de las adopciones realizadas en el país de origen. Existen, por otro lado, problemas de adaptación del niño que tiene ya una cierta edad, vinculados a las diferencias culturales, sociales, etc. entre el país de origen y el de acogida.

Se dan también problemas relativos a determinadas prácticas ilícitas, o al menos poco claras, que se han traducido en ocasiones en un verdadero tráfico internacional de niños. Entre estas prácticas cabe citar la falsificación de la documentación necesaria, en cualquiera de sus fases (por tanto, sin que necesariamente los adoptantes lo sepan), pero sobre todo a fin de convertir a un niño en adoptable: certificados de nacimiento, declaraciones de maternidad, renunciaciones al niño por quien aparece como su madre sin serlo realmente, etc., así como presiones psicológicas o económicas sobre los padres biológicos, secuestro de niños para darlos en adopción, la toma en consideración únicamente de criterios económicos a la hora de seleccionar los padres adoptivos o, finalmente, la adopción por hecho consumado (la de quienes se presentan en el país de acogida con un niño no adoptado en el país de origen, y sin haber obtenido la documentación necesaria para tramitar la adopción en el propio país de acogida).

Para hacer frente a estos problemas, que exigen un alto nivel de cooperación entre los países implicados, se han puesto en funcionamiento diversos mecanismos. El más importante de ellos es el Convenio de la Haya sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, firmado y ratificado por España. En él se contiene una redacción detallada de muchos de los aspectos más problemáticos de la adopción internacional, con el objetivo de prevenir la sustracción, venta y tráfico de niños, así como de facilitar el reconocimiento en los Estados de acogida de las adopciones realizadas en los países de origen, de acuerdo con el Convenio: se da así respuesta a dos de las cuestiones más problemáticas de la adopción internacional. Sus

previsiones fueron incorporadas a la legislación española por medio de la ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en 1996.

a.3) *Prohibiciones*

No está permitida la adopción cuando existe grado de parentesco entre el adoptado y el adoptante en la línea recta y en la línea colateral en segundo grado por consanguinidad o afinidad. Tampoco puede adoptar el tutor a su pupilo hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta de la tutela, como indica el artículo 175.3 CC.

Por otro lado, el artículo 175.4 CC prohíbe la adopción por más de una persona, salvo que se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte.

La prohibición de adoptar a los descendientes es consecuencia de la equiparación de efectos entre las filiaciones por naturaleza y adoptiva, pues la adopción no supondría ninguna ventaja en relación con la vinculación preexistente. Tal como está redactada, esta prohibición no afecta a los descendientes por afinidad, por lo que un suegro podría adoptar a su nuera. Por otro lado, la prohibición de adoptar a los parientes en la línea colateral afecta a los parientes por consanguinidad o afinidad, con lo que la extensión a los cuñados es ciertamente criticable: no puede considerarse que la relación de parentesco que les une haga superflua la adopción, como sí ocurre en el caso de los ascendientes y descendientes.

Por último, el hecho de que el código limite la prohibición a los colaterales por consanguinidad o afinidad comporta que haya que considerar excluidos de ella a los hermanos adoptivos y, por lo tanto, que sea posible su adopción. Esta interpretación no concuerda con la idea de que, por la adopción, el adoptado se integra en la familia adoptiva. Tal como reflexiona GARRIGA GORINA, si se relaciona este precepto que permite la adopción del hermano adoptivo con el artículo 47 CC, según el cual en la línea colateral sólo constituye impedimento matrimonial el parentesco por

naturaleza, puede llegar a plantearse la duda sobre si realmente el adoptado está integrado en la familia adoptiva.¹¹

a.4) *La adopción post mortem*

Esta posibilidad, prevista en el artículo 176.3 CC, permite que aunque el adoptante haya fallecido pueda constituirse igualmente la adopción si éste había otorgado ante el Juez su consentimiento. Aun así, la adopción post mortem puede solo darse en la adopción del huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, del hijo del consorte del adoptante y del que llevara más de un año acogido legalmente o bajo la tutela del adoptante.

Esta adopción tiene efectos retroactivos al momento de prestación del consentimiento, con lo que, a efectos sucesorios, permitirá proteger los derechos del adoptado con relación a la herencia del adoptante y a otras herencias a las que puede resultar llamado o de las que pudiera resultar excluido, en caso de constituirse la adopción.

Parte de la doctrina ha mostrado su recelo a esta posibilidad, poniendo en duda la conveniencia de estas adopciones ya que el adoptado es huérfano, al menos de padre o de madre, desde el momento en el que se constituye la adopción.

b) La constitución de la adopción

La adopción se constituye por resolución judicial, en la que el Juez debe valorar si conviene al adoptando, tras comprobar que concurren los requisitos legalmente exigidos y en base al interés del menor (artículo 176.1 CC). Tal como indica GARRIGA GORINA, y como analizaremos más adelante, "se ha escrito mucho sobre la naturaleza jurídica de la adopción tras la última reforma, y parece claro que ya no puede hablarse de un negocio privado homologado por el Juez, en tanto que éste puede decidir no constituir la adopción aunque concurren todos los requisitos

¹¹ GARRIGA GORINA, Margarita. *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Aranzadi, 2000, p.29.

establecidos por la Ley, si no la considera conveniente para la persona a la que se pretende adoptar"¹².

Existen tres formas de participación en el expediente de adopción: el consentimiento, el asentimiento y la audiencia.

- El consentimiento: es una declaración de voluntad que deben prestar las personas que van a ser parte en la relación que se constituye, y supone la aceptación de la relación jurídica de filiación que se crea, con el contenido determinado legalmente. Deben consentir la adopción el adoptante o los adoptantes y el adoptado cuando sea mayor de doce años, en presencia del Juez (artículo 177.1 CC). Aunque el consentimiento es imprescindible para que pueda constituirse la adopción, no es un requisito constitutivo.
- El asentimiento: es una declaración de aceptación de una relación jurídica, que han de realizar los padres del adoptando y el cónyuge del adoptante, a cuyos intereses afecta la adopción, si bien no formarán parte de la relación jurídica que se constituye (artículos 177.2 CC y 1830 LEC).

El asentimiento del cónyuge del adoptante supone la aceptación de las consecuencias personales y patrimoniales que puedan afectarle. Se exige con la finalidad de garantizar una buena acogida del adoptado en la familia del adoptante.

Por otro lado, los padres del menor no emancipado deben asentir sólo en el supuesto de que hayan cumplido los deberes que configuran la patria potestad pues no se requiere si están privados de ella o incurso en causa legal para tal privación. La valoración de las circunstancias que pueden impedir a los padres manifestar o no su asentimiento y, por lo tanto, realizar una oposición eficaz a la adopción de su hijo, es la cuestión que provoca más litigios en materia de adopción. El asentimiento de los padres sólo puede ir dirigido a un adoptante determinado en los supuestos de adopción en los que no interviene la administración. La propuesta previa de la administración no se requiere, según el artículo 176.2 CC, "cuando el adoptado concorra alguna de las circunstancias siguientes:

¹² GARRIGA GORINA, Margarita. *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Aranzadi, 2000, p.30.

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

2ª) Ser hijo del consorte del adoptante

3ª) Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela al mismo tiempo.

4ª) Ser mayor de edad o menor emancipado".

Con esta limitación de los casos en los que se solicita el asentimiento se pretende impedir el trato directo entre el adoptante y el adoptado y, por lo tanto, el tráfico de menores.

El asentimiento de la madre, por otro lado, recibe un tratamiento especial, ya que solamente se le permite prestarlo a partir de cumplidos treinta días desde el parto, con el objeto de asegurar que ha tenido tiempo de meditar sobre una cuestión tan trascendental, tras recuperarse del parto. El proyecto de 1986 establecía un plazo de quince días. El Convenio sobre la Adopción del Consejo de Europa, de 1967, que no vincula a España, establecía que este plazo no debía ser inferior a tres semanas.

