**TEMA 97. LA ADOPCIÓN: REQUISITOS, EFECTOS Y EXTINCIÓN. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL. IDEA DE LA GUARDA DE MENORES POR LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y DEL ACOGIMIENTO. CONFLICTOS DE LEYES SOBRE LA RELACIÓN PATERNO FILIAL**

#### LA ADOPCIÓN:

La adopción es una de las instituciones que más fluctuaciones experimenta en el tiempo y espacio en cuanto a su admisibilidad (no la admite el Derecho Islámico) y concepción:

**→** En Derecho Romano clásico la adopción tiene un significado “cuasipolítico”, ya que es la forma en que una persona extraña a la familia (entonces agnaticia), distinta de la mujer, es agregada a la misma en calidad de “*filius familiae*”, implicando por tanto una capitis deminutio minima (por separación de la familia agnaticia)

*Se distinguían entonces dos figuras: arrogatio (cuando el adoptado era un pater familias; tan importante era el cambio en el status familiae que no se admitía en forma privada) y adoptio (cuando el adoptado era un filius familias, objeto en todo caso de un negocio de carácter privado). Nos centramos en la adopción.*

**→** El Derecho justinianeo adopta el principio “*adoptio imitatur naturam*” y distingue ya entre adopción menos plena (ésta solo atribuye derechos abintestato en la herencia del adoptante, sin generar vínculo de filiación entre adoptante y adoptado) y plena (sólo cuando el adoptante es ascendiente cognaticio del adoptado –vg el abuelo- subsiste la plena eficacia de la antigua datio in adoptionem, a saber, el cambio de status familiae).

**→** En los Derechos Germánicos se utilizan variadas formas pero la finalidad era siempre proporcionar básicamente un heredero al adoptante.

**→** Durante la Edad Media es poco utilizada. Y en la época codificadora el derecho francés la recoge sobre la base del modelo romano de la adopción menos plena, frente a los Códigos alemán e italiano de 1942 que optan por la equiparación de filiaciones.

**→** Al promulgarse el Código Civil español era una institución en total decadencia y se regula sobre las bases del modelo francés.

Más de un siglo después continúa el movimiento pendular: la adopción como institución ha renacido pero con una **concepción** y finalidad muy diferentes. Esta evolución se ha reflejado en los sucesivos cambios en la legislación española, cuyo breve análisis es obligado, no solo para comprender su actual concepto, sino porque ninguna modificación ha tenido efectos retroactivos:

♣ En la **redacción originaria del Cc** se diseñaba un solo modelo de adopción, sobre la base de la menos plena, con poca trascendencia inter vivos y sin efectos sucesorios obligatorios (sólo por pacto en escritura).

♣ La reforma por la **Ley 24 abril 1958** distingue ya entre adopción plena, que se reserva exclusivamente a los abandonados y expósitos (aunque no hay un status familiae con los parientes del adoptante, hay un debilitamiento de vínculos con la familia de origen: se adoptan los apellidos del adoptante y hay derecho a legítima), y la adopción menos plena, pensada entre otros para los huérfanos (parecida al sistema originario).

♣ La **Ley de 4 de julio de 1970** altera esencialmente el concepto y naturaleza jurídica de la adopción: ya no es un negocio de derecho de familia entre adoptante y adoptado (o representantes legales) instrumentado en escritura pública, previa autorización judicial. Se requiere la **resolución judicial**. Se sigue distinguiendo entre adopción plena (se sigue avanzando en la equiparación con la filiación natural aunque sin instaurar un pleno “status familiae”) y simple (se equipara a los hijos naturales reconocidos).

♣ La reforma de **13 de mayo de 1981** sigue con la distinción entre adopción plena (con equiparación a la filiación por naturaleza y establecimiento de un “status familiae” con los parientes del adoptante) y simple (conserva los apellidos, no hay legítima y en la intestada es llamado después del cónyuge aunque antes de los colaterales).