En asentimiento, a diferencia del consentimiento, no es imprescindible, con lo que la adopción puede constituirse a pesar de que éste falte, en el caso de que, como dice la ley, los que deban prestarlo se encuentren "imposibilitados para ello"¹³.

- La audiencia: por último, el Juez deberá oír a las personas que determina el artículo 177.3 CC, cuya opinión no le vincula, aunque se trata de un trámite

¹³ Esta "imposibilidad", cuya utilización ha criticado la doctrina por su ambigüedad, hay que entenderla referida a los supuestos en que no ha sido posible conocer el domicilio o paradero de los llamados a asentir y también a las situaciones de incapacidad legal o de hecho causada por enfermedad persistente que les impida manifestar su voluntad así como la ausencia. Ahora bien, fuera de estos supuestos, no puede constituirse la adopción sin los asentimientos que la ley exige, ya que el texto de la norma establece claramente esta necesidad al utilizar la expresión "deberán asentir". En consecuencia, la adopción que se constituya sin llamar a las personas que la ley señala o en contra de su voluntad será nula. Ni la doctrina ni la jurisprudencia son, sin embargo, unánimes en la valoración de la trascendencia de la falta de asentimiento. GARRIGA GORINA, Margarita. *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Aranzadi, 2000, p.32.

necesario, deducible de la expresión "deberán ser oídos". El artículo 1831 LEC autoriza, para ciertos casos, la exclusión de este trámite.

Los llamados en audiencia son los padres cuyo asentimiento no hubiese sido requerido por encontrarse incurso en causa de privación de la patria potestad, el tutor, el guardador, o el adoptando mayor de doce años si tuviera juicio suficiente y la entidad pública en el caso que el adoptando hubiera estado más de un año acogido por el adoptante. Además, el Juez puede llamar a las personas que considere conveniente.

c) El procedimiento de adopción

La adopción se tramita en un expediente de jurisdicción voluntaria en el cual los interesados pueden actuar sin abogado ni procurador. El procedimiento puede iniciarse, bien a propuesta de la entidad pública competente, caso en el que sería competente el Juez de Primera Instancia del domicilio de dicha entidad; o bien a solicitud del adoptante, donde sería competente el Juez de Primera Instancia de su domicilio. Por lo general, al ser la entidad pública la que suele impulsar el expediente, es poco común (se da en los cuatro supuestos del 176.2 CC) que sea el propio adoptante el que se dirija al Juez para la adopción.

La aprobación judicial constituirá la adopción, susceptible de apelación. Dicha aprobación da lugar a la inscripción en el Registro Civil, al margen de la inscripción de nacimiento¹⁴.

d) Los efectos de la adopción

Los efectos de la adopción tienen lugar desde la firmeza del auto que los acuerde. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificó el artículo 108 CC, otorgándole una nueva redacción donde queda definitivamente sellada la igualdad de las distintas filiaciones, tanto biológica (matrimonial o no matrimonial) como la adoptiva. Esto supone que los efectos que produce la adopción en el ámbito familiar son idénticos a los derivados de la filiación natural.

¹⁴ La Instrucción de la Dirección General de los Registros y Notariados de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción, indica que a petición de los adoptantes el Juez podrá extender una inscripción de nacimiento nueva, en la que constarán sólo los padres adoptivos. En este caso, la nueva inscripción hará referencia a la inscripción anterior, que habrá quedado formalmente cancelada.

De este modo, la patria potestad es contraída por los adoptantes, quienes en su ejercicio deben cumplir los deberes y derechos establecidos en el artículo 154 CC y siguientes, así como lo establece el artículo 178.1 CC, cuando determina que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia anterior.

Los apellidos, por otro lado, serán los del adoptante, como indica el artículo 109 CC y el 201 del Reglamento del Registro Civil. El adoptado pasa a ser pariente de la familia del adoptante con todos sus efectos, con lo que será de aplicación las normas sobre alimentos entre parientes, sucesión hereditaria, institución tutelar o impedimento matrimonial.

Respecto a la familia anterior, se produce la extinción de la patria potestad. Aun así, el parentesco seguirá manteniéndose con efectos en materia de impedimentos matrimoniales (artículo 47 CC). Además, el artículo 178.2 CC, reformado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, indica que "por excepción, subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda:

1º) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiera fallecido.

2º) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir."

Debemos mencionar también la posibilidad de la exclusión de los efectos de la adopción. Si el adoptante lleva a cabo alguna de las conductas que constituyen causa para su privación, "el Juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, puede acordar que éste quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias" (artículo 179 CC). En materia sucesoria, el adoptante pierde los derechos que pudieran corresponderle, es decir, que pierde la condición de legitimario del adoptado y de los descendientes de éste y no les sucederá abintestato, si bien podrá heredar de todos ellos por vía testamentaria¹⁵.

Se trata de una norma que establece, específicamente para el caso de adopción, las consecuencias del incumplimiento de los deberes que la ley impone a todos los

¹⁵ Hay que tener presente, además, que las conductas que dan lugar a la exclusión pueden constituir también causas de desheredación y de indignidad sucesoria (artículos 854 y 756 CC).

padres, sin que quede claro cuáles son las razones por las que no se sanciona el incumplimiento del adoptante por la misma vía que el del progenitor biológico. Sin embargo, para el adoptante persisten las obligaciones de velar y alimentar al adoptado, aunque el Código no lo establezca expresamente, por aplicación del artículo 110 CC, que establece la obligación de los padres, sin distinción según sean adoptivos o no, de velar por sus hijos menores y prestarles alimentos, aunque no ostenten la patria potestad.

El artículo 175.4 CC, permite la constitución de una nueva adopción mientras persiste la exclusión. Por otro lado, en el caso de que la exclusión afecte sólo a uno de los cónyuges, el cónyuge o el compañero del adoptante no excluido puede adoptar.

El adoptado plenamente capaz, según el artículo 179.3 CC, puede solicitar la rehabilitación del adoptante en las facultades de las que resultó privado. Para esta solicitud no hay plazo de caducidad, aunque no puede rehabilitarse al adoptante en caso de que se haya constituido una nueva adopción.

e) La extinción de la adopción

En nuestro ordenamiento, la extinción de la adopción supone en el adoptando la desaparición de los vínculos jurídicos que le unen con el adoptante y su familia. Aunque la adopción es irrevocable, su extinción puede tener lugar en dos supuestos:

- Con la sentencia firme estimatoria del procedimiento seguido a instancia de los padres biológicos, que sin culpa suya, no intervinieron en el expediente de adopción, siempre que la demanda se interponga en el plazo de los dos años siguientes a la adopción de manera ininterrumpida, a contar desde el momento de la constitución de la adopción, y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor (artículo 180.2 CC).
- Con la constitución de una nueva adopción, cuando haya muerto el adoptante o cuando éste sufra la exclusión prevista en el artículo 179.1 CC.

2. Fundamento de la adopción. La protección del menor

La propia Constitución, al enumerar en el Capítulo III del Título I los principios rectores de la política social y económica, hace mención a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

Precisamente, la sensibilidad social hacia la infancia se consolida a partir de determinados Tratados Internacionales ratificados por España, especialmente, la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1986, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo. En coherencia con el mandato constitucional y la tendencia en el ámbito internacional, se ha operado una importante renovación de nuestro ordenamiento jurídico en materia de menores partiendo de la consideración del menor como sujeto social, fuera del ámbito exclusivamente familiar y, a la vez, como auténtico titular de verdaderos derechos subjetivos. En consecuencia, la protección de los menores debe superar los arcaicos sistemas anclados en la caridad o en la beneficencia institucional, de forma que esa protección ha ido evolucionando desde una perspectiva de beneficencia de niños abandonados hacia su extensión a situaciones de trato vejatorio o de presión y descuido por parte de padres o guardadores.