♣ La vigente **Ley de 11 de noviembre de 1987** (con las modificaciones que a su vez introdujo la LO 1/1996 de Protección del Menor, y recientemente, la Ley 26/2015 de 18 de Julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia) suprime la adopción simple (sin efectos retroactivos) y consagra el carácter unitario de la adopción. Pero lo más importante es destacar:

Que hay un **progresivo cambio del centro de gravedad** de la adopción: desde los intereses individuales de los adoptantes hacia **el interés, de índole más social, del menor** necesitado de una familia que pone remedio a una situación de desamparo o abandono. La adopción pasa a ser considerada, fundamentalmente, una **institución de protección de menores**, y de ahí que el interés del menor se configure como el principio rector de la adopción (art.176.1 Cc).

Se tiende a la **progresiva integración familiar del adoptado**, a través, de un lado, de la equiparación de filiaciones (art.108.2 Cc), y de otro lado, que los efectos del vínculo adoptivo se extienden a los parientes biológicos del adoptante (“status familiae” pleno) y hay una ruptura de vínculos con la familia biológica (artículo 178 Cc).

Pasando al análisis del **concepto**, la adopción es una figura que consiste, fundamentalmente, en **instituir una relación jurídica de filiación similar a la que resulta de la naturaleza**. A diferencia de la filiación biológica, que es una relación natural que produce vínculos naturales y jurídicos, la adopción crea una relación artificial, con unos vínculos solamente jurídicos creados por el derecho positivo. La consecuencia lógica es que, como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE, debería poder reconducirse al modelo proporcionado por la naturaleza (la adopción imita a la naturaleza), pero esto ha sido superado hoy, como luego analizaremos.

#### REQUISITOS, EFECTOS Y EXTINCIÓN

SUBJETIVOS

En cuanto al ADOPTANTE

Art. 175.1 La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior. No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este código.

La adopción pueden realizarla personas individuales pero también puede ser de dos adoptantes.

175.4 Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, será posible una nueva adopción del adoptado.

Tener en cuenta:

. Que no hay un derecho a adoptar (así lo ha refrendado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y la adopción no puede convertirse en instrumento de satisfacción de aspiraciones de los adoptantes (aunque de forma indirecta pueda servir para esto). El menor nunca puede ser considerado un medio, ya que es el fin.

. Lo único que importa es el interés del menor, y de ahí que haya que pasar un filtro de idoneidad (artículo 176.1 Cc) para adoptar, aunque el concepto que se tenga de familia, en su caso monoparental u homosexual, influye decisivamente en la apreciación de la idoneidad.

Y en cuanto al ADOPTANDO

175.2 Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.

Con el fin de evitar el establecimiento de relaciones familiares antiguas o confusas

175.3 No puede adoptarse:

A un descendiente.

A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

Por último, la reforma del año 2015, previendo una posible situación de crisis matrimonial (o de la análoga relación), ha añadido un quinto párrafo

175.5. En caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

FORMALES

El control del procedimiento hoy es **público** y hay dos filtros:

**ADMINISTRATIVO**

176.2 Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la PROPUESTA PREVIA de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.

No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

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

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

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

4.ª Ser mayor de edad o menor emancipado.

La reforma del año 2015, consciente de la ambigüedad terminológica del Código en lo referente a la “idoneidad”, ha introducido una serie de considerandos relativos a dicho concepto.

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

La declaración de idoneidad por la Entidad Pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Dicha declaración de idoneidad se formalizará mediante la correspondiente resolución.

No podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública.

Las personas que se ofrezcan para la adopción deberán asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por Entidad colaboradora autorizada.

Si durante la tramitación del expediente fallece el futuro adoptante, se permite la constitución de la adopción “post mortem”

4. Cuando concurra alguna de las circunstancias 1.ª, 2.ª o 3.ª previstas en el apartado 2 podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento o el mismo hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento.