Por tanto, en la actualidad, la protección de los menores integra toda una serie de actuaciones por parte de los poderes públicos, cuyo propósito es prevenir y corregir situaciones de desamparo o de desprotección de los mismos, las cuales, dada su variedad, exigen respuestas adaptadas a las necesidades y circunstancias de cada caso.

La competencia para la realización de esas funciones corresponde a los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a los que con arreglo a las leyes corresponda el ejercicio de esa función en el territorio de que se trate. Precisamente, en la LO 1/1996, subyace una tendencia hacia la desjudicialización de las actuaciones encaminadas a la protección del menor. Así, se puede comprobar cómo la legislación ha ido evolucionando en ese sentido, siendo cada vez más importante la intervención de la Administración.

Por tanto, la competencia para la adopción de medidas de protección de menores es única y exclusiva de la Administración; sin perjuicio de que en el ámbito de la jurisdicción puedan ser adoptadas medidas provisionales por situaciones de riesgo en cualquier tipo de procedimiento, civil o penal, como establece el art. 158 CC.

De acuerdo con lo apuntado, las situaciones de desprotección en que se puede encontrar el menor, y que dan lugar a la intervención administrativa, se pueden clasificar en: situaciones de riesgo de cualquier naturaleza, que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, y situaciones de desamparo del menor.

En el primer caso, dado que la situación existente no alcanza la gravedad suficiente como para separar al menor de su entorno familiar, la actuación de los poderes públicos se orientará a limitar los factores de riesgo, promoviendo las medidas de protección del menor y de su familia; se trata aquí de una actuación de apoyo o ayuda familiar, centrando la atención en la propia familia del menor. Esta es la medida más respetuosa con la familia y con el menor.

Aquí la Entidad administrativa competente pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para eliminar los factores de riesgo, actuando dentro de la propia familia a través de medidas de apoyo o ayuda familiar; así, puede tratarse de medidas económicas, cuando la causa determinante del riesgo proceda de carencias o insuficiencias de recursos económicos; prestaciones de tipo formativo o psicosocial, con la finalidad de mantener el hogar familiar como soporte básico y facilitar su normal integración social; medidas técnicas a través de actuaciones profesionales, para restablecer y facilitar el ejercicio adecuado de las funciones parentales (artículo 17 LO 1/1996).

Frente a las situaciones de riesgo, cuando se produce una situación de desamparo, la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, ya sea de forma temporal o definitiva, debiendo adoptarse la tutela o guarda legales que, a su vez, pueden desembocar en un acogimiento familiar o residencial y, en último término, en la adopción del menor.

Por otra parte, al margen de los supuestos anteriores, los órganos de la Administración también están obligados a actuar cuando los propios padres o tutores que no pueden asumir sus obligaciones de guarda en relación con sus hijos menores así lo solicitan. En estos casos, la Administración asume la guarda de los

mismos, con independencia de que también pueda venir impuesta por los órganos jurisdiccionales cuando así proceda legalmente.

El principio de protección integral del menor (“tout pour l’enfant”) se halla recogido en Convenios internacionales, y en nuestro derecho tuvo plasmación legal en la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, en los artículos 154.2º y 170.2 CC. La ley innovadora de la tutela de 1983 igualmente lo sanciona en el artículo 216. Como bien afirma VARGAS CABRERA¹⁶, no es una mera declaración programática, sino que, como señala la doctrina, una finalidad legal de la actuación de las potestades tuitivas, causa de los correspondientes actos con los consiguientes efectos en el ámbito de la respectiva nulidad o anulabilidad de las decisiones adoptadas. Debe primar siempre el interés del menor sobre el del padre o guardador y el interés futuro sobre el de presente.

Es frecuente en sentencias del TS y Audiencias Provinciales aludir al interés del menor (con fundamento en las normas constitucionales o convenios internacionales), proponiéndolo como principal criterio interpretativo. El TS se refiere al “superior interés del menor” en infinidad de sentencias¹⁷. Por lo general en el interés del menor se define con preponderancia el elemento espiritual de la afectividad, desarrollo integral de la personalidad sobre los aspectos materiales, resumiendo la SAP Córdoba de 18 de mayo de 1993 R 1057 que “el interés del niño no debe ser medido desde luego en confort material”, dándose preferencia en el Derecho francés al aspecto psíquico (*son besoin de paix, de tranquillité...c’est son équilibre psychique qu’il faut mettre au premier rang*, en expresión de SAVATIER) y en el anglosajón al amplio concepto de bienestar aplicando el *fare principle*, mientras que la doctrina y jurisprudencia española más recientes toman en consideración tanto el interés objetivo en el que se incluye cualquier utilidad, como las mayores

¹⁶ VARGAS CABRERA, Bartolomé. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Granada: Comares, 1994, p.9.

¹⁷ v. STS de 17 de mayo de 1986, STS 9 de marzo de 1989, o STS de 10 de diciembre de 1989. En la STS de 12 de febrero de 1992 se afirma que “la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada al beneficio de los hijos..., es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española... el sentido proteccionista hacia los menores de edad se manifiesta con suma claridad en la Convención sobre Derechos del Niño.”

En las resoluciones de la Audiencia, entre otras, en la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de septiembre de 1992 R 1324, o la de la Audiencia Provincial de Granada de 25 de mayo de 1993 R 963 para quien “la pauta a seguir es el interés supremo de los hijos menores... y así lo refrenda el texto constitucional en el art.39.. y de ahí que los derechos de los hijos pasan a gozar de la consideración de derechos de tal naturaleza (públicos)”. La SAP Cádiz de 21 de diciembre de 1992 R 1679 alude “el criterio del *favor minoris* es reconocido también en la Convención sobre Derechos del Niño”. En el Auto de la AP de Barcelona de 30 de septiembre de 1992 se dice que “en la vigente Ley de 11-11-87 se acentúa aun más el principio fundamental del *favor minoris*..”.

ventajas que ofrece uno u otro cónyuge para la educación del menor como el interés subjetivo que comprende cualquier ventaja que responda a una inclinación del propio hijo y a sus deseos o aspiraciones atendiendo a las circunstancias de cada menor.

2.1. El interés del menor en el derecho europeo

El Papel de los derechos fundamentales de la unión (la llamada Carta de Niza de 2000) reserva una atención especial a los derechos del niño, enunciados en su artículo 24 y considerados de carácter preeminente con respecto a los de los familiares adultos. La preeminencia, que induce a considerar que de esta fuente emana un principio general de supremacía de la tutela del menor y de sus intereses con respecto a las situaciones en las que éste viva e interaccione, resulta evidente con sólo observar cómo, en la estructura del texto, éste siempre es el sujeto al que se dirige la tutela. Sólo éste es el destinatario de la tutela contenida en el principio. A su protección, a su bienestar, a su interés las autoridades y las instituciones, públicas o privadas, deben adaptar sus actividades.

La audiencia del menor es un instrumento técnico para identificar cuál es su *best interest* en los hechos jurídicos que van llegando a la atención de la autoridad judicial. Por ello, el principio contenido en el artículo 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la unión no debe sólo leerse como una enunciación de principio dirigida a conformar las disposiciones de los sucesivos e inferiores niveles de reglamentación, sino que de hecho puede ser considerado una técnica jurídica de protección directamente adoptable por los jueces en los tribunales de cada Estado Miembro para fundar sus propias decisiones.

La parte más interesante del artículo 24, para el estudio que nos interesa, está contenida en su último párrafo. El niño tiene derecho a mantener contactos con ambos padres. Él es el titular de la tutela, y no ellos.