JUDICIAL

176.1 La adopción se constituirá 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.

Un sector doctrinal cree que estamos ante un acto procesal y judicial. Opinamos sin embargo que es acto de naturaleza mixta a la vista de los aspectos negociales que subyacen en el proceso (consentimientos y asentimientos).

El procedimiento se sustancia por los trámites de la jurisdicción voluntaria y el ***artículo 177 Cc*** recoge la necesidad de consentimientos, asentimientos y audiencias:

177 1. Habrán de CONSENTIR la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

2. Deberán ASENTIR a la adopción:

1.º El cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta.

2.º Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada.

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto.

En las adopciones que exijan propuesta previa no se admitirá que el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados.

3. Deberán ser oídos por el Juez:

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

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

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

4. Los consentimientos y asentimientos deberán otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias.

#### EFECTOS

Para una mejor sistematización distinguiremos:

Entre **ADOPTANTE/S Y ADOPTADO**: produce los efectos propios de cualquier filiación, dada su equiparación en el artículo 108.2 Cc. Básicamente, sometimiento a patria potestad, derecho a los apellidos, se adquiere la nacionalidad y la vecindad civil del adoptante (artículos 19 y 14 Cc). Ahora bien

179 1 El Juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad, 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.

2. Una vez alcanzada la plena capacidad, la exclusión sólo podrá ser pedida por el adoptado, dentro de los dos años siguientes.

3. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Entre **ADOPTADO Y PARIENTES DEL ADOPTANTE** Culminando una evolución, se crea un auténtico “status familiae” entre adoptado y parientes del adoptante, produciéndose todos los efectos derivados del parentesco (derecho a alimentos, sucesorios, impedimentos matrimoniales, etc).

Entre **ADOPTADO Y SU FAMILIA ANTERIOR** La idea es que se “sale” de la familia biológica anterior y se “entra” en otra de pleno derecho.

178 1. La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen”.

Por ejemplo, carece de derechos sucesorios respecto de su familia por naturaleza. Sin embargo, a veces la ruptura no es absoluta

2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda:

a) Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido.

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

3. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales”.

La reforma de 2015 añade un párrafo cuarto

4. Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

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

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

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

#### Y EXTINCIÓN

179 1. El Juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad, 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.

2. Una vez alcanzada la plena capacidad, la exclusión sólo podrá ser pedida por el adoptado, dentro de los dos años siguientes.

3. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

180 1. La adopción es irrevocable.

2. El Juez acordará la extinción de la adopción a petición de cualquiera de los progenitores que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.

Si el adoptado fuere mayor de edad, la extinción de la adopción requerirá su consentimiento expreso.

3. La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.

4. La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.

5. Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho al que se refiere el apartado siguiente.

6. Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho.

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

#### LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

El **artículo 1.2 de la Ley 54/2007**, de 28 de Diciembre, de Adopción Internacional, tras su modificación por le ***ley 26/2015, de 28 de julio***, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la define como ***“aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España****”.*

Dicha ley regula la intervención de la Administración y Entidades Públicas, la capacidad y requisitos que los adoptantes deben reunir y las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores. Como clave de bóveda, el ***artículo 2.2***, igualmente modificado por la ley 26/2015, recoge que “*la finalidad de esta ley es proteger los derechos de los menores que van a ser adoptados, considerando también los de las personas que se ofrecen para la adopción y demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional*”.

Es la Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas, la que determinará la iniciación de la tramitación de adopciones con cada país de origen de los menores, pero también la suspensión o paralización de la misma. Sin embargo, no se tramitarán ofrecimientos para la adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado:

. Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural.

. Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción y que remita a las autoridades españolas la información prevista.

. Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la misma no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3.