Esta regla tan simple, hoy tan ratificada que parece casi un lugar común, revela su importancia si consideramos, por ejemplo, cómo su entrada en el ordenamiento italiano ha tenido lugar tan solo recientemente con la disciplina de la custodia compartida. En el pasado, intervenciones dirigidas a crear reglas de custodia compartida no habían tenido éxito, tanto por las dificultades de realización concreta como, sobre todo, porque tal forma de custodia se proponía en clave facultativa. En

cambio, hoy, la custodia compartida debe ser necesariamente la forma privilegiada para regular la vida del menor tras la crisis entre los padres.

Podemos decir que ha cambiado la cultura jurídica dentro de la cual fundar la disciplina de las relaciones de las familias con menores. Y el cambio se dirige principalmente hacia la tutela del individuo más necesitado, portador de intereses juzgados superiores y preeminentes.

La Carta de los derechos fundamentales de la unión, por otra parte, no es la única fuente de Derecho europeo (entre otras de Derecho internacional) que se interesa por los derechos de los menores sobre la base de la tutela más general de las personas y de sus derechos fundamentales. Es más, se puede decir que la unión extiende el reconocimiento de los derechos a los menores mediante la precisa intervención en la regulación de relaciones judiciales, con el objetivo de garantizar la circulación de medidas y de sentencias. En efecto, más allá del intento de armonizar el territorio europeo y de garantizar que cada ciudadano pueda poner en ejecución los derechos judicialmente reconocidos en otros países de la unión, se lleva a cabo de hecho un apremio a la circulación de técnicas de tutela relativas a los derechos de las personas. Así, el Derecho europeo empieza a difundirse en un campo que tradicionalmente se dejaba al Derecho interno, como es el derecho de familia.

El reglamento CE 2201/2003, conocido como Reglamento "Bruselas II bis", dicta específicas normas dirigidas a la disciplina de los conflictos de jurisdicción relativos a la custodia y, en concreto, al mantenimiento de los hijos, para que la circulación de los padres dentro de los países de la unión no perjudique la ejecución de los derechos de los más pequeños. El mismo reglamento, por otra parte, salvaguarda la tutela de las obligaciones alimentarias dentro del espacio jurídico europeo y, de este modo, refleja el principio de solidaridad generalmente reconocido por la cultura jurídica occidental respecto a los sujetos débiles y ratifica el derecho de los hijos a ser cuidados y mantenidos.

Una peculiaridad del texto del reglamento consiste en referirse a la situación jurídica subjetiva del padre usando el término de "responsabilidad", entendiéndose con ello el conjunto de derechos y deberes conferidos a los padres en virtud de una decisión judicial.

En este sentido se expresan las normas de Derecho internacional privado contenidas en el reglamento "Bruselas II *bis*", el cual entiende expresamente por

responsabilidad del padre la obligación de éste de ejecutar los deberes de mantenimiento ratificados dentro de un país, incluso allí donde la libre circulación de personas haya alejado de hecho la residencia del menor de la del padre obligado. El reglamento CE 2201/2003, en su artículo 2, define la responsabilidad parental como "los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o *jurídica* en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos *jurídicos*, en relación con la persona o los bienes de un *menor*. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita". Más allá del hecho de que tal norma tenga la función de evitar que la circulación de los padres comprometa el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que derivan de procedimientos judiciales, los ordenamientos internos pueden leer en ella un nuevo modo de concebir y disciplinar las relaciones entre padres e hijos.

Otra característica importante del Reglamento "Bruselas II *bis*" se halla en su referencia a la generalidad de los hijos, comprendiendo en tal categoría no sólo a aquéllos tenidos en común por los padres, sino también a aquéllos nacidos de una eventual unión anterior o a los hijos naturales de uno de los dos cónyuges que resultaran integrados en la familia, así como a los hijos adoptados. Desde el punto de vista del Derecho sustancial ésta es una determinación muy importante, porque describe un Derecho europeo que, en materia de relaciones parentales, no hace distinción entre los modelos familiares dentro de los cuales están integrados los menores. Se trate tanto de un hijo integrado en una familia tradicional (padres con hijos en común) o en una familia recompuesta (padres con hijos nacidos de anteriores uniones) o en una familia ampliada, éste tendrá con respecto a los padres el mismo bagaje de derechos de instrucción, cuidados, educación y mantenimiento. Y, por consiguiente, los padres tendrán hacia ellos la misma responsabilidad en relación al reconocimiento y a la ejecución de las decisiones extranjeras dentro del espacio jurídico europeo.¹⁸

La potestad parental debe ser ejercida en función del interés del menor. También el Reglamento "Bruselas II *bis*" establece precisamente este principio general. Sin embargo, esta afirmación, considerada en sí misma, no indica una novedad, una diferencia de ejercicio de la potestad con respecto de las legislaciones familiares anteriores a las grandes reformas occidentales de los años 60 y 70. En efecto, incluso anteriormente a dichas épocas, el padre ejercía la potestad en el interés del menor, por lo que tal concepto se entendía con base en aquellas normativas.

¹⁸ MC ELEVY, P., "Bruxelles II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition", en *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 504.

Ahora bien, ésta es precisamente la cuestión. El concepto de protección y de interés del menor ha cambiado profundamente. En la codificación napoleónica, la función ejercida por el padre a través de la potestad se manifestaba sobre todo en las implicancias patrimoniales de su relación con el hijo. La organización jerárquica de la familia permitía al padre limitar la capacidad negocial del menor en el mercado y, en cambio, desde el punto de vista de las relaciones personales, el padre podía educar al hijo según los principios de la moral común y, sustancialmente, según lo que consideraba más oportuno. El interés del menor, por tanto, era concebido según un modelo que lo veía completamente compenetrado en el interés del grupo familiar determinado unilateralmente por las decisiones del padre. No se prestaba atención a las peculiares necesidades del individuo-niño, así como tampoco a los posibles conflictos entre los intereses de éste y los de otros miembros del grupo familiar. Incluso en aquel tipo de legislación estaba presente el control de la autoridad judicial sobre las decisiones del padre, pero, en realidad, incluso esta intervención se ejercía principalmente para autorizar particulares actividades de tipo patrimonial y no para verificar que el ejercicio de la potestad no contrastara con las necesidades de afecto y cuidados del menor.

La actual normativa europea, refiriéndose a las obligaciones parentales, destaca el concepto de la "responsabilidad" del adulto con respecto al menor y, al mismo tiempo, se aleja del concepto de "autoridad", en el pasado ligado a la *potestas*, que conllevaba la idea del niño dependiente y pasivo, desde el punto de vista jurídico, con respecto a la posición de supremacía del padre. Los derechos que se les reconocen a los padres tienen, por ello, su justificación en los correspondientes deberes de garantizar al niño el apoyo apropiado a su edad y, por lo tanto, deben ser ejercidos en la precisa responsabilidad de realizar el superior interés del menor y para garantizar su bienestar.

Por todo ello podemos afirmar que la potestad ahora ya no se concibe como Derecho subjetivo absoluto, sino como un derecho que puede ser debilitado por la intervención de la autoridad judicial en el caso en que el padre no logre cumplir la función de criar, cuidar y educar. El derecho del padre, por lo tanto, está garantizado sólo si converge con el interés superior del menor.

2.2. La situación de desamparo

La situación de desamparo está definida en el artículo 172.1.II CC. De acuerdo con este precepto, el desamparo se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Es decir, la situación de desamparo no sólo engloba los supuestos de falta de personas que se hagan cargo del menor, sino también aquellos casos en que existiendo esas personas, están imposibilitadas para el ejercicio de los deberes de protección, o cumplan esos deberes de modo inadecuado.

El desamparo es la base imprescindible para la inmediata intervención administrativa de protección por parte del Ente público correspondiente. Esto supone una gran novedad introducida por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del CC y de la LEC en materia de adopción, puesto que con anterioridad a la misma se exigía resolución judicial y el transcurso de determinado lapso de tiempo para permitir la actuación por parte de los poderes públicos.

Para poder acordar el desamparo es necesario que se cumplan tres requisitos:

- Se exige en primer lugar el incumplimiento por las personas obligadas a ello de los deberes de protección del menor, entendiendo por deberes de protección, los establecidos en las leyes de guarda de menores, es decir, los relativos a la esfera personal del menor que integran el contenido de la patria potestad (artículo 154 CC), esto es, velar por el menor, tenerlo en compañía, alimentarlo y educarlo procurándole una educación integral. Se trata no sólo de los supuestos de abandono absoluto del menor, sino también de aquellos casos en que los guardadores incumplen los deberes de hecho, los ejercen inadecuadamente o están imposibilitados para llevarlos a cabo. Los sujetos causantes de la desprotección son los padres que detentan la patria potestad, o aquellas otras personas que ostentan los poderes de guarda: tutores, defensor judicial, guardadores de hecho o acogedores. Es dudoso que las Entidades públicas puedan ser causantes de desamparo (desatención por los

directores de casas o establecimientos), puesto que aquí el desamparo no tendría las mismas consecuencias sino que la tutela quedaría residenciada igualmente en esas Entidades públicas. En cuanto a los sujetos pasivos de la desprotección, debe tratarse de menores de 18 años, tal como señala el artículo 10 de la LO 1/1996, excluyéndose los menores emancipados y habilitados de edad, en cuanto pueden regir su persona y los supuestos que se pueden dar en la realidad son muy variados: abandono voluntario del menor por su familia, ausencia de escolarización habitual del menor (el artículo 13.2 LO 1/1996 establece el deber de los ciudadanos de comunicar la falta de escolarización del menor), malos tratos físicos o psíquicos, trastorno mental grave de los padres o guardadores que limite o impida el ejercicio de los deberes de protección del menor, drogadicción habitual de las personas que integran la unidad familiar, si ello incide en el desarrollo y bienestar del menor; abusos sexuales en el seno de la familia; inducción a la mendicidad, a la delincuencia, a la prostitución o a cualquier otra forma de explotación económica; carencia de familiares, incapacidad, ausencia, enfermedad o incluso las necesidades económicas o un intenso déficit socio-cultural que pueda imposibilitar el ejercicio de los deberes de guarda.

- El segundo de los requisitos para que pueda hablarse de desamparo es la privación de la asistencia al menor. El desamparo siempre tiene que concretarse en un resultado determinado que es la desprotección del menor de edad, es decir, su privación de la necesaria asistencia, ya sea material (alimentos) o moral (afectividad, relaciones personales).

Esa privación no tiene que ser duradera en el tiempo, puesto que es suficiente que surja la situación de inasistencia para que se apliquen las consecuencias jurídicas, salvo que se demuestre que ésta es pasajera y se puede resolver con medidas menos drásticas, concretamente, las previstas en el artículo 158 CC. Ahora bien, como señalan las SSTC 143/1990, de 26 de septiembre, y 298/1993, de 18 de octubre, la asistencia moral o material de los menores en orden a la declaración de desamparo ha de interpretarse restrictivamente, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la

existencia del desamparo cuando se acredite, efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia social común.

- Por último, debe existir un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes de protección y la inasistencia del menor. De esta forma, si la situación de privación de asistencia del menor no viene motivada por el incumplimiento de los padres de los deberes de guarda, no se puede aplicar el artículo 172 CC y habrá que acudir a otro tipo de medidas distintas al desamparo: por ejemplo, internarlo en un establecimiento de salud mental si tiene un trastorno psíquico que hace difícil o imposible el cumplimiento de los deberes de guarda o, si ha cometido un delito o una falta, acudir ante el juzgado de menores, de acuerdo con lo establecido en la *LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor*.

2.3. La evolución de la protección del menor en la legislación estatal

La protección de menores en la legislación estatal tiene, sucesivamente, una doble consideración. Durante el s.XIX se consideraba como parte de la beneficencia. Ya dentro del s.XX, pasa a ser una materia diferenciada.

Su origen se encuentra en el artículo 321.6 de la Constitución de Cádiz, que encargaba a los ayuntamientos "(c)uidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriben". Estas reglas fueron la *Ley que contiene el Reglamento de Beneficencia*, decretada por las Cortes extraordinarias del trienio liberal en 1821 y posteriormente sancionada por Fernando VII, en 1822.

La vigencia de esta ley fue de nuevo recuperada en 1836, con el *Real Decreto restableciendo el reglamento general de Beneficencia decretado en Cortes*. En él se incluían en la beneficencia "las casas de maternidad, las de socorro, los hospitales de enfermos, convalecientes y locos y la hospitalidad y socorros domiciliarios" (artículo 40). Específicamente, los "Establecimientos de Beneficencia" estaban destinados a los "que no pueden ser socorridos en sus propias casas" (artículo 21).

"Las casas de Maternidad", una por provincia, eran los Establecimientos de Beneficencia correspondientes a los niños hasta seis años. A partir de esa edad, pasaban a las Casas de Socorro (artículo 71), donde se les impartía la primera enseñanza y posteriormente un "arte, profesión u oficio" (artículo 75).

Estas casas de Maternidad tenían tres departamentos: "uno para refugio para las mujeres embarazadas y paridas; otro para lactancia de los niños y otro para conservar y educar a éstos hasta la edad de los seis años" (artículo 41). El segundo departamento, hasta los dos años, estaba destinado tanto a los niños, hijos ilegítimos nacidos en la maternidad si las madres los dejaban, como a "todos los que fueren expuestos o entregados a mano", a consecuencia de su nacimiento. La dualidad entre "expósitos y abandonados" de nacimiento se completaba con los "absolutamente desamparados", que eran los "que habiendo sido abandonados por sus padres o quedando huérfanos de padre y madre no hubieren sido recogidos por algún pariente o persona extraña con propósito de cuidar de su crianza" (artículo 58).

Los niños de estas tres categorías estaban destinados a ser "colocados", después de concluída la lactancia, en "casas de labradores o artesanos de arreglada conducta" (artículo 57).

La beneficencia se limitaba a la simple guarda. Podía extinguirse de dos maneras. Principalmente, a través de la "entrega a los padres de los que hubieren sido reclamados" (artículo 67). En su defecto, o en caso de imposibilidad, cabía el "prohijamiento", figura similar a la adopción que hemos visto en el primer epígrafe, en los que pasaban a ser mantenidos por "personas honradas" con posibilidad para ello. La *Ley que contiene el Reglamento de Beneficencia* quedó derogada en 1849.

Siguiendo con la protección del menor, esta vez ya como materia diferenciada, tenemos como precedente la normativa de carácter laboral sobre el trabajo de los niños. En 1973 se aprobó la denominada Ley Benot, que prohibía admitir en fábricas, talleres y minas a menores de 16 años. Una posterior Ley de 1878 prohibía a menores de 16 años realizar ejercicios circences, así como el trabajo de buzos y toreros. También preveía multas y penas de prisión a "los ascendientes, tutores, maestros o encargados por cualquier título de la guarda del menor de 16 años" que lo cediera gratuitamente o a cambio de dinero para estas actividades y, además, "para los tutores o curadores la destitución de la tutela o curaduría, pudiendo los padres ser privados temporal o perpetuamente, a juicio del tribunal, d los derechos

de la patria potestad". En 1900 se prohibió cualquier tipo de trabajo a los menores de 10 años, y a los de edades comprendidas entre los 10 y los 14 años, sobrepasar las seis horas en establecimientos industriales y ocho en los comerciales.

Las normas de protección específica se inician con la *Ley de Protección de la Infancia* de 1904, y el *Reglamento de la Ley de Protección de la Infancia* de 1908. La Ley afecta a los menores de 10 años, y crea las Juntas Provinciales de Protección a la Infancia. Encontramos en esta Ley la primera definición de protección a la infancia, en sentido amplio, en su artículo 1: "La protección comprende la salud física y moral del niño, la vigilancia de los que han sido entregados a la lactancia mercenaria o están en Casa-cuna, escuela, taller, asilo, etc., y cuanto directa o indirectamente pueda referirse a la vida de los niños durante este período". Esto comporta que "los padres o tutores que encomienden la lactancia o crianza de sus hijos o pupilos a persona que no viva en su propia casa" han de comunicarlo a las Juntas. Sus funciones son la vigilancia periódica de la "lactancia mercenaria" (regulada en los artículos 6 a 9) y la estancia de los niños en las instituciones del artículo 1, así como la protección directa de los abandonados.

Por otro lado, el Reglamento especifica los aspectos de la protección de la infancia, desglosándola en diez "funciones" (artículo 2). Entre ellas, "6º El amparo de los niños moralmente abandonados, recogidos de la vía pública y proporcionándoles educación protectora; 7º La corrección paternal de los llamados rebeldes, incorregibles o delincuentes; 8º El cuidado de la educación e instrucción de los llamados anormales".

En 1932, un Decreto cambió el nombre de "Protección de la Infancia" por el de "Protección de Menores". En 1948 esta normativa quedó sustituida por el Decreto de 2 de julio que aprobaba el *Texto refundido sobre Protección de Menores*, quedando sujetos a sus disposiciones los menores de 16 años y los mayores hasta los 21 años que se encontraran bajo la acción tutelar de los Tribunales de Menores. Este Decreto fue derogado por la Disp. derog. única de la *LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, hoy aún vigente.

2.4. La guarda y educación del menor

La protección del menor se centra en el concepto de "guarda" como una de sus acepciones. Es una noción poco definida, que tiene su origen en "derecho a la

guarda y educación" de los padres y tutores, entendido como componente personal de ambas potestades. Este concepto ha ido evolucionando hasta cambiar de titular, formando parte ahora del estatuto jurídico del propio menor: el derecho a serlo¹⁹.

La "guarda y educación" es el concepto fundamental de la protección del menor. Entendido como el derecho a ello, forma parte del estatuto jurídico de padres y tutores; es decir, de sus respectivas potestades, de las que el menor es sólo el destinatario. Su "suspensión" en caso de mal uso, por más que se fundamente en la protección del menor, no elimina esta consideración pasiva.

El "derecho a la guarda y educación", que hasta 1983 se encontraba en la legislación de menores, pasó con la reforma de la *Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela* a introducirse en el CC. Con ello se admite que la jurisdicción ordinaria y no sólo los Tribunales de Menores puedan suspender dicho derecho, como ocurría hasta el momento.

La Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 en Nueva York, y de la que España es parte, reza en su preámbulo que la familia es el grupo fundamental de la sociedad, y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños. Por ello, considera que debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. La Convención indica que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión".

La necesidad de proporcionar al niño una protección especial había sido ya enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (concretamente en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de organismos especializados y de las organizaciones internacionales interesadas en el bienestar del niño.

¹⁹ BADOSA COLL, Ferran. «La protección de menores en el derecho catalán. De la "guarda y educación" del menor a la "crianza y formación" del niño adolescente.», *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p.28.

3. Otros fines diferentes al interés del menor

Tal como constata AGUSTÍN LUNA SERRANO²⁰, y como ya avanzamos en el primer epígrafe del trabajo que nos ocupa, la finalidad de la adopción, por cuanto se trata de una creación técnica del Derecho, apta, por tanto, para las funciones más diversas, ha ido variando a lo largo de la historia, desde el robustecimiento y continuidad de la familia del adoptante, hasta la protección de menores desvalidos. Por ello, la crítica varía según la regulación concreta a que se refiera.

En la época de la codificación había decaído su función originaria, se había aprovechado para fines fraudulentos, y aún no se había perfilado su funcionalidad benéfica, como hemos visto. Ello, unido a una regulación rígida y compleja, explica que la doctrina más difundida la criticase: se ha dicho que era una supervivencia histórica, situación híbrida y poco justificada que no crea un *status familiae agnaticio* ni borra el *cognaticio*, etc.

En cambio, cuando en el derecho moderno, marcado profundamente por las Guerras Mundiales, se rectifican los fines de la adopción y surgen, junto a la tradicional, figuras de teleología benéfica, la crítica, en general, es mucho más favorable.

Aun así, debemos tener en cuenta las observaciones del profesor SERRANO respecto a las causas móviles del actual incremento de adopciones: puede ser el móvil la protección de la infancia desvalida, pero también la satisfacción de deseos del adoptante, principalmente de buscar la compañía de la juventud, evitar la desaparición de un nombre, eludir la constitución de la tutela, etc. Incluso los nobles impulsos que, como se ve, pueden dar paso a la propia conveniencia, pueden también degradarse progresivamente: evitar o reducir el impuesto sucesorio, suceder en un arrendamiento urbano o rústico, dejar pensión de clases pasivas o prestaciones de la Seguridad Social, desheredación de los ascendientes, burlar los derechos de guarda acordada en pleito o nulidad o separación matrimonial, evitar los efectos de la condición *sine liberi deceserit*, ya proceda de la voluntad (institución testamentaria) ya proceda de la ley (reservas, cuarta trebeliánica), etc.

En este sentido, deberemos tener en consideración cuál es la propia naturaleza de la adopción, y cómo se da su perfección. El preámbulo de la ley de 11 de noviembre de 1987 afirma que, en ella, la adopción “no es un simple negocio privado entre el

²⁰ LUNA SERRANO, AGUSTÍN. *Derecho de Familia*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, p.539.

adoptante y los progenitores por naturaleza”, a diferencia de lo que podría extraerse de la ley anterior. Comentando esta apreciación, entiende GARCÍA CANTERO²¹ que “del contexto se deduce que emplea la palabra negocio en sentido no técnico, aludiendo a los posibles casos de tráfico de niños”. Para este autor la adopción es un negocio de derecho de familia que se realiza entre el adoptante y los adoptantes y el adoptando mayor de doce años, y que se perfecciona por resolución judicial.

Por su parte, SANCHO REBULLIDA no ve claro que se trate de un negocio jurídico. Tampoco le parece claro que el negocio se realice entre dos sujetos privados y se perfeccione mediante resolución judicial. Según entiende, este planteamiento conduce a considerar la resolución judicial como “forma constitutiva del negocio”, cuando, en cambio, en la ley, la resolución judicial es algo más que forma esencial de expresión del consentimiento; en definitiva, la norma así considerada es simple cauce del consentimiento. Para SANCHO REBULLIDA, en la adopción, la resolución judicial es algo más, bastando considerar que, mediando ambos consentimientos, el Juez puede denegar la adopción, si juzga que no es beneficiosa para el menor.

Tampoco le parece admisible entender que los consentimientos perfeccionan el negocio, pero que éste queda sometido a una *conditio iuris* de eficacia constituida por la resolución judicial. En su opinión, la Ley 21/1987 configura la adopción como un acto jurídico de naturaleza procesal (jurisdiccional): la adopción verdaderamente se constituye, como expresa el artículo 176.1, por resolución judicial, aunque ésta requiera unos consentimientos (asentimientos y audiencias), sin los cuales no se puede constituir la adopción, pero que, existiendo, no vinculan al Juez, por lo que no son determinantes a la constitución. “La resolución judicial no es por tanto una autorización o permiso para una proyectada adopción; ni un visto bueno o aprobación de una adopción ya constituida, sino el acto constituyente, que responde a unos presupuestos, los cuales, sin embargo, no vinculan totalmente –pueden condicionarlo- el criterio judicial”²².

Con estas reflexiones vemos que, si antes de la Ley 21/1987 podía calificarse a la adopción de negocio jurídico de Derecho de familia, a partir de dicha ley no parece ello posible; en ella, el eje de la adopción ha dejado de ser el consentimiento de las partes, que se ha convertido en simple presupuesto, para pasar a serlo la decisión del Juez, que no queda vinculada por tal consentimiento. Lo cual no significa, pues,

²¹ GARCÍA CANTERO, Gabriel. *La reforma del acogimiento familiar y de la adopción*, adición al tomo V, volumen 2º, del *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS. Madrid: 1988.

²² SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Familia*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, p.559.

que la voluntad privada sea irrelevante; sino, solamente, que ha dejado de ser elemento constitutivo del efecto jurídico y que, consiguientemente, éste deja de ser de origen y naturaleza negociales. La voluntad privada, considerada en diversos niveles, ha pasado a integrar unos aspectos procesales previos y ordenados a la resolución judicial, que es el único acto constitutivo de la adopción.

El motivo de todo ello es, fundamentalmente, y como hemos venido viendo hasta ahora, el garantizar la protección de los intereses del menor, y que ello sea el principal motivo y objeto de dicha institución. En cuanto al interés del menor como objeto y fundamento de esta institución parece que la doctrina coincide en que debe ser así, y de hecho vemos que la legislación intenta seguir esa línea²³. Sin embargo, en cuanto a la motivación de la adopción también es cierto que existen tantas motivaciones como casos, como estábamos viendo, y que no siempre la motivación de la misma es la protección altruista del niño al que se adopta. Es por ello por lo que el Juez, además de valorar las aptitudes de los adoptantes, también valora las causas o motivos que les hayan conducido a solicitar una adopción. Ello es un tema complejo, puesto que estas causas pueden ser muchas y muy legítimas.

En algunas ocasiones se excluye la declaración de idoneidad consecuencia de que la pareja ha procedido a optar por la adopción después de comprobar su infertilidad de forma traumática, porque tratan de cubrir necesidades, carencias personales o por presiones de su entorno social²⁴. Por tanto, esto nos sitúa ante un entramado de motivaciones a raíz del cual algunas sentencias excluyen la declaración de idoneidad al considerar que la pareja se debe basar en cuestiones de tipo altruista, como es el caso de la SAP de Barcelona de 16 de febrero de 2006, a lo que debe añadirse que también es cierto que dicho motivo no suele ser el prioritario, ni exclusivo en los sujetos que quieren tener hijos biológicos. Así, debe ponderarse en cada caso por si el hecho de la infertilidad pudiera conllevar frustración o algún tipo de consecuencias negativas para la adopción futura.

Respecto a la motivación, y relacionado con la infertilidad, la SAP de Ciudad Real de 11 de octubre de 2005 se pronuncia sobre el hecho de que la adopción sea concebida como una forma de “cubrir necesidades”, consecuencia de la infertilidad, y ello no lo considera como una causa de denegación de la idoneidad: “Así considerar como un concepto negativo que la adopción suponga una forma de cubrir

²³ En el caso de la adopción por parte de matrimonios o parejas homosexuales, sin embargo, esto no está tan claro, y la doctrina se encuentra dividida.

²⁴ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. «La declaración de idoneidad en la Ley de Adopción Internacional (Ley 44/2007, de 28 de diciembre)». *Actualidad Civil*, nº10. La Ley, 2009.

necesidades de la pareja, no es sino una valoración muy subjetiva, puesto que al cubrir estas necesidades, por un lado, no es incompatible con el deseo de tener un hijo atendiendo todas las necesidades de éste, desde las puramente materiales a las afectivas, y, por otro, es una motivación que formulada de forma tan genérica nos la encontramos en casi todas las parejas, pues el desarrollo personal o de la pareja a través de la maternidad o paternidad no es incompatible, antes al contrario, con las atenciones a los hijos para el correcto desarrollo de éstos. La primacía en el interés del menor no choca con la voluntad de desarrollo de la pareja a través de la maternidad”.

Otras sentencias consideran totalmente legítimo el hecho de adoptar a falta de poder engendrar un hijo biológico. Esta situación también se plantea en la SAP de les Illes Balears de 6 de junio de 2002, en un caso en el que se había denegado la idoneidad entre otros motivos por existir una *“motivación inadecuada al manifestar exclusivamente un interés de cubrir sus necesidades personales al no haber tenido hijos biológicos, sin estar acompañada de razones solidarias o humanitarias... Sin embargo, esta Sala, en concordancia con el Ministerio Fiscal, considera que el motivo que exponen los recurridos para solicitar la adopción es perfectamente lícito y normal en estos expedientes...”*. Al respecto se pronuncia también la SAP de Cádiz de 30 de octubre de 2003: *“Considera esta Sala que la búsqueda del hijo adoptivo, por no haber tenido hijos biológicos, es un motivo lícito y válido y que el mismo se complementa con el deseo de conseguir el bienestar del hijo adoptado sin que la prevalencia, incluso, de la primera causa, vicie la intención también perseguida de proporcionar bienestar a un menor desvalido.*

Se debe verificar también que los adoptantes no finjan o distorsionen la realidad y comprobar si las motivaciones son legítimas o adecuadas, aunque también se ha considerado que estos móviles pertenecen al terreno de la intimidad del adoptante o adoptantes. En este sentido, “psicólogos puntúan muy bajo los móviles (altruismo, deseo de compañía, etc.) porque entienden que pertenecen a la intimidad o que pueden ser distorsionados, y que lo que importa es la aptitud de ser adoptantes, de igual manera que se mira si los padres biológicos cumplen su cometido y no se les pregunta por qué trajeron a su hijo al mundo”²⁵. Pero por otro lado, la investigación de la motivación, en algunos casos, sirve para evidenciar si se pretende realizar algún tipo de fraude, o si se esconden o falsean datos.

²⁵ ALONSO CRESPO, Evelia. «Adopción nacional e internacional, Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos» *La Ley*. Madrid, 2004.

4. La adopción: ¿un derecho?

No es del todo correcto hablar de la existencia de un verdadero derecho a adoptar. Como mucho existe un derecho a formular la solicitud de adopción. A partir de ahí entra en juego el interés superior del menor, y la finalidad protectora de la adopción, que son los principios que determinarán, al final, si la adopción solicitada llega o no a buen fin.

La razón fundamental de todo ello es que la adopción no está concebida por nuestro Derecho como un instrumento de satisfacción de los deseos o aspiraciones de los adoptantes. La adopción está configurada como una institución de protección de menores necesitados de su integración definitiva en un entorno familiar que permita su desarrollo integral²⁶. La Ley 21/1987 precisamente cambió radicalmente toda la estructura y percepción de una institución como la adopción, constituyéndola como medida de protección del menor e instituyendo el principio del interés superior del menor en todas aquellas medidas que tuvieran como fin u objetivo la protección del mismo. El niño, desde entonces, comenzó a ocupar un lugar central, en torno al cual deberían girar todos y cada uno de los pasos que se dieran para su protección. Con esta Ley nacía lo que se ha denominado el *Derecho puerocéntrico*²⁷.

A esa finalidad quedan subordinados los deseos y aspiraciones de los solicitantes: considerar la adopción como un derecho de los solicitantes es tanto como invertir esa jerarquía, y hacer pasar el interés (que puede ser muy legítimo) de los solicitantes por encima del menor. Eso sería, en último extremo, considerar al menor como un instrumento para la satisfacción personal o autorrealización de los adoptantes.

En el Derecho español la posibilidad de adoptar depende de la declaración administrativa de idoneidad, por un lado, y de la valoración del juez acerca de la capacidad de los adoptantes y la utilidad de la adopción para el menor. Ni siquiera la declaración administrativa de idoneidad de los solicitantes funda un eventual derecho a adoptar, puesto que la adopción dependerá al final de si existen otros solicitantes o no mejor capacitados, es decir, más idóneos, para atender al menor en cuestión.

²⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. «Adopción: entre el interés del menor y los deseos de los adoptantes». *Aceprensa*, 23 de julio de 1997.

²⁷ BARRIERE-BROUSSE, Isabelle. «L'enfant et les conventions internationales», *JDI*, 1996-IV, p.844.

Esto no quiere decir que se prescinda por completo de los deseos y aspiraciones de los adoptantes, sino que la clave, el centro de gravedad de la adopción, no está en esos deseos y aspiraciones. De hecho, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, principal baluarte de la protección y la defensa de los derechos de los niños en el mundo, en su artículo 3.1 plasma el principio del interés superior del menor, principio que según el mismo texto afirma, habrá de tener una consideración primordial “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, expresándose en el artículo 21.1 de esta Convención que “los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.

Partimos pues del postulado de la inexistencia de un derecho a la adopción, ni para los matrimonios, ni para las parejas de hecho heterosexuales, ni para el individuo en particular, ni para las parejas homosexuales. De hecho, en el caso de estas últimas donde se ha sacado más el tema del “derecho a adoptar”, y sobre este asunto la doctrina y la jurisprudencia se han manifestado ampliamente. En esta misma línea, el Consejo General del Poder Judicial aprobó el 18 de enero de 2005 un informe que llevaba como título «Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo»²⁸. Dicho informe dedica dos apartados a la adopción por parte de matrimonios homosexuales: el IV.3.4 y el V.3.3.

El primero de los apartados aludidos comienza señalando que “la filiación adoptiva tiene como modelo la filiación biológica, por lo que la adopción conjunta por la pareja homosexual es contraria a la protección integral que los poderes públicos (también el legislativo) deben asegurar a los hijos (art. 39.2 de la Constitución), precisamente por ser contraria al interés del menor”; añadiendo acto seguido que “no admitir la adopción conjunta no vulnera el principio de igualdad, no es injustamente discriminatoria”.

En efecto, tal como indica el propio CGPJ, esto puede afirmarse porque, entre otras razones, “la adopción está pensada para el beneficio del adoptado y ni el adoptado ni la adopción como instituto pueden ser instrumento de legitimación u homologación de relaciones homosexuales. Lo que se toma en consideración de los adoptantes no son tanto sus deseos, como su idoneidad para ejercer la patria potestad”. Desde ese

²⁸ Puede consultarse el texto íntegro de dicho informe y los votos particulares al mismo en la página web del Consejo General del Poder Judicial: www.poderjudicial.es .

punto de vista, continúa diciéndonos que “plantear la cuestión como un problema de discriminación supone, inconscientemente, hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes quieren adoptar”. Además, según este órgano constitucional, y tal como veníamos diciendo, no cabe hablar de discriminación puesto que “no existe un verdadero derecho a adoptar, tampoco a favor de las parejas heterosexuales”.

Debemos tener siempre en consideración, al mismo tiempo, que todo niño tiene derecho a ser protegido, a que se le garantice el disfrute de todos sus derechos y, en consecuencia, a ser adoptado si ésta es la única vía que existe en su situación para crecer y ser educado en familia.

Está claro que, los solicitantes de la adopción pueden negarse hasta el último momento a aceptar la adopción que se les propone: la adopción en ningún momento les es impuesta. Además, lo habitual es que en la adopción acaben confluyendo el interés del menor con los deseos y aspiraciones de los adoptantes, de manera satisfactoria para todos: el menor precisa una familia, y los adoptantes quieren ser esa familia.

Conclusión

Para que se active un proceso de adopción es necesario que exista un niño en situación de desamparo. Es por ello por lo que la Administración, con el objetivo de proteger a ese menor, utiliza la institución de la adopción como instrumento para dotar a ese niño de padres que puedan suplir la carencia que éste tenía.

Como hemos visto, la adopción gira siempre entorno al interés del menor, y ello se ve reflejado en infinidad de sentencias, doctrina y normativa tanto nacional como internacional. Es por ello por lo que constatamos que sobre este aspecto no hay duda, y todos parecen estar de acuerdo en que es fundamental abogar siempre por el interés del menor.

Sin embargo, este aspecto parece olvidarse cuando se reivindican los derechos de matrimonios o parejas que desean adoptar, y a los que, de nuevo por el preeminente interés del menor, se les niega dicha posibilidad por falta de idoneidad. Estos derechos que dichas parejas dicen tener, no deben en ningún caso prevalecer sobre los derechos del propio menor, puesto que en ese caso la adopción estaría perdiendo su función y, por lo tanto, su razón de ser. Pasaría entonces a ser una institución al servicio de los deseos de los adoptantes, para los que el adoptado sería un mero instrumento para satisfacer esos deseos (que no necesidades, como sí lo son para el menor).

La adopción es, por lo tanto, un instrumento para la protección del menor, y la protección del menor es el único objeto de esta institución. Los padres adoptivos serán, en todo caso, parte (fundamental, pero parte en todo caso) de dicho instrumento. Ciertamente es que, como hemos visto, la adopción es voluntaria por parte de esos padres, y por ello éstos tendrán sus motivaciones para ofrecerse como adoptantes.

De entre estas motivaciones, probablemente la más común sea la imposibilidad de la pareja para tener hijos. A pesar de ser una razón completamente legítima, en ningún caso deberá considerarse la adopción como un derecho de los adoptantes, puesto que no debemos perder de vista la esencia de dicha institución: la protección del menor, de la que el único objeto es el niño, y por lo tanto el único sujeto de dicho derecho será él.

Bibliografía

- ALONSO CRESPO, Evelia. «Adopción nacional e internacional, panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos» *La Ley*. Madrid: 2004.
- ARIAS DÍAZ, M^a Dolores. «La adopción de mayores de edad», *La Ley*, 9 de noviembre de 1998, núm. 4667.
- BADOSA COLL, Ferran. «La protección de menores en el derecho catalán. De la "guarda y educación" del menor a la "crianza y formación" del niño adolescente.», *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- BARRIERE-BROUSSE, Isabelle. «L'enfant et les conventions internationales», *JDI*, 1996-IV.
- CARRILLO CARRILLO, Beatriz L. «La adopción internacional en España», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº21, 2003.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago; VAQUER ALOY, Antoni. *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel. «La adopción de mayores de edad», *AC*, 1998, núm. 41.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel. «La reforma del acogimiento familiar y de la adopción», adición al tomo V, volumen 2^o, del *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS. Madrid: 1988.
- GARRIGA GORINA, Margarita. *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*. Pamplona: Aranzadi, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil, IV. El Derecho de Familia*. Zaragoza: José María Bosch Editor, 1997.
- LUNA SERRANO, Agustín. *Derecho de Familia*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.
- MALO, Fernando. *Glosa al requisito de la diferencia de dieciséis años entre adoptante y adoptado*, RCDI, 1981.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. «Adopción: entre el interés del menor y los deseos de los adoptantes». *Aceprensa*, 23 de julio de 1997.
- MC ELEAVY, P., "Bruxelles II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Anduction and Mutual Recognition", en *International and Comparative Law Quarterly*, 2004.
- PONS DE LA FLOR, M^a PAZ (COORD.); TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes (coord.); LASARTE ÁLVAREZ, Carlos; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a Dolores; LEONSEGUI GUILLOT, Rosa A.; RUIZ JIMÉNEZ, Juana; SERRANO GIL, Alfonso. *Curso sobre la protección jurídica del menor*. Madrid: Colex, 2001.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Familia*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

VARGAS CABRERA, Bartolomé. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Granada: Comares, 1994.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. «La declaración de idoneidad en la Ley de Adopción Internacional (Ley 44/2007, de 28 de diciembre)». *Actualidad Civil*, nº10. La Ley, 2009.