El artículo***10***, de igual forma reformado por la Ley 26/2015, reitera las mismas nociones de “idoneidad” que el Código Civil, en cuanto a la capacidad de los adoptantes, atribuyendo a la Entidad Pública la responsabilidad de impulsar los procedimientos pertinentes, que concluyen con la emisión de la declaración de idoneidad, cuya vigencia máxima es de tres años. Los adoptantes tienen, conforme al artículo **11** (también modificado por ley 26/2015), la obligación de asistir a sesiones informativas y de preparación con carácter obligatorio.

**ADOPCIÓN INTERNACIONAL CONSTITUIDA POR AUTORIDAD ESPAÑOLA**

El artículo **14** recoge la **COMPETENCIA de los Juzgados y Tribunales españoles** para constituir la adopción internacional (con arreglo a las normas de la jurisdicción voluntaria):

. Cuando el adoptando sea español o tenga su residencia habitual en España.

. Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España.

Criterios que se apreciarán en el momento de presentación del ofrecimiento para la adopción a la Entidad Pública.

La constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la **LEY MATERIAL española** en los siguientes casos:

a) Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción.

b) Cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España.

La **CAPACIDAD del adoptando Y los CONSENTIMIENTOS necesarios** se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española:

a) Si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción.

b) Aunque resida en España, si el adoptando no adquiere en virtud de la adopción la nacionalidad española.

En cualquier caso la autoridad española competente para la constitución de la adopción podrá exigir, ADEMÁS, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando, siempre en interés del adoptando y a solicitud del adoptante o Ministerio Fiscal

Todo ello sin perjuicio de la excepción de orden público recogida por el **artículo 23** (también modificado por ***ley 26/2015)***

En ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España. Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo español.

**ADOPCIÓN INTERNACIONAL CONSTITUIDA POR AUTORIDAD EXTRANJERA**

Será reconocida en España con arreglo a lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España, y, en especial, con arreglo al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Tales normas prevalecerán, en todo caso, sobre las reglas contenidas en esta Ley.

**En ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera de adopción simple o no plena si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español.** A tal efecto, se tendrá en cuenta el interés superior del menor.

#### IDEA DE LA GUARDA DE MENORES POR LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y DEL ACOGIMIENTO

El desarrollo de los principios constitucionales (en especial, el deber de los poderes públicos de garantizar la protección integral de los hijos, art. 39.2 CE) y del principio de protección de la infancia presente en los Convenios y Tratados Internacionales, unido a las nuevas concepciones sociales en relación con los menores, ha generado un **NUEVO DERECHO DE PROTECCIÓN DE MENORES** en España.

Dos hitos (aparte la Ley 26/2015):

. La **Ley 21/1987, de 11 de noviembre**, que regula por primera vez la guarda y el acogimiento de menores.

. La **LO 1/1996, de 15 de enero**, de Protección Jurídica del Menor, que modificó la anterior.

Sus características:

* **Absoluta primacía del interés del menor**, piedra angular del sistema:

+ El menor debe ser oído, en la medida en que tenga juicio suficiente, antes de adoptar cualquier medida que le afecte.

+ 172 ter.2 Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos.

* Intensa **administrativización y control público** El papel central lo desempeñan las “**entidades públicas**”, que de acuerdo con la DA 1ª Ley 21/1987 son los organismos del Estado, CCAA o Entidades Locales a las que corresponda la protección de menores en su respectivo ámbito territorial. Las CCAA pueden servirse –con limitaciones- de entidades privadas colaboradoras (Asociaciones y Fundaciones privadas).

Correlativamente, cierta “**desjudicialización**” de la protección de menores, compensada con el papel creciente del Ministerio Fiscal, a quien incumbe “*la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores***”** (**art** **174.1**).

* **La integración familiar** Es el mejor instrumento para el desarrollo de la personalidad del menor y su crecimiento psicológico y físico. Así se evita en lo posible el acogimiento residencial” (art. 172 ter.1)
* La **equiparación de filiaciones** (arts 10, 14, 39 CE y 108 Cc).

**NIVELES DE ACTUACIÓN**

La legislación española actual distingue tres niveles de actuación: prevención, guarda (172 bis) y tutela administrativa (172). Y el acogimiento, como forma de realización de la guarda ex 172 bis ó 172.

**SERVICIOS DE PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE SITUACIONES DE RIESGO**

Arto 17 LO 1/1996. Son situaciones de riesgo y carencia para el menor que todavía no justifican la tutela administrativa. La Entidad Pública interviene para reducir el riesgo y vigilar la evolución del menor en su propia familia.

**GUARDA**

Art. 19 LO 1/1996. Es una medida de inferior intensidad que la tutela administrativa. Los titulares de la patria potestad o tutela no se desentienden del menor, sino que reciben la ayuda de la Entidad Pública al verse incapaces de cumplir sus deberes.

172 bis 1. Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.

La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades.

La resolución administrativa sobre las asunción de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal.

2. Asimismo, la Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente.

Son notas características de la guarda:

. La provisionalidad (normalmente no supera los 2 años*)*

. La falta de automaticidad: a diferencia de la tutela administrativa y a semejanza de la declaración de situación de riesgo y de desamparo, es preciso un acto de establecimiento de la guarda

. No hay supresión de la patria potestad o tutela

Forma de ejercicio

172 ter La guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial.

**TUTELA ADMINISTRATIVA**

La tercera actuación, la de mayor intensidad e intervención administrativa, se produce en **situación de desamparo**, situación de hecho independiente de por qué se ha producido o de la concurrencia de dolo o negligencia.

172 1. Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene POR MINISTERIO DE LA LEY LA TUTELA del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. La resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas…

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste.

La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela.

4. En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la GUARDA PROVISIONAL de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal…

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias…

La tutela administrativa que asume la entidad pública es una tutela propiamente dicha homologable a las demás constituidas por la autoridad judicial (artículo **222.4º Cc**), aunque tiene una serie de rasgos propios:

. No hay delación judicial de la tutela (opera “ex lege”). Sin perjuicio de ello, se contempla la inscripción de la resolución administrativa que declare la situación de desamparo y de la tutela admtva; y la anotación de la guarda admtva (art. 48 LRC 2011).

. Puede coexistir con la patria potestad o tutela ordinarias*.*

. Es una situación interina o provisional, que contempla incluso la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen.

**ACOGIMIENTO**

Es la forma común de ejercicio de la guarda, asumida ex 172 bis o como consecuencia de la tutela “ope legis” constituida. A tenor del artículo **172.ter** hay dos **modalidades**:

**Acogimiento RESIDENCIAL** Consiste en el ingreso del menor en un establecimiento administrativo dedicado a estos menesteres. La guarda se ejerce por el **Director del centro donde sea acogido el menor**. Es la solución menos deseable.

**Acogimiento FAMILIAR** Se produce cuando la Entidad Pública decide confiar el menor a una familia.

173 1. El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo…

3. Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento familiar… cualquier persona interesada podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda.

Por su finalidad, hay tres tipos de acogimiento familiar (artículo **173 bis**):

ξ **De urgencia** Para menores de seis años principalmente, de duración no superior a seis meses.

ξ **Temporal** De carácter transitorio (duración máxima normal, 2 años).

ξ **Permanente**  Se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal (por no ser posible la reintegración familiar) o bien directamente (en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen)

#### CONFLICTOS DE LEYES SOBRE LA RELACIÓN PATERNO FILIAL

9.4 (modif por Ley 26/2015) La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.

La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

5. La adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional.

Señalar por último que

Siempre que el Estado local no se oponga a ello ni lo prohíba su legislación, de conformidad con los Tratados internacionales y otras normas internacionales de aplicación, LOS CÓNSULES PODRÁN CONSTITUIR ADOPCIONES en el caso de que el adoptante sea español, el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente y no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública de acuerdo con lo establecido en las circunstancias 1.ª, 2.ª y 4.ª del artículo 176.2 del Código Civil (art. 17 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional).