

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA ADOPCIÓN SIMPLE EN EL DERECHO ESPAÑOL

TO THE RECOVERY OF SIMPLE ADOPTION IN SPANISH LAW

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora Ayudante Doctora en Universidad San Jorge
Magistrado Suplente*

Recibido: 04.04.2018 / Aceptado: 25.04.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4393>

Resumen: En la actualidad, cobran fuerza nuevas tendencias que defienden el recurso a instituciones que, al mismo tiempo que proporcionan estabilidad, resultan menos rígidas que la adopción plena, entre las que se incluirían la adopción abierta y la adopción simple. El presente estudio analiza estas figuras, valorando las ventajas de una posible recuperación de la adopción simple en el Derecho español, en particular, desde la perspectiva del reconocimiento del derecho del adoptado a conocer sus orígenes y al desarrollo de su propia identidad. También se examinan los problemas que plantea la reintroducción de la adopción simple en España, a través del fenómeno de la adopción internacional, formulando soluciones a las cuestiones que suscita en la práctica su reconocimiento, aplicando el Convenio de La Haya de 1993 y el art.30 LAI.

Palabras clave: adopción internacional, adopción simple, adopción plena, conversión, Convenio de La Haya de 1993, ley de adopción internacional.

Abstract: At present, new trends are gaining strength, defending the recourse to legal institutions that, while providing stability, are less rigid than full adoption, including open adoption and simple adoption. The present study analyses these legal institutions valuing the advantages of a possible reintroduction of simple adoption under Spanish law. The right of the adopted child to know his origin and his right to develop his own Identity might be enhanced as well through simple adoption. This article also examines the problems raised by the reintroduction of simple adoption in Spain, through the phenomenon of intercountry adoption. This paper proposes some solutions to the recognition of simple adoption under the Hague Convention on adoption (1993), and under Article 30 of the Spanish Law on international adoption.

Keywords: intercountry adoption, simple adoption, plenary adoption, The 1993 Hague Convention, The Intercountry Adoption Act.

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación al concepto de adopción simple. 1.Punto de partida: Adopción simple frente a adopción plena. Notas distintivas. 2.Reflexiones acerca del concepto de adopción y su contexto actual en el Derecho sustantivo español. 3.¿Hacia una nueva adopción?. A. El acogimiento familiar permanente con funciones tutelares. B. La adopción abierta. C. Algunas consideraciones a favor de la recuperación de la adopción simple. III. La recepción de la adopción simple en la sociedad española. 1. La noción de adopción simple o no plena a los efectos de la LAI. A. La existencia de un vínculo de filiación y la relevancia del elemento extranjero. B. El contenido de la adopción simple o no plena en la LAI. C. Conclusiones acerca del concepto de adopción simple en la LAI. 2. Reconocimiento y efectos de las adopciones simples o no plenas: cuestiones prácticas. A. Adopción constituida al amparo del Convenio de La Haya de 1993. B. Adopción constituida al margen del Convenio de la Haya de 1993 3.Soluciones para que la adopción simple extranjera despliegue los efectos de una adopción regulada por el derecho español. IV. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. Tratándose de la filiación adoptiva, no puede desconocerse que el régimen de la adopción en nuestro ordenamiento jurídico ha experimentado numerosas modificaciones, evolucionando desde una institución con efectos restringidos, conocida como adopción simple, hasta su configuración en la actualidad como instrumento de integración familiar. Como consecuencia de ello, en este momento, aplicando la filosofía imperante en materia de protección de menores, el Derecho positivo español regula un único tipo de adopción cuyos efectos resultan equivalentes a los de la filiación por naturaleza y se corresponden con los de la adopción plena.

2. Sin embargo, no podemos afirmar que la adopción simple constituya una institución extraña a nuestro sistema jurídico. Antes al contrario, se trata de una figura que se ha encontrado regulada tradicionalmente en el Derecho positivo español hasta su supresión por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Es importante señalar aquí, que, en virtud de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 21/1987, aún hoy, es posible encontrar adopciones simples formalizadas antes de la vigencia de dicha norma, que continúan desplegando los mismos efectos que les otorgaba el Código Civil con anterioridad a la citada reforma.

3. Más todavía, incluso, en nuestros días, ha surgido una corriente doctrinal que aboga por la recuperación de la institución de la adopción simple, como figura a medio camino entre la adopción plena y otras instituciones menos estables, como el acogimiento familiar, en tanto que pudiera tratarse de un instrumento de protección de menores y una forma de integración familiar, permanente e irrevocable, mucho más respetuosa con el interés del menor en aquellos supuestos en que la familia biológica no pudiera hacerse cargo del cuidado del niño de forma satisfactoria. Como muestra, baste mencionar el intento llevado a cabo por el legislador catalán para reintroducir dicha figura en el libro II del Código Civil de Cataluña, así como las propuestas formuladas en el marco de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas, en el Senado.

4. A esto se añade que la última reforma del Código Civil, llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, otorga nueva redacción al art.173.2, introduciendo en el apartado c) la figura del acogimiento permanente con funciones tutelares, que parece dejar la puerta abierta a una adopción más débil, y que, además, añade un nuevo párrafo cuarto al art.178 Cc, incorporando la institución de la adopción abierta, que permite el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el adoptado y su familia de origen y que deberá ser objeto de calificación.

5. Junto a ello, debe tenerse muy presente que el fenómeno de la adopción internacional ha tenido como consecuencia la reintroducción de la institución de la adopción simple en la sociedad española, debido a la distinta concepción de la adopción en los países de origen de los menores y en virtud del sistema de reconocimiento de pleno derecho del Convenio de la Haya 1993 y del art.30 LAI, que regula la eficacia en España de la adopción simple constituida por autoridad extranjera competente.

6. A la vista de las anteriores consideraciones, con carácter previo, deben tenerse en cuenta dos premisas esenciales, que establecen los fundamentos que definen en este momento el modelo de adopción:

- 1^a) El cambio de orientación que ha tenido lugar en el régimen de protección de menores, que en la actualidad consiste en proporcionar al menor una protección integral. Esto ha dado lugar a una transformación absoluta de la institución adoptiva, que, en el momento presente, se configura como un recurso de protección de menores cuyos principios rectores se sitúan en el interés del adoptando y en su completa integración en una familia adoptiva adecuada a las características del menor.

- 2^a) El auge que ha experimentado en las últimas décadas la institución adoptiva y muy especialmente, la adopción internacional, caracterizada por la presencia de elementos extranjeros que conectan la situación con distintos ordenamientos jurídicos, que, no en todo caso, regulan la figura de la adopción con idénticos efectos jurídicos.

7. Estos dos factores generan numerosos inconvenientes, habida cuenta que los efectos que produce esta institución en los países de origen de los adoptados pueden no corresponderse con los previstos por nuestro Derecho positivo. Ello se debe, principalmente, a la diferente concepción de la adopción en los diversos sistemas jurídicos.

8. En la práctica, los mayores problemas se plantean respecto de las adopciones transnacionales, que constituyen la hipótesis más habitual y en las cuales el elemento internacional pivota en torno al desplazamiento del menor, con ocasión de la adopción, desde el Estado de origen al Estado de recepción, donde residen los adoptantes. La cuestión es particularmente importante en relación con el sector de la validez extraterritorial de decisiones, pues podemos encontrarnos con adopciones claudicantes, válidas en el Estado de origen, pero cuya existencia y validez no se reconocerá en el Estado de recepción

9. En este punto, hay que señalar la concurrencia de distintos instrumentos legales aplicables, de entre los cuales cabe destacar el Convenio de La Haya de 1993 y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. Sin olvidar que el vigente régimen de la adopción se ha visto afectado por las reformas introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, así como por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, normas éstas que presentan duplicidades y contrasentidos que resulta necesario abordar. A todo lo cual se suma la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción, aprobada en 2017.

10. Todo ello, en definitiva, justifica la necesidad de identificar las posibles lagunas, contradicciones o defectos de la regulación vigente y proponer las oportunas soluciones a los problemas que se suscitan en la práctica jurídica. El estudio se abordará desde una doble perspectiva: la de la posible reincorporación de la figura de la adopción simple en el Derecho sustantivo español, en tanto que un buen conocimiento de dichas normas facilita en buena medida la comprensión de las disposiciones de la Ley Adopción Internacional, así como la de la reintroducción de esta institución en nuestra sociedad a través de la figura de la adopción internacional, lo que plantea dificultades desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

II.-Aproximación al concepto de adopción simple

11. Con carácter previo, partiendo del contenido y efectos de la institución de la adopción tal y como se regula en el Derecho español, muy brevemente se tratarán de precisar las notas distintivas que definen la figura de la adopción simple o menos plena, distinguiéndola, asimismo, de otras figuras de protección de menores que pudieran asemejarse a esta institución y que tienen su origen en las nuevas tendencias que consideran que el interés del menor requiere soluciones menos rígidas que las de la adopción plena.

1.Punto de partida: Adopción simple frente a adopción plena. Notas distintivas¹

12. Como se ha explicado, no todos los países establecen sistemas de adopción similares, sino que existen múltiples formas de regular la adopción, resultando que sus efectos pueden ser muy

¹ Para establecer la diferencia entre la adopción simple y la adopción plena se ha tomado como fuente principal la siguiente página web: <http://www.iss-ssi.org>. Servicio Social Internacional/Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia. Ficha de formación n°29.

diferentes.²No obstante, pese a la diversidad de regulaciones existentes, es posible distinguir dentro del concepto de adopción dos tipos de figuras, teniendo en cuenta sus características y efectos, cuales son la adopción plena, cuyo contenido se corresponde con la adopción que contempla nuestro ordenamiento jurídico, y la adopción simple o no plena, también denominada prohijamiento.

13. A la hora de distinguir ambas instituciones hay que partir de la base de que, por lo que a la adopción simple se refiere, ni tan siquiera es posible encontrar unos criterios uniformes que determinen claramente los perfiles de esta modalidad de adopción. Antes al contrario, los principios que informan tanto la adopción simple como la adopción plena se adaptan a los orígenes culturales, el contexto socio-político y la noción de familia vigentes en cada Estado, lo que, justamente, en múltiples ocasiones, originará conflictos en relación con el reconocimiento y efectos de tales adopciones en países distintos del de su constitución.

14. Con todo, a nivel de Derecho comparado, se han logrado delimitar dos criterios fundamentales a la hora de diferenciar la adopción simple de la adopción plena: la ruptura o la subsistencia del vínculo jurídico de filiación con la familia de origen y la revocabilidad o la irrevocabilidad de la adopción.

15. En cuanto al primero de los criterios, toma como punto de partida los vínculos jurídicos de filiación. Así, lo característico de la adopción plena es la total integración del adoptado en la familia adoptiva, incluyendo la familia extensa y la ruptura de los vínculos de filiación con la familia anterior. Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta además que la adopción despliega igualmente efectos tanto respecto de los parientes del adoptante como en relación con los descendientes del adoptado, resulta lógico afirmar que, como regla general, el resultado de la adopción plena consiste en reemplazar la filiación de origen del adoptado, quien en virtud de la adopción ya no se encuentra vinculado con su familia anterior, respecto de la cual solo subsisten los impedimentos matrimoniales, pasando a formar parte de la familia adoptante con los mismos derechos y deberes que si de un hijo natural se tratase.

16. De otro lado, en la adopción simple, pese a instaurarse, en mayor o menor grado, vínculos de filiación entre el adoptando y los adoptantes, lo característico es que, habitualmente, esta institución sólo genera el parentesco entre ambos, sin que se amplíe la relación a los parientes de éstos y en contraposición, no se produce la ruptura de los vínculos de parentesco con la familia de origen.

17. Por lo que respecta al segundo de los criterios enunciados, toma en consideración el dato de la revocabilidad, de tal manera que una adopción es plena si es irrevocable, mientras que si es posible su revocación, podría calificarse como una adopción simple.

18. No obstante, aun cuando son dos los datos principales a tener en cuenta para diferenciar la adopción simple de la plena, en general, se suele dar primacía al primero de los criterios mencionados, es decir, a la persistencia o no de los vínculos jurídicos de filiación existentes entre el adoptando y su familia de origen. Ello, por cuanto el criterio de la revocabilidad no siempre resulta relevante para dis-

² Por ejemplo, en el ámbito del Derecho comparado, Estados como, entre otros, la República Argentina, Camerún, Costa de Marfil, o incluso en Europa, países tales como Francia, Bélgica, Italia o Alemania prevén en sus ordenamientos jurídicos instituciones que, aunque reciben nombres diferentes y presentan características distintas, resultan asimilables a la figura de la adopción simple. A título de curiosidad, cabe traer a colación el caso de la legislación francesa, que incorpora en el art.360 *Code Civil* previsiones en relación con la institución de la adopción simple, aunque admite también la modalidad de adopción plena en el art. 345 *Code Civil*. Del mismo modo, en los arts. 291 a 314 del *Codice Civile* italiano se atribuye los efectos de una adopción simple a la adopción de mayores de edad. En similares términos se pronuncia el Derecho alemán (arts.1767-1772 *BGB*), en tanto que prevé una clase de adopción que se asemeja a la adopción simple y que, en cualquier caso, no puede considerarse una adopción plena en el sentido del Derecho español, si bien, esta figura sólo rige en relación con la adopción de adultos. Y ello, por cuanto, aunque otorga al adoptado el estatus de hijo del adoptante, sin embargo, no conlleva el establecimiento de vínculos de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante. A este respecto, Vid. C. BENICKE, "L'adoption internationale en Droit allemande", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 55 N°4, Octobre-décembre 2003. págs. 789-802.; "L'adoption internationale en Droit allemande", *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 55 N°4, Octobre-Décembre 2003. pp. 789-802.

tinguir ambas instituciones, toda vez que es posible encontrar algunas regulaciones sustantivas en las cuales coinciden una adopción que, además de ser revocable, contempla la ruptura de vínculos con la familia anterior y otra figura en la que, pese a mantener dichos vínculos, permite la revocabilidad de la decisión de la adopción.³

19. En cualquier caso, hay que de dejar claro que la adopción plena constituye la regla general en la mayor parte de las legislaciones nacionales⁴, habida cuenta que la adopción simple, al permitir la coexistencia de vínculos jurídicos de filiación tanto con la familia adoptante como con la familia anterior, puede brindar una seguridad menor tanto en el ámbito jurídico como en los planos ético y psicoafectivo.

20. También debe advertirse que, aún en la normativa de la mayor parte de los países que regulan ambas instituciones, la tendencia actual es acoger la institución de la adopción plena como mejor vía para entablar una relación paternofamiliar, reservando la modalidad de la adopción simple o no plena a aquellos supuestos que resultan más excepcionales o complejos.⁵

2. Reflexiones acerca del concepto de adopción y su contexto actual en el Derecho sustantivo español

21. Para comprender el contexto actual, conviene recordar que la adopción es una ficción técnica creada por el Derecho positivo que a lo largo de la Historia ha ido asumiendo distintas finalidades. Se trata de una situación artificial, carente de todo fundamento natural y que ha evolucionado desde el fortalecimiento de la familia del adoptante, hasta la protección de menores desamparados.⁶

22. El origen de la figura de la adopción es muy remoto, alcanzando su máxima relevancia en la época romana, en la cual fue objeto de una extensa y exhaustiva regulación por el Derecho Romano.⁷ Sin embargo, paulatinamente, la institución adoptiva fue perdiendo relevancia, hasta llegar a la época de la Codificación, en la cual estaba en desuso y prácticamente había desaparecido⁸, siendo vista con desconfianza por el legislador por considerar que atentaba contra la familia matrimonial.⁹ Tanto es así, que en Francia se admitió esta institución en el *Code*, tras una intensa discusión y a propuesta del Consejo de

³ Existen regulaciones de Derecho material en las que se prevé, por una parte, una adopción que, además de ser revocable, contempla la ruptura de vínculos con la familia anterior y de otro lado, una institución en la que, pese a mantener dichos vínculos, se permite la revocabilidad de la adopción. Así, por ejemplo, en la legislación argentina, que contempla tanto la adopción simple como la adopción plena, la facultad de revocación se establece únicamente para el caso de la adopción simple (art.629 Código Civil y Comercial), mientras que la normativa rusa, si bien establece que la adopción es plena, permite la revocación en ciertos casos (Vid. <http://www.infojus.gob.ar> y http://iass.aragon.es/menores/menores_rusia.htm).

⁴ En este contexto, debe tomarse en consideración la legislación vigente en numerosos países latinoamericanos, tales como la República Dominicana, Guatemala o Méjico, en los cuales, hasta no hace tanto tiempo, se regulaba la adopción simple o no plena y que en la actualidad, ordenan preferentemente la adopción plena, contemplándola como el único tipo de adopción posible. Como muestra, puede citarse el caso de Méjico, cuyo Código Civil del Distrito Federal ha suprimido la adopción simple. En este sentido, Vid. O. MESA CASTILLO, en *Principales tendencias en el tratamiento jurídico a la institución de la adopción*, [http://www.fgr.cu/Biblioteca%20Juridica/FAMILIA%20Y%20MENORES/FAMILIA/ARTICULOS%20DE%20LA%20Dra.%20OLGA%20MESA/Olga%20Mesa%201998%20\(2\).doc](http://www.fgr.cu/Biblioteca%20Juridica/FAMILIA%20Y%20MENORES/FAMILIA/ARTICULOS%20DE%20LA%20Dra.%20OLGA%20MESA/Olga%20Mesa%201998%20(2).doc), así como http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/038_DO_08abr13.pdf

⁵ Vid. I. BRENA SESMA, *Las adopciones en Méjico y algo más*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005 pág.38, donde se pone de manifiesto como en Méjico, el Código Federal y en los de otros Estados, se reservaba la adopción simple para los incapaces. Igualmente, en este sentido, Vid. “Adopción plena *versus* adopción simple: Las consecuencias jurídicas de la adopción”, *Ficha de formación n° 29*, Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia (SSI/CIR), Enero-2007, <http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/esp/29.pdf>

⁶ Vid. LA CRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA en LACRUZ *et. alt.*, *Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV, Madrid, Dykinson, 2002, p.389.

⁷ El propio término adopción viene del vocablo latino *adoptio* (*ad-* a, *para-* y *optio*-elección), que a su vez proviene del verbo *arrogatio* (*ad* y *rogo*), que significa adoptar. Así se habla de *arrogare in locum filii*, que quiere decir adoptar como hijo. Vid. M.A.CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, , Tomo I, p 27

⁸ Vid. LA CRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA, *op.cit.*, p.390.

⁹ Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes” en *VV AA, Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000, p.180.

Estado. Con todo, la regulación que se llevó a cabo, fue poco precisa, además de rígida y compleja, con escasos efectos y sujeta a una serie de exigencias que dificultaban su utilización. Idénticas circunstancias se repiten en otros Códigos del s. XIX.¹⁰

23. En España, en la época decimonónica y al igual que en el resto de Europa, la figura de la adopción estaba en franca decadencia. Efectivamente, durante la etapa codificadora se repiten los mismos argumentos utilizados en Francia, siendo incorporada finalmente al Código Civil de 1889, después de que estuviera a punto de acordarse, casi por unanimidad, la ausencia de regulación de esta institución y ello con fundamento en que la adopción no formaba parte de las costumbres de nuestro país.¹¹

24. En cualquier caso, en su redacción original, el Código Civil, de acuerdo con la filosofía imperante en el siglo XIX, concebía la adopción únicamente en beneficio de los adoptantes. De este modo, se procuraba salvaguardar por encima de todo a la familia natural de los problemas derivados del abuso de esta figura, regularizando la institución de manera tal que la consideración principal fuera el derecho de las parejas sin descendencia a tener hijos y siempre poniendo como límites los intereses de la familia legítima. En cumplimiento de estos fines, el Código de 1889 elaboró la regulación legal de la institución adoptiva como una categoría unitaria, con efectos restringidos, que aunque conllevaba el ejercicio de la patria potestad respecto de los menores de edad y permitía al adoptado usar, junto con el de su familia de origen, el apellido del adoptante, no contemplaba la ruptura de los vínculos de parentesco entre aquél y su familia biológica, ni tampoco concedía al adoptado derechos sucesorios en relación con la herencia del adoptante. O lo que es lo mismo, la institución adoptiva que recogía el Código Civil en su redacción original se correspondía con la figura de la adopción simple, objeto principal de este trabajo.

25. Igualmente, se ha puesto de relieve como la sociedad, poco a poco, fue evolucionando hacia una mayor preocupación en torno a los temas relativos a la infancia y a los menores, haciéndose más sensible a sus necesidades en cuanto representan la parte más débil y necesitada de protección. Junto a esto, se fue produciendo un cambio de orientación en el régimen de protección de menores hasta llegar a la etapa actual, en la que se busca la protección integral del menor, no sólo actuando en los estados de desamparo, sino también en aquellos casos en que es preciso normalizar su situación, todo ello con el fin de lograr la integración social del niño.¹²

26. Todas estas novedades contribuyeron a que esta figura fuera cobrando nuevamente fuerza, de manera que ya no podía hablarse de que la institución estuviera en crisis, en tanto que la adopción experimentó un notable auge a raíz de las dos Guerras Mundiales. Fue entonces cuando, debido a que muchos menores perdieron a sus familias, se produjo también una transformación en los fundamentos de la adopción, cobrando mayor importancia su función protectora. Por este motivo, pasaron a ser prioritarias aquellas medidas que no conllevasen el internamiento en centros de protección, puesto que la institucionalización había dejado de ser la solución más conveniente para los menores necesitados de amparo. En consecuencia, no bastaba con que los niños viesan satisfechas sus carencias materiales, sino que además requerían el cariño y las atenciones que les permitiesen una evolución psicológica y social adecuada.

27. Ello motivó una creciente participación del sector público en los procesos de adopción y en consecuencia, se fueron intensificando los controles, no solo a través de un desarrollo exhaustivo de la regulación nacional, sino también mediante la conclusión de Convenios de naturaleza internacional, que se articulan en torno a ciertos estándares jurídicos, de entre los cuales, cabe subrayar, el principio de interés del menor. En este sentido, hay que destacar diferentes normas que aluden a dicho principio,

¹⁰ Vid. LA CRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA, *op.cit.*, p.390

¹¹ Vid. F.GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid, 1852. Tomo I, pág. 148, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/concordanciasDelCodigoCivilT1.pdf>

¹² LA CRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA, *op.cit.*, p.390.

¹² Para mayor información, consúltese, entre otros, R. FLUITERS CASADO, "Acogimiento y adopción", CDJ: Jurisdicción voluntaria. N°16, 1996, pp. 279-336

como el Convenio de NU sobre Derechos del Niño de 1989 y el Convenio de la Haya de 1993 en materia de Adopción Internacional.

28. Respecto a la responsabilidad de los Estados en los procesos de adopción, cabe reseñar que, hoy en día, la adopción se entiende como una medida social y legal de protección de la infancia y que como tal medida de protección, principalmente, debe tomar en consideración el beneficio del adoptado y el respeto a sus derechos fundamentales, lo que supone que el procedimiento se inicie en todo caso porque las circunstancias del niño así lo requieran, y no porque haya personas que pretendan adoptarlo.¹³

29. Esta nueva filosofía supuso un fortalecimiento de los valores del menor en su condición de persona, repercutiendo en la esfera jurídica hasta el punto de que el principio de interés del menor está presente en los ordenamientos jurídicos modernos como principio general del Derecho. El interés del menor pasó a ser asimismo el hilo conductor de la institución adoptiva en las legislaciones de los países occidentales, que comenzaron a promover una adopción en la cual desaparecieron otras motivaciones tradicionalmente presentes en esta figura, como lo fueron el sentido económico sucesorio y las connotaciones fraudulentas que podían perjudicar a la familia legítima.

30. Por lo demás, en España el principio del interés del menor se recogió especialmente en la Constitución Española de 1978¹⁴ y ha sido incorporado a la normativa tanto nacional como autonómica como valor primordial, a tomar en consideración en todas las actuaciones relativas a niños y adolescentes.¹⁵

31. Es evidente, entonces, que las circunstancias fueron cambiando y que en nada concuerda esta realidad con el concepto de adopción tal y como se recoge en el Código Civil de 1889, más preocupado por los deseos de los adoptantes que por las necesidades del adoptando. En consecuencia, se hizo necesaria una modificación del régimen original establecido en el Código con objeto de mejorar la situación jurídica de los menores, acentuando la esfera personal de la institución desde el punto de vista de su superior interés.

32. Enlazando con el análisis histórico, es posible afirmar que el *favor minoris* no sólo está presente en las sucesivas reformas del Código Civil desde 1889, sino que constituye el principal motivo de las mismas. Consecuencia de ello son dos consideraciones fundamentales:

33. Primeramente, el progresivo fortalecimiento de los vínculos de filiación entre el adoptado y los adoptantes, al mismo tiempo que se debilitan los vínculos entre el adoptado y su familia de origen. Lo mismo cabe decir de la irrevocabilidad de la adopción, en tanto que le proporciona la misma estabilidad

¹³ En cuanto a la mayor intervención de las Administraciones Públicas en el ámbito de la protección de menores, se habla incluso de “*administrativización*” o “*metamorfosis socializante*” del estatuto jurídico del menor, que venía siendo considerado propiamente como una cuestión de Derecho Privado. En este sentido, se pone de relieve que es la adopción la institución de protección de menores en la que en mayor medida ha incidido este incremento del control estatal, sobre todo, por lo que se refiere al procedimiento por el que se constituye la adopción y particularmente, respecto a la verificación de la adoptabilidad del menor declarado en desamparo y el certificado de idoneidad de los adoptantes. Vid. S. ADROHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIII, Mayo-Junio 2007, Núm.701, pp. 950 y 951

¹⁴ El precepto clave tanto en materia de filiación, incluida la adoptiva, y de protección de menores, lo constituye el art.39 de la Constitución Española de 1978 (B.O.E. 29 diciembre 1978), toda vez que el mismo se hace eco del principio del interés del menor y habida cuenta que en dicho artículo se recoge la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación.

¹⁵ En este sentido, sirvan de ejemplo el art.2 de 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 (B.O.E. 17 enero 1996), así como también, en el ámbito autonómico, el art. 3.3.a) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (B.O.A. 20 julio 2001). Ello, sin olvidar que, en materia de adopción, el principio del interés del menor se encuentra expresamente recogido en el art.176 Cc y el art.2.1 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (B.O.E. 29 diciembre 2007). Especial mención cabe realizar a la inclusión de este principio en las normas relativas a la eficacia en España de las adopciones simples o no plenas internacionales y más concretamente, en el art.31 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (B.O.E. 29 diciembre 2007), en el cual se contempla la excepción de orden público internacional

que comporta la filiación natural. Paradójicamente, el afianzamiento de los vínculos de filiación en el caso de la adopción plena, supuso el principio del fin de la adopción simple en nuestro ordenamiento jurídico.

34. Y en segundo término, el carácter residual que gradualmente fue adquiriendo la adopción simple, que culmina con la CE 1978, y su contribución a la posterior eliminación de esta institución mediante la adaptación de la legislación en vigor a dos preceptos clave: el art.14 y el 39.2CE.¹⁶ Así, en virtud de dichos preceptos, el legislador equiparó los efectos de la filiación por naturaleza y por adopción, en su forma plena, pero, sin extender esta correspondencia de efectos a la adopción simple. Esta interpretación fue avalada por el Tribunal Constitucional, que tras dejar sentado que todas las categorías jurídicas de filiación quedan equiparadas, entendió que los regímenes jurídicos de la adopción simple y la adopción plena no son comparables, toda vez que ésta última se encuentra provista de un contenido mayor y además es equivalente a la filiación por naturaleza.¹⁷

35. Con todo, la vigente regulación sustantiva de la adopción en España trae causa de las modificaciones incorporadas, de un lado, por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, y de otro, por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. A partir de aquí, el legislador español equipara los efectos de la filiación por naturaleza y por adopción (art.108 Cc), de tal forma que el vínculo que se origina tiene el mismo contenido, desde el punto de vista jurídico, que el derivado del parentesco biológico, con alguna excepción. Del mismo modo, hay que recordar que la normativa española prevé que, como consecuencia de la adopción, se produzca la extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art.178.2 Cc). Además, en nuestro ordenamiento jurídico la adopción es irrevocable (art.180.1 Cc). Esto resulta congruente con el art.39.2 CE (principio de igualdad de filiaciones), toda vez que la filiación biológica también es irreversible, a la par que concuerda con el principio de la integración familiar.¹⁸

36. Luego, hoy en día, el Derecho positivo español, aplicando la filosofía imperante en materia de protección de menores, regula un único tipo de adopción cuyos efectos se corresponden con los de la adopción plena y se configura como una medida de protección de menores, que debe ordenarse desde la perspectiva del interés del adoptando y su integración definitiva en una familia idónea que posibilite su desarrollo integral, idea ésta que también se encuentra recogida en la Ley de Adopción Internacional.

37. Esta última observación entronca, asimismo, con el que constituye el precepto clave del vigente régimen de la adopción: el art.176.1 Cc, que, para su válida constitución, ordena tener en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, en el

¹⁶ Pese a todo, la primera reforma en profundidad de la institución no se efectuó hasta la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se introdujo la institución de la adopción plena, si bien, conservando la figura de la adopción menos plena. El camino emprendido por la reforma de 1958 fue continuado por la Ley de 4 de julio de 1970, cuyo objetivo consistió en intensificar el vínculo adoptivo, dotando al interés del menor de mayor relevancia en relación con la constitución de la adopción. Igualmente, mantuvo la distinción entre la adopción menos plena, que ahora denomina simple, y la plena, reforzando los efectos de ambas instituciones y favoreciendo el acceso a la adopción plena. Ambos tipos de adopción convivieron hasta la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 21/87, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (B.O.E. 17 noviembre 1987), en la cual, se prevé un único tipo de adopción, con los efectos de la anteriormente denominada adopción plena y se suprime la figura de la adopción simple, siguiendo el mandato de los arts. 14 y 39.2 de la Constitución de 1978 (B.O.E. 29 diciembre 1978). Más en concreto, el art.39 CE, junto a otros preceptos, tales como los arts. 10 y 14 CE, inspirarán sobre manera las sucesivas reformas del Código Civil en materia de adopción y muy particularmente, las introducidas por las dos normas de las que trae causa la actual regulación de esta institución: la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (B.O.E. 17 noviembre 1987, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (B.O.E. 17 enero 1996).

¹⁷ STC 200/2001 de 4 de octubre (B.O.E. 6 noviembre 2001)

¹⁸ En cualquier caso, aún después de la entrada en vigor de la Ley 21/1987, en virtud de su Disposición Transitoria Segunda, las adopciones simples formalizadas antes de su vigencia continuaron desplegando los efectos que les atribuía el Código Civil con anterioridad a la citada reforma. La mencionada Disposición establece también una suerte de conversión o transformación de las adopciones simples en una adopción tal y como se regula en Derecho español desde la referida Ley.

momento de dictar la resolución judicial constitutiva de la adopción. Esto significa que, si bien, en virtud de la resolución judicial, se instituyen vínculos jurídicos de filiación entre la familia adoptante y el adoptando, la total integración y adaptación del menor en su nueva familia resultará más o menos favorable según se hayan observado los principios básicos establecidos en el art. 176.1Cc.

3. ¿Hacia una nueva adopción?

38. Como se ha puesto de manifiesto al introducir el objeto del trabajo, en el momento actual conviene prestar atención a las nuevas tendencias que van cobrando fuerza y que, sobre la base del interés del menor, defienden el recurso a figuras que, al mismo tiempo que proporcionan estabilidad, resultan menos rígidas que la adopción plena, entre las cuales se incluiría la institución de la adopción simple. Paradójicamente, se da la circunstancia de que en virtud de este mismo principio del interés del menor, que ahora se invoca, la adopción simple fue perdiendo fuerza hasta su completa supresión del Código Civil por la Ley 21/1987.

39. En nuestro país, la posibilidad de introducir la institución de la adopción simple fue abordada en la “Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas, en el Senado”, donde ya se indicó la oportunidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico figuras que facilitarían la estabilidad pero, sin la ruptura definitiva de los vínculos con la familia biológica, entre las que se citaban, junto con la adopción simple, el acogimiento permanente con funciones tuitivas y la adopción abierta.¹⁹ Del mismo modo, debe señalarse que en el momento en que se aprobó el Código Civil de Cataluña hubo un intento de recuperar la figura de la adopción simple, aunque finalmente esta idea se rechazó, al carecer de estudios sociológicos y jurídicos que permitieran sopesar la conveniencia de volver a regular esta institución y sus posibles efectos en la sociedad actual.²⁰

40. Igualmente, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, ha mostrado su preocupación por el auge que vienen cobrando estas nuevas instituciones y en este sentido, ha estudiado la problemática que plantea la regulación de la adopción abierta en los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes en el marco del funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional.²¹

41. Por este motivo, parece oportuno realizar una breve reseña de las figuras del acogimiento familiar con funciones tuitivas y de la adopción abierta, introducidas en nuestro Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, así como de las conclusiones alcanzadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en relación con la adopción abierta, destacando las similitudes y diferencias de tales instituciones con la figura de la adopción simple. Al mismo tiempo, tampoco está de más introducir un análisis sociológico y psicológico de algunos de los argumentos que, junto con la perspectiva jurídica, podrían servir como justificación a la posible reincorporación de la modalidad de la adopción simple en nuestro Derecho positivo.

A) El acogimiento familiar permanente con funciones tutelares

42. En relación con la modalidad del acogimiento familiar permanente con funciones tutelares del nuevo art.173.bis.2. c) Cc, hay que reiterar que se planteó como una alternativa de integración defi-

¹⁹ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, BOCG-Senado, IX Legislatura, núm.545, de 17 de noviembre de 2010

²⁰ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña (Enero 2011)*, Id. vLex: VLEX-381987926 , <http://vlex.com/vid/381987926>

²¹ Vid. Conclusiones y Recomendaciones aprobadas por la Cuarta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, https://assets.hcch.net/upload/wop/adop-2015concl_es.pdf, y Documento Informativo No 4 de junio de 2015 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del 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, <https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf>.

nitiva y plena en un medio familiar ajeno que no comportase la completa ruptura de los vínculos con la familia de origen, de forma similar a como se contempla en otros países a través de la institución de la adopción simple.²²

43. La incorporación de fórmulas similares no resulta extraña a nivel de Derecho comparado y en este sentido, puede servir de ejemplo la *Special Guardianship* o tutela especial,²³ que surge como alternativa a la adopción plena, modelo que, tradicionalmente, se ha venido siguiendo en el Reino Unido y como contrapartida a la denominada *open adoption*, que está cobrando mucho auge en el mundo anglosajón, sin que, pese a ello, encuentre demasiada aceptación entre los adoptantes.²⁴

44. En cuanto a nuestra normativa de producción interna, hay que mencionar los arts.172 *ter* a 174 Cc, donde se regula la figura del acogimiento familiar. Se trata de una institución de guarda de menores que ha sido calificada por la doctrina como “cuasifamiliar”, toda vez que su contenido y efectos son más amplios que los previstos en los preceptos anteriores, que regulan la tutela y la guarda administrativa.²⁵ Ahora bien, aunque, al igual que la adopción simple o no plena, no comporta la ruptura de vínculos jurídicos de filiación con la familia de origen, también es cierto que el acogimiento familiar se configura como una institución de rango inferior a la adopción simple, habida cuenta que, a diferencia de ésta, no instituye un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado y en consecuencia, tampoco surge relación de parentesco alguno.²⁶

45. Sobre el acogimiento familiar hay que reseñar que, al igual que la adopción, se constituye en interés del menor²⁷ y con carácter subsidiario, para el caso de que aquél no pudiera reinsertarse en su propia

²² Vid. Comparecencia de la Directora General de Familia de la Consejería de Bienestar Social de la Comunidad Valenciana, D.^a Carolina Martínez García, *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, BOCG-Senado, IX Legislatura, núm.545, de 17 de noviembre de 2010

²³ Vid. arts. 14A, B,C,D,E,F y G de la *Children Act 1989*, modificada en el sentido que establece el art.115 de la *Adoption and Act 2002*, del Reino Unido y que ha sido desarrollada por la *The Special Guardianship Regulations 2005*, modificada por la *The Special Guardianship (Amendment) Regulations 2016*

²⁴ A modo de justificación, se ha dicho que esta institución constituye un recurso adecuado para aquellos casos en los que la adopción no resulte aconsejable. En cuanto a su contenido, este tipo de tutela especial no conlleva una ruptura absoluta de las relaciones con la familia biológica, respecto de la cual se permite el establecimiento de un régimen de visitas, ni tampoco instaura un vínculo jurídico de filiación entre el guardador y el menor, aunque sí se constituye una relación permanente entre ambos. En virtud de esta tutela especial el guardador pasa también a ostentar la responsabilidad parental respecto de menor tutelado hasta que éste cumpla la edad de 18 años, de donde se deduce que la estabilidad y permanencia que comporta esta medida no presupone su carácter definitivo e irreversible. Más aún, cuando la *Special Guardianship* también puede quedar sin efecto en aquellos supuestos en que las autoridades competentes aprecien un cambio sustancial de las circunstancias que motivaron su constitución y siempre que el interés del menor así lo requiera. Sobre la *Special Guardianship*, Vid. www.direct.gov.uk/Parents/AdoptionAndFostering, *Your guide to Special Guardianship a new option for children needing permanent families*, https://www.frg.org.uk/images/Advice_Sheets/20%20-special-guardianship-for-birth-parents.pdf, y K. O'DONOVAN, “L'adoption dans le droit du Royaume Uni”, *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 55 N°4, Octubre-décembre 2003, pp. 845-860. También resulta ilustrativa la *Guardianship Guidance Children Act 1989 The Special Guardianship Regulations 2005*, que puede consultarse en la siguiente página web, cuyo enlace se transcribe a continuación: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/236264/special_guardianship_guidance.pdf

²⁵ Vid. LA CRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA y otros, *Elementos de Derecho Civil*, IV Familia, Dykinson, Madrid,2002, pp.395. De igual modo, otros autores defienden que el acogimiento genera una “suerte de *status familiae*”, si bien, sin generar un *status filiae*, efecto éste que es rechazado por otro sector de la doctrina, toda vez que el acogimiento familiar no tiene como consecuencia la modificación del estado civil. En este punto, pueden consultarse, M.I. FELIU REY, *Comentarios a la ley de adopción*, Tecnos, Madrid, 1989, p.72 y M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p.144

²⁶ Así lo recuerda MAYOR DEL HOYO, quien insiste en que el acogimiento familiar permanente y la adopción son instituciones diferentes, si bien presentan ciertas afinidades. Subraya esta autora la diversa “naturaleza, constitución y efectos”, así como regulación, de ambas figuras, haciendo hincapié en que el acogimiento no genera una relación paterno-filial, ni atribuye al acogedor la patria potestad respecto del acogido, el cual no ostenta los apellidos de aquél, ni tiene derecho a la pensión de orfandad en virtud del acogimiento. Vid. M.V.MAYOR DEL HOYO, “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/20015, de 28 de julio” en M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.246-247

²⁷ En este punto, parece oportuno advertir que, si bien el Código Civil admite la posibilidad de adoptar a personas mayores de edad o menores emancipados, de cumplirse los presupuestos del art.175.2, el sujeto pasivo del acogimiento regulado en los arts.172. *ter*, 173 y 173 *bis*, tal como pone acertadamente de manifiesto MAYOR DEL HOYO, se refiere exclusivamente a los meno-

familia. Así se deduce de los arts.172 *ter*.2 y del art.173.*bis* del Código Civil, estableciendo este último, incluso, la posibilidad de que el acogimiento familiar se formalice en la propia familia extensa del menor. Sin embargo, algún autor ha advertido que, en contraposición a la adopción, el acogimiento familiar parece haber sido planteado por el legislador español no como una situación de carácter definitivo, sino como una relación jurídica de naturaleza transitoria o provisional, que terminará, bien cuando el menor pueda reintegrarse en su núcleo familiar de origen o bien en el supuesto de que sea finalmente adoptado. Tanto es así, que una parte de la doctrina mantiene que el acogimiento no debe conllevar la suspensión de las relaciones con la familia anterior si resulta posible la reinserción del acogido en su familia de origen.²⁸

46. Sin embargo, no puede desconocerse que cuando la reintegración del menor no resulte factible y así lo aconsejen las circunstancias del acogido y su familia, el art.173.*bis*.2. c) Cc incorpora la posibilidad de que se decrete un acogimiento familiar permanente. En este punto y respecto al art. 173. *bis*. 2. c) Cc, algún autor pone el acento en que su razón de ser se encuentra en proporcionar al menor una solución estable en aquellos supuestos en que el recurso a la institución adoptiva no se considere conveniente o para los casos en que la adopción resulte difícil o no sea posible.²⁹ Tratándose de un acogimiento familiar permanente, nada impide que se establezca un régimen de visitas a favor de los padres u otros familiares del acogido, atendiendo a las particularidades del caso concreto y siempre que ello redunde en interés del menor.³⁰

47. Otra cuestión a tomar en consideración tiene que ver con el carácter permanente de esta modalidad de acogimiento, que no puede confundirse con la naturaleza definitiva e irreversible que comporta la adopción, toda vez que el acogimiento permanente finaliza cuando el interés del menor así lo requiera o en todo caso, cuando el acogido alcanza la mayoría de edad. Más bien, se trataría de identificar la nota de la permanencia con la estabilidad que conlleva el establecimiento de una medida que se constituye de manera indefinida, frente a otros tipos de acogimiento que se formalizan de manera temporal.³¹

48. En lo que se refiere al contenido y alcance del acogimiento, se puede afirmar que los derechos y deberes que conlleva su ejercicio se corresponden esencialmente con los que resultan inherentes a la patria potestad, conforme se regula en el art.154 Cc³², toda vez que según se desprende del art.173.1 Cc, el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia³³ e impone al acogedor las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y proporcionarle una formación integral.

49. Junto a los anteriores derechos y deberes, cabe destacar que el último inciso del art.173 *bis* c) establece, para el caso de la modalidad de acogimiento familiar permanente y siempre que ello responda al interés del menor, la posibilidad de que la Entidad Pública solicite ante el Juez la atribución a los acogedores permanentes de aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades.

res de edad, ya sean españoles o extranjeros, quedando, por tanto, fuera de su ámbito de aplicación los menores emancipados o habilitados de edad, así como los mayores con capacidad modificada. Para mayor información, puede consultarse, M.V. MAYOR DEL HOYO, “El nuevo acogimiento:...cit”, pp.220 y 221.

²⁸ Vid. LA CRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA y otros, *op.cit.*, p.397

²⁹ Ténganse en cuenta que la adopción puede resultar complicada en el supuesto de menores de cierta edad o que presenten enfermedades, deficiencias, u otros problemas derivados de su particular evolución “personal y social”. Vid. M.V. MAYOR DEL HOYO, “Capítulo 10. El acogimiento...cit”, p. 246

³⁰ Vid. M.V. MAYOR DEL HOYO, “El nuevo acogimiento: cit, p.248

³¹ Así lo pone de relieve M.V. MAYOR DEL HOYO, “Capítulo 10. El acogimiento...cit”, p. 246

³² En el mismo sentido se pronuncia el art. 20 *bis*. 1.g) LOPJM, en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (B.O.E. 29 julio 2015) en relación con el apartado 2.1) del mismo artículo.

³³ Así lo establece también el art.21 *bis*. LOPJM, introducido por el legislador del 2015. Este dato resulta relevante, toda vez que la nota de la integración familiar tuvo como consecuencia la supresión de la regulación de la adopción simple del Código Civil, con fundamento en que en la mayor parte de los casos servía para fines no merecedores de protección, según el propio Preámbulo de la Ley 21/1987.

50. Con todo, tampoco puede perderse de vista que las causas prevista para el cese del acogimiento familiar, incluso en su modalidad de permanente, son más amplias que las establecidas para la extinción de la adopción en el art.180.2 Cc y además, no se exige que en todo caso el cese se acuerde mediante resolución judicial, siendo posible que se decrete por decisión de la Entidad Pública.³⁴

51. En este momento y a la vista del contenido y efectos de la figura del acogimiento familiar, parece oportuno señalar que, dado que la adopción simple o no plena no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, en sede de reconocimiento de resoluciones de adopciones extranjeras, por la Dirección General de Registros y del Notariado se vino realizando una calificación funcional de esta institución, equiparándola con un acogimiento familiar preadoptivo³⁵, con la finalidad de constituir una nueva adopción ante las autoridades españolas, sin que resultase necesaria la propuesta de la Entidad Pública competente, como prevé el art.176.2 Cc. Dicha equiparación se mantuvo hasta la reforma del 2015 en el art.30.4 LAI, en relación con la conversión de la adopción simple o no plena, pese a las críticas de que fue objeto la anterior doctrina del Centro Directivo, basadas en la degradación que sufría la institución de la adopción simple, que a diferencia del acogimiento, instauraba un vínculo de filiación entre el adoptado y los adoptantes.

B) La adopción abierta

52. Mención especial merece la novedad que introduce la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» 29 julio), al incorporar un nuevo apartado 4 al art.178 Cc, en el cual se regula lo que en el Preámbulo se denomina “adopción abierta”.³⁶

53. Señala el Preámbulo de la mencionada Ley 26/2015 que la adopción abierta se encuentra regulada a nivel de Derecho comparado en países tales como Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. Su régimen varía de unos ordenamientos jurídicos a otros, toda vez que en algunos Estados se establece a través de un “acuerdo privado entre las partes”, si bien bajo el control de la Entidad Pública, mientras que en otros sistemas jurídicos se requiere intervención judicial, tanto para confirmar la medida, como para una posible modificación o cese de la misma, tipología ésta que se asemeja más a la reglamentación que contempla el nuevo apartado 4 del art.178 Cc.³⁷

54. Concretando un poco más el panorama de Derecho comparado, hay que observar que, en la práctica, esta modalidad de adopción encuentra sus orígenes en los países anglosajones, siendo la fórmula más utilizada en los Estados Unidos de América.³⁸ Ello contrasta con la negativa de muchos

³⁴ . Específicamente, el art.173.4 Cc dispone: “*El acogimiento familiar del menor cesará:*

a) Por resolución judicial.

b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor.

c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor.

d) Por la mayoría de edad del menor”

² *Será precisa resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez.*

³⁵ Recuérdese que el vigente art.176 *bis* se refiere a guarda con fines adoptivos.

³⁶ Puede encontrarse una definición de adopción abierta en el Informe emitido por el CGPJ con ocasión del Anteproyecto de la Ley de la Infancia: “Se refiere a aquella adopción en que los padres biológicos y los padres adoptivos se conocen, comparten sus identidades, intercambian información y pueden comunicarse a lo largo de los años, manteniendo el adoptado relación con su familia de origen y especialmente, con sus hermanos biológicos”. Vid. *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de la Infancia*, Madrid, 3 de octubre de 2014, p.85

³⁷ El CGPJ criticó que la única razón que se ofreció como justificación a su inclusión en el Anteproyecto de Ley de la Infancia fuera, justamente, la regulación existente en el ámbito del Derecho comparado. Vid. *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de la Infancia*, Madrid, 3 de octubre de 2014, p.85

³⁸ Con anterioridad a la reforma del 2015, la DGRN tuvo ocasión de pronunciarse sobre una adopción de este tipo. Sirva de ejemplo la RDGRN n° 30/2014, de 14 octubre (LA LEY 245392/2014). Se trataba de una adopción constituida en los EEUU, respecto de dos menores nacidos en este país, por un ciudadano español y su esposa de nacionalidad estadounidense. La resolución dictada por las autoridades norteamericanas incluía unos convenios de contacto post-adopción de los interesados, en

de los países de origen de los menores a regular la institución de la adopción abierta, con fundamento en la exigencia del anonimato, recogida en sus leyes internas. Este es el caso de los Estados de América Latina y de la Europa del Este. Como tampoco existe esta figura en los ordenamientos de Asia y África, mientras que en Europa, cabe mencionar los avances legislativos experimentados en países como Finlandia, Alemania o Suiza.³⁹

55. Con todo, como ya se ha adelantado, el grado de apertura varía de unos ordenamientos jurídicos a otros, aún en aquellos países que contemplan una institución más flexible que la adopción plena. De este modo, en Alemania e Irlanda existe un tipo de adopción que se denomina semi-abierta o mediada, en la cual se facilita cierta información a la familia biológica sobre los padres adoptivos o se permiten algún contacto, a través de correspondencia, si bien, no se proporcionan datos personales acerca de los adoptantes. Por otro lado, las adopciones totalmente abiertas suelen llevarse mayormente a la práctica en aquellos lugares, como los Estados Unidos de América, donde se permiten las adopciones privadas, que, recuérdese, se encuentran prohibidas por el CH 1993, posibilitando el establecimiento de contactos directos entre el menor adoptado y la familia adoptiva con los padres biológicos. En este punto, conviene reseñar que, pese a la notoriedad que están alcanzando en los últimos años, las adopciones abiertas se vienen constituyendo desde hace mucho tiempo e incluso, es posible referir Estados, como es el caso de Nueva Zelanda o Canadá, en los cuales la adopción abierta no está prevista por su legislación, a pesar de que se trata de una práctica muy extendida.⁴⁰

56. En España, con anterioridad a la Ley 26/2015, se efectuó un tímido intento de apertura al introducir el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos en el art.12 LAI y el art.180. 5 Cc, al alcanzar la mayoría de edad o durante la minoría de edad mediante sus representantes legales, preservando la intimidad de las personas afectadas. Ahora bien, se ha avanzado ya que en nuestro país la posibilidad de introducir la institución de la adopción abierta fue abordada en la “Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas, en el Senado”, donde ya se indicó la oportunidad de incorporar esta figura a nuestro ordenamiento jurídico. En este contexto, se consideró que podía tratarse de una medida beneficiosa para niños de cierta edad o adolescentes que mantuviesen relaciones con su familia extensa, así como una alternativa más favorable que el acogimiento permanente. No obstante, en dicha Comisión también se puso de relieve que esta modalidad es minoritaria en

los que aparecía un régimen de visitas a favor de la madre biológica de los menores. Los adoptantes comparecieron ante el Registro Civil Consular de Nueva York, solicitando la inscripción de nacimiento y marginal de la adopción de los dos menores. El Encargado del Registro Civil Consular denegó las inscripciones solicitadas por considerar que no existía una correspondencia de efectos de estas adopciones norteamericanas con la legislación española, ya que el artículo 178.1 Cc establece que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, lo que entraría en contradicción con lo dispuesto en el convenio de contacto post-adopción incorporado al auto de adopción, en el que se permitía un régimen de visitas por parte de la madre biológica a los menores adoptados. O lo que es lo mismo, el Encargado del Registro Civil Consular equiparó a una adopción simple la adopción constituida ante las autoridades norteamericanas, cuando lo cierto era que, más bien, se asemejaba a la figura de la adopción abierta, que, en aquel entonces, todavía no se encontraba regulada en el Derecho español.

^{EI} Centro Directivo resolvió a favor de los recurrentes, argumentando que los efectos de las adopciones objeto de la solicitud se correspondían con los de la adopción española, de acuerdo con el artículo 26.2 LAI, sin que el convenio post-adopción resultase contrario al art.178.1 Cc, puesto que entraría dentro de la esfera de decisión de los padres adoptivos, que tendrían el derecho de acordar quién puede contactar con sus hijos. En la actualidad, este problema ya no se produciría, puesto que una adopción como la analizada por el Centro Directivo resultaría equivalente a la nueva adopción abierta del art.178.4 Cc.

³⁹ Así lo pone de manifiesto C.JEANNIN, en “Panorama de la adopción abierta: un tema altamente debatido en la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del CLH-1993”, en M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.387-409. Para mayor información, puede consultarse igualmente, Documento Informativo No 4 de junio de 2015 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del 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, <https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf>.

⁴⁰ Vid. Documento Informativo No 4 de junio de 2015 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del 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, <https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf>, así como C.JEANNIN, en “Panorama de la adopción abierta: un tema altamente debatido...cit”, en M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 387-409.

todos los países en que se contempla la adopción abierta y que se trata de una opción que no se puede imponer, así como que los progenitores biológicos han de tener muy presente que, a todos los efectos, han dejado de ser los padres del adoptado.⁴¹

57. Asimismo, en el propio Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se ofrece una justificación para la incorporación de esta nueva institución al Código Civil. Se alega que se trata de una medida pensada especialmente para los niños más mayores, cuya adopción resulta más difícil, en tanto que constituye una medida consensuada, de carácter permanente, que aporta estabilidad a los menores en el ámbito familiar.⁴² De este modo, se pretende flexibilizar la institución adoptiva, a fin de que la familia de origen asuma la “pérdida”, a la par que el menor se integra de manera estable en la familia adoptiva, sin que ello comporte el cese de las relaciones con su familia anterior.

58. Sin embargo, pese a los argumentos esgrimidos por el legislador español, se trata de una modalidad de adopción respecto de la cual no existe unanimidad en cuanto a su conveniencia.⁴³ Junto a ello, ya se ha puesto de manifiesto al explicar la fórmula de la *Special Guardianship*, como en otros países la figura de la adopción abierta no siempre ha sido bien acogida por las familias adoptantes, que han optado por el recurso a otras instituciones de protección de menores cuando las circunstancias del menor requerían una medida de naturaleza familiar y estable, al mismo tiempo que el mantenimiento de vínculos con la familia natural del menor.⁴⁴ A esto se suma la necesidad de que exista voluntad de colaboración entre la familia de origen y la adoptiva, que no en todo caso resultará una tarea sencilla.

59. Por estos motivos, también en nuestro país, la nueva modalidad de la adopción abierta ha sido acogida con reservas y así, se han puesto de manifiesto los posibles inconvenientes que pudiera comportar⁴⁵, dadas las diferencias existentes entre el ordenamiento jurídico español y los sistemas en los que tradicionalmente se ha venido regulando esta nueva modalidad de adopción, a lo que debe añadirse el distinto contexto sociológico en el cual ha arraigado esta institución. Más en concreto, se ha hecho especial hincapié en las diferencias existentes entre el procedimiento de adopción, tal y como se contempla en el Derecho español, en el cual la Administración Pública desempeña un importante papel en toda la fase previa a la constitución de la adopción, y la configuración de la adopción como un acuerdo privado entre los adoptantes y los progenitores del menor, sin apenas intervención pública, previsto en aquellos sistemas jurídicos en los que la institución de la adopción abierta ha tenido mayor acogida, como pudiera ser el de los EEUU. Con todo, también se considera que, en ciertos casos, el establecimiento de esta medida

⁴¹ *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, BOCG-Senado, IX Legislatura, núm.545, de 17 de noviembre de 2010

Al igual que ocurrió en la citada Comisión Especial del Senado, la posibilidad de la adopción abierta también fue objeto de debate en la Comisión redactora del Anteproyecto de 2011, si bien, finalmente, se optó por su no inclusión. Así lo observó el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de 2014. Vid. *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia*, Madrid, 11 de julio de 2014, p.75

⁴² Ya en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se puso de manifiesto el aumento de las adopciones abiertas de niños mayores o con necesidades especiales. Esto mismo se ha constatado en lugares como Austria o Inglaterra. Vid. Documento Informativo No 4 de junio de 2015 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del 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, <https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf>.

⁴³ Así lo hizo constar el CGPJ en el *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de la Infancia*, Madrid, 3 de octubre de 2014, p.85

⁴⁴ En efecto, así lo apunta el Consejo Fiscal, al indicar que la adopción abierta puede provocar las reticencias de los adoptantes, habida cuenta que no gozarán de idénticas independencia y privacidad que los demás padres. Vid. *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia*, Madrid, 11 de julio de 2014, pp. 75 y 76

⁴⁵ A este respecto, hay que atender a las observaciones realizadas por el CGPJ, que recomienda obrar con cautela, aun entendiendo que la adopción abierta puede resultar una medida conveniente en algunos casos. Vid. *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de la Infancia*, Madrid, 3 de octubre de 2014, pp. 85 y 86.

Igualmente, ténganse en cuenta lo expuesto más arriba en relación con el informe del Consejo Fiscal, Vid. *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia*, Madrid, 11 de julio de 2014, pp.75 y 76

puede ser conveniente para el adoptado, motivo por el cual la nueva regulación merece una calificación favorable, en tanto que supone otra alternativa más a tener en cuenta a la hora de acordar una adopción.⁴⁶

60. En cuanto a la extensión con la cual se ha regulado la adopción abierta en el Derecho español, hay que dejar claro que, pese conllevar la extinción de vínculos entre el adoptado y su familia anterior, permitiría la subsistencia de algún tipo de relación o contacto entre ellos, mediante visitas o comunicaciones, si bien, por lo demás, sus efectos son idénticos a los de la adopción tal y como se recoge en la regulación vigente, es decir, a los de la adopción plena.⁴⁷ Ténganse en cuenta aquí que el art.178.4 Cc está formulado de manera muy elástica, sin precisar el contenido y alcance de las visitas o comunicaciones, en que consistirían las relaciones o contactos. Del mismo modo, a salvo la referencia a los hermanos biológicos, el precepto tampoco concreta los miembros de la familia de origen con los cuales el adoptado va a seguir manteniendo comunicación, correspondiendo concretar a la Entidad Pública y al Juez cuáles son, en función del interés del menor, los familiares con los que el adoptado puede mantener relación.⁴⁸

61. Este nuevo tipo de adopción operará cuando así se indique expresamente en la resolución judicial por la que se constituye la adopción, previa propuesta de la Entidad Pública⁴⁹ o del Ministerio Fiscal⁵⁰ y valoración en interés del menor, siendo necesario que la familia adoptante y el menor mayor de doce años o que tenga suficiente juicio, emitan su consentimiento.⁵¹

62. Se prevé, asimismo, que profesionales de la Entidad Pública apoyen a las partes y tomen medidas para el seguimiento de la relación, debiendo informar sobre la conveniencia o no de su mantenimiento, tras evaluar los resultados en relación con el menor y prevaleciendo en todo caso el interés del adoptado sobre los deseos de los adoptantes y la familia de origen.⁵² Nótese aquí que, como en su día subrayó el Consejo de Estado, será el Juez que constituya la adopción la autoridad competente para aprobar, en interés del menor, el convenio por el cual se establezcan los términos en los que podrán tener

⁴⁶ En cuanto a la doctrina, cabe destacar las observaciones realizadas por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Capítulo 15. La historia interminable...cit”, pp.344-349 y M.V. MAYOR DEL HOYO, “Comentario al artículo 176 bis”, en A.CAÑIZARES; P.DE PABLO; J.ORDUÑA; R.VALPUESTA, *Código Civil comentado*, vol.I, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters Civitas, 2016, p.949.

⁴⁷ Como pone de relieve MARTÍNEZ DE AGUIRRE, la reforma ha supuesto una flexibilización del régimen de la adopción, si bien no se ha modificado en lo fundamental la regulación de esta institución. Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Capítulo 15. La historia interminable: una nueva reforma de la adopción”, en M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p.322

⁴⁸ Muy interesante resulta en este punto la reflexión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, que sostiene que la figura de la adopción abierta puede involucrar a varias familias, la de origen de los menores y en su caso, las adoptivas de cada uno de los hermanos. Vid C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Capítulo 15. La historia interminable...cit”, en M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p.347

⁴⁹ Sobre este particular, también se ha puesto de relieve el importante papel que juega la Entidad Pública respecto a la institución de la adopción abierta, habida cuenta que se encuentra facultada para acordar una guarda preadoptiva abierta, tal y como se deduciría de los arts.176 bis 2 y 178.4 Cc. Del mismo modo, se ha indicado que es la Entidad Pública la que considera la conveniencia de constituir una adopción abierta en el momento de declarar la idoneidad de los adoptantes y formular la propuesta previa, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a la disposición de las personas que se ofrecen para la adopción. A este respecto, puede consultarse C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Capítulo 15. La historia interminable...cit”, en M.V. MAYOR DEL HOYO(Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, p.346 y A.LÓPEZ AZCONA, “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, Núm. 2185, Enero de 2016, p.76

⁵⁰ Por la Defensora del Pueblo se indicó que cabría introducir la posibilidad de que el Juez valorara la posibilidad de una adopción abierta a instancias del menor con suficiente juicio, cuando éste solicitara el mantenimiento de contactos y relaciones con su familia de origen o con una previa familia de acogida. Consúltase, *Consideraciones sobre los Anteproyectos de Ley de Protección a la Infancia y de Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 13 de mayo de 2014, p.11

⁵¹ Por parte del Consejo Fiscal se abogó por la necesidad de un “triple consenso” entre los padres biológicos, los adoptantes y el adoptado. Vid. *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia*, Madrid, 11 de julio de 2014, p.76

⁵² En relación con la primacía del interés del menor respecto de sus progenitores, ténganse en cuenta lo explicado en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Capítulo 15. La historia interminable...cit”, en M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, p.345, así como en M.V. MAYOR DEL HOYO, “Comentario al art.178”, en A.CAÑIZARES; P.DE PABLO; J.ORDUÑA; R.VALPUESTA, *Código Civil comentado*, vol.I, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters Civitas, 2016, p.949

lugar las relaciones y los contactos entre el adoptado y su familia de origen, siendo garantía del cumplimiento de dicho acuerdo el posterior seguimiento que corresponde llevar a cabo a la Entidad Pública.⁵³

63. Vistos los interrogantes que deja abiertos la regulación del Código Civil, cabe preguntarse como se va a desarrollar en la práctica la implantación de esta modalidad de adopción en España. Es obvio que el tiempo transcurrido desde la incorporación de esta figura al Código Civil no permite realizar un diagnóstico preciso a este respecto. Con todo, existen algunas investigaciones que corroboran que la implantación de la adopción abierta en nuestro país está siendo lenta, en particular, por el temor a que surjan sentimientos de rivalidad entre la familia adoptante y la biológica.⁵⁴ También analizan los inconvenientes derivados de los procesos de adopción abierta, contando con la perspectiva de distintos expertos que intervienen en el desarrollo de los expedientes de acogimiento familiar y adopción, a los cuales se les consultó sobre las siguientes cuestiones relacionadas con cinco aspectos: 1) conocimiento de la población en general sobre adopción abierta, 2) posibilidades de implantación en España, 3) ventajas e inconvenientes de la medida, 4) tipología de casos en los que ven más viable o difícil su desarrollo y 5) algunas garantías a tener en cuenta.⁵⁵

64. Resumiendo las conclusiones alcanzadas por los expertos entrevistados, todos coinciden en que no se puede exportar el modelo de otros países, debido a la diferente concepción de la familia y de la institución adoptiva que se tienen en España. A su entender, el mecanismo más oportuno para el buen funcionamiento de la adopción abierta sería la mediación, en tanto que permite planificar las relaciones entre el adoptado y la familia adoptante con la familia biológica, mediante la intervención de personal cualificado, tanto al inicio del proceso como a lo largo del tiempo y conforme lo requiera el interés del menor. En este sentido, recomiendan que los contactos se establezcan atendiendo principalmente al beneficio del niño, de forma gradual y pactada, sin olvidar, aún quedando en un segundo plano, el respeto a las familias. A tal fin, se insiste en la necesidad de ofrecer preparación y apoyo adecuados a ambas familias y al niño por profesionales debidamente formados, con carácter previo a la constitución de la adopción abierta así como en posteriores seguimientos.⁵⁶

65. Por lo demás, la mayor parte de los agentes intervinientes entienden que la adopción abierta no debe acordarse como primera medida, sino que resulta más beneficiosa en aquellos supuestos en que el niño se encuentra en situación de acogimiento familiar permanente, en tanto que proporciona mayor seguridad y estabilidad.⁵⁷

66. Para terminar las referencias al Derecho español, cabe añadir que esta figura presenta un antecedente en nuestro país en el Código de Derecho Civil de Cataluña. Ciertamente, el art.235-47 apartado 4 de dicho texto legal prevé que la autoridad judicial pueda disponer el mantenimiento de las relaciones personales entre el adoptado y su familia de origen, de forma excepcional y a petición de la Entidad Pública competente o del Ministerio Fiscal, en los supuestos del art.235-44-4 o de existir víncu-

⁵³ Así lo subrayó el Consejo de Estado en su *Dictamen relativo al Anteproyecto de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia*, Madrid, 27 de noviembre de 2014, p.102

⁵⁴ N. GARCÍA SANJUAN Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, *Mediación y adopción: Construyendo puentes familiares*, <http://hdl.handle.net/11531/24467>

⁵⁵ En este sentido, resulta muy interesante el estudio realizado por A. ROSSER LIMIÑANA Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, en “Retos y dificultades para la implantación de la adopción abierta en España. El papel de la mediación”, *Mediaciones Sociales*, Vol. 16 (2017), Madrid, Ediciones Complutense, pp.175-191, <https://revistas.ucm.es/index.php/MESO/article/view/58115>

⁵⁶ Sobre las ventajas de la mediación en la adopción abierta, pueden consultarse A. ROSSER LIMIÑANA Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO “Retos y dificultades...cit”, <https://revistas.ucm.es/index.php/MESO/article/view/58115> y N. GARCÍA SANJUAN Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, *Mediación y adopción...cit*, <http://hdl.handle.net/11531/24467>. En esta última obra se destaca que la mediación favorece la consecución de decisiones consensuadas entre las familias implicadas acerca de la clase de relaciones que se van a establecer, así como que la intervención del mediador resulta indispensable en el desarrollo de los contactos entre el adoptado y su familia biológica.

⁵⁷ Vid. A. ROSSER LIMIÑANA Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, “Retos y dificultades...cit”, <https://revistas.ucm.es/index.php/MESO/article/view/58115>

los afectivos cuya ruptura resulte gravemente perjudicial para el interés del menor. Este último precepto, está específicamente dirigido a la adopción internacional y regula la constitución de la adopción respecto de menores en cuyos países de origen no exista la adopción ni ninguna otra institución equivalente y que se encuentren en situaciones análogas al acogimiento o a la tutela, constituidas en el extranjero con finalidad protectora permanente, como sería el caso de la *Kafala* de Derecho islámico.⁵⁸

67. En ambos casos, no parece que el mantenimiento de los vínculos o relaciones personales con la familia de origen que comportan tanto la nueva figura de la adopción abierta, recientemente introducida en el Código Civil, como el supuesto recogido en el Código de Derecho Civil de Cataluña, supongan una suerte de reintroducción de la adopción simple en nuestros sistemas jurídicos, sino tan solo una flexibilización de la estricta regulación existente en materia de adopción.

68. Efectivamente, por lo que respecta al Código Civil, resulta evidente que el régimen de la institución adoptiva se corresponde con el de la denominada adopción plena, en tanto que entre sus efectos se prevé la extinción de vínculos jurídicos de filiación entre el adoptado y su familia anterior, pese a permitir que continúen las relaciones entre ellos.

69. En cuanto al Derecho catalán, es obvio que, al igual que el Código Civil, lo que se contempla es un modelo similar al de adopción abierta, toda vez que, recuérdese, la iniciativa para introducir la figura de la adopción simple se rechazó al aprobarse el Código Civil de Cataluña.⁵⁹

70. Con el fin de concluir este apartado, parece oportuno referirse brevemente al tratamiento que de la institución de la adopción abierta se está llevando a cabo desde la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. En esta sede, cabe destacar la labor de la “Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del 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”. Destacar que en dicha Comisión se ha hecho especial hincapié en que han de garantizarse los intereses de todos los intervinientes, teniendo en cuenta que la adopción transnacional, que prevé el CH 1993, comporta el traslado del menor desde el Estado de origen hasta el Estado de recepción, con ocasión de la adopción.

71. En este contexto, debe observarse que la adopción abierta se ha planteado como una alternativa mucho más flexible a la adopción plena, que permite garantizar en mayor medida los derechos de todos los intervinientes en la adopción, respetando los de los padres biológicos, llegando a afirmarse que la institución de la adopción plena produce un trastorno de las relaciones familiares, sobre todo, si se trata de una adopción internacional. No obstante, se alega también que la adopción abierta no resulta la institución más adecuada para todo tipo de menores y en cualquier caso, sólo deberá formalizarse cuando constituya la decisión más beneficiosa para el adoptado.⁶⁰

⁵⁸ También se ha hecho referencia a algunas normas autonómicas que, al regular la mediación familiar, han contemplado la posibilidad de establecer relaciones entre el adoptado y su familia de origen. En este sentido, se citan el art. 3 Ley 7/2001 reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, el art. 5 Ley 1/2007 de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid y los arts. 3.e y 24 Ley 1/2015 del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha. Vid. A. LÓPEZ AZCONA, “Luces y sombras ...cit”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, Núm. 2185, Enero de 2016, p.72

⁵⁹ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña (Enero 2011)*, Id. vLex: VLEX-381987926, <http://vlex.com/vid/381987926>

⁶⁰ CENTRO INTERNACIONAL DE REFERENCIA PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO PRIVADO DE FAMILIA (SSI/CIR) “¿Cuáles son las alternativas a la adopción plena?”, *Boletín Mensual* n° 7-8/2006, 2006, http://www.iss-ssi.org/2007/Resource_Centre/Tronc_DI/documents/Edito20067-8esp_000.pdf, y Documento Informativo No 4 de junio de 2015 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del 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, <https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf>. En este último documento, se destacan ventajas tales como que la adopción abierta salvaguarda el derecho del adoptado a conocer a sus progenitores, permitiendo una continuidad en los vínculos, sin abandonar su sentido de pertenencia a la familia de origen. Se dice además que fortalece las relaciones entre todos los participantes de la adopción, facilitando la decisión de los padres biológicos a la hora de dar al niño en adopción. Entre los riesgos, refiere la insuficiente preparación o asistencia profesional para llevar a cabo los contactos, así como la difícil protección de los intereses de los intervinientes cuando se producen prácticas ilegales o existe una separación como consecuencia de la adopción.

72. A este respecto y con la finalidad de potenciar los beneficios y reducir los riesgos que pudieran surgir en la práctica, la Comisión ha estudiado las ventajas e inconvenientes de esta modalidad de adopción, comparando las legislaciones existentes en distintos Estados, concluyendo que el contacto entre el adoptado y su familia de origen puede ser beneficioso en ciertos casos, siempre en interés del menor y en función de sus deseos. Insiste la Comisión Especial en que no puede haber contacto alguno entre el adoptado y los adoptantes antes de la asignación, tal como prevé el art.29 CH 1993, así como en la necesidad de que las partes cuenten con la asistencia de los profesionales adecuados, tanto antes como después de los contactos, y en que las relaciones entre el menor y su familia biológica no han de estar prohibidas por la legislación interna.⁶¹

C. Algunas consideraciones a favor de la recuperación de la adopción simple

73. Dejando al margen las propuestas debatidas en la “Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines”, ya comentadas, parece oportuno estudiar brevemente algunos de los argumentos que pudieran fundamentar la posible reintroducción de la figura de la adopción simple en nuestro Derecho positivo, indicando, asimismo, la repercusión que esta recuperación tendría desde el punto de vista del reconocimiento de las adopciones internacionales.

74. En este sentido, no puede desconocerse la importancia de la realidad social y cultural en la que se desenvuelven tanto la familia de origen como los adoptantes, en particular, por lo que respecta al ámbito de las adopciones internacionales, en el cual las diferencias en este punto pueden ser verdaderamente significativas. Como tampoco pueden dejarse de lado circunstancias del menor, tales como edad, problemas de salud, discapacidad o las dificultades que presenta la adopción de varios hermanos. Ello supone que, junto a las cuestiones de índole jurídica, es posible que confluyan otros factores que afectan a lo que se conoce con el nombre de “triángulo adoptivo”⁶², los cuales pueden dar lugar a nuevas necesidades e inconvenientes, a los que se habrá que encontrar solución, toda vez que podrían condicionar el proceso de adopción y habida cuenta que de los mismos podría depender el éxito de esta medida.

75. A la vista del contexto explicado y ante la complejidad de las situaciones que derivan del mencionado “triángulo adoptivo”, cabría replantearse si sería posible que se dieran casos en los que el adoptado mantuviera vínculos con su familia anterior que no resultase aconsejable romper. En estos supuestos el interés del menor podría salvaguardarse en mayor medida con una institución de carácter estable y de rango superior al acogimiento familiar permanente, como es la figura de la adopción simple. Esta fórmula facilitaría el desarrollo del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, allanando al mismo tiempo el proceso de construcción de su identidad, en tanto que promovería la continuidad de la historia familiar, sin dejar de lado el pasado. Ello, por cuanto, al permitir la coexistencia de dos filiaciones paralelas, no se produciría la suplantación de la verdadera identidad del adoptado mediante la sustitución los lazos de filiación biológicos por un nuevo vínculo ficticio de naturaleza exclusivamente jurídica⁶³, como así han puesto en evidencia los detractores de la adopción plena.⁶⁴

⁶¹ Vid. Conclusiones y Recomendaciones aprobadas por la Cuarta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2015concl_es.pdf

⁶² La expresión hace referencia al triángulo compuesto por la familia adoptiva, la familia de origen y el adoptado y ha sido empleada por autores como Berástegui y Gómez o Brodzinsky, según indican N. GARCÍA SANJUÁN Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, *Mediación y adopción...cit*, <http://hdl.handle.net/11531/24467>

⁶³ En lo referente a este externo, cabe extrapolar aquí los argumentos esgrimidos a favor de la adopción abierta, de la cual se sostiene que minimizaría un hipotético conflicto de lealtades del menor con las familias adoptiva y biológica. En este sentido, resulta muy significativos los resultados de la investigación llevada a cabo en A. ROSSER LIMINANA Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, “Retos y dificultades...cit”, <https://revistas.ucm.es/index.php/MESO/article/view/58115>. Se transcribe el siguiente párrafo extraído de una de las entrevistas: “Es como una secuencia más natural de la vida, digo, “Aquella familia me tuvo, pero no me pudo criar, yo para vivir he necesitado dos familias, ésta es la que me cría todos los días, la que... con la que vivo”. De alguna manera tener permiso oficial ¿no?, no porque esté firmado en un papel, sino que esta familia acepta esta otra familia, y esta familia mía con la que yo vivo ahora acepta a los míos, a la larga tiene que ser beneficioso ¿no?”

⁶⁴ Vid. I. BRENA SESMA, *Las adopciones en Méjico y algo más*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp.31-32

76. Asimismo, al reducir el sentimiento de pérdida e incluso de culpa, la posibilidad de constituir una adopción simple facilitaría el otorgamiento de las preceptivas declaraciones de voluntad por parte de los padres adoptivos, simplificando, de este modo, el proceso de adopción.

77. Por último, debe indicarse que, en los últimos tiempos, ha surgido una corriente doctrinal que, sobre la base de una tesis “naturalista”, defiende la vuelta a la adopción simple para solventar los problemas que derivan de la filiación homoparental, en cuanto que comporta un vínculo con la familia biológica, en el plano teórico heterosexual.⁶⁵

78. Respecto a la adopción internacional, hay que indicar que la reintroducción de un nuevo régimen sustantivo de la adopción simple o no plena en nuestro ordenamiento jurídico no sólo permitiría la constitución en España de una adopción de este tipo, conforme al art.18 LAI, sino que, además, daría respuesta a muchos de los inconvenientes que suscita la eficacia en nuestro país de las adopciones simples o no plenas constituidas por autoridades extranjeras y que serán explicados a continuación.⁶⁶

79. En cualquier caso, será el interés del menor el parámetro que servirá para determinar si la adopción simple o no plena resultará ser la medida más conveniente en cada supuesto concreto, atendiendo a las circunstancias presentes en la situación.

III. La recepción de la adopción simple en la sociedad española a través de la adopción internacional

80. En los epígrafes anteriores se ha explicado como las últimas reformas legislativas han favorecido una flexibilización del contenido de la institución adoptiva, si bien no hasta el punto de recuperar la figura de la adopción simple, pese a las diferentes propuestas que se han realizado en los últimos años para volver a regular esta institución en nuestro Derecho sustantivo. Corresponde ahora examinar de qué manera se ha reintroducido la figura de la adopción simple desde la perspectiva de las normas de Derecho internacional privado español y cuáles son los aspectos que quedan amparados por ésta, en particular, desde el punto de vista del ámbito de aplicación material de la LAI. A tal fin, se analizará de forma comparativa la regulación en el CH 1993, a fin de reseñar las principales diferencias.

1. La noción de adopción simple o no plena a los efectos de la LAI

81. En aras a una mejor comprensión del estado actual de la cuestión, conviene, en primer lugar, delimitar qué debe entenderse por adopción internacional a los efectos de la LAI y verificar si la adopción simple tiene cabida en esta definición.

A. La existencia de un vínculo de filiación y la relevancia del elemento extranjero

82. Inicialmente, es preciso establecer el concepto de adopción según la LAI, cuestión esta un tanto compleja desde la reforma efectuada por la Ley 26/2015. Lo cierto es que la definición que ofrecía el art.1.2 LAI, en su versión original, resultaba muy explícita, puesto que hacía pivotar la noción de adopción internacional sobre dos elementos: la existencia de un vínculo de filiación⁶⁷ y la presencia de

⁶⁵ Vid. J. FLORES RODRÍGUEZ, “Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, N° 5, Sección Estudios de Jurisprudencia, Mayo 2014, p. 541, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer. El autor critica esta tesis con fundamento en que las normas han de interpretarse en estos casos con fundamento en el principio de diversidad familiar (vida familiar) y no al contrario.

⁶⁶ En este sentido, sería posible establecer una solución similar a la prevista en el art.370.5 del *Code civil* francés, introducido por la *Loi n° 2001-III, du 6 février*, que especifica que los efectos de la adopción extranjera serán los previstos en la ley francesa, siempre y cuando aquélla rompiera completamente y de forma irrevocable, los vínculos jurídicos de filiación preexistentes

⁶⁷ Cabe observar aquí que ni en la definición de adopción internacional del art.1.2 del Anteproyecto, así como tampoco en la redacción que le otorgaba el Proyecto de Ley de Adopción Internacional remitido al Congreso, aparecía mención alguna a si por

un elemento extranjero, condicionado a la nacionalidad o residencia habitual de adoptante o adoptando.⁶⁸ Esta definición concordaba con lo dispuesto en el CH 1993 en lo referente al vínculo de filiación⁶⁹ y en consecuencia, comprendía la figura de la adopción simple⁷⁰, dejando fuera de su ámbito de aplicación a otras figuras similares que no comportan el establecimiento de dicho vínculo, como la *kafala* de Derecho islámico o la *Special Guardianship*, antes mencionada. Sin embargo, la versión anterior de la LAI no tenía en cuenta que el Convenio sólo se aplica a las adopciones transnacionales, en las que se produce el desplazamiento internacional del adoptado con ocasión de la adopción.

83. Ahora bien, el art.1.2 LAI ha sido modificado por la Ley 26/2015⁷¹, de tal manera que la noción de adopción internacional prevista en dicho precepto ha sufrido variaciones que inciden, de manera muy particular, en la configuración del elemento extranjero de la adopción, pero también, en el requisito del vínculo de filiación y en la posibilidad de que el concepto de adopción incluya o no a la adopción de mayores de edad o de menores emancipados.

84. En concreto, en el Preámbulo de la Ley 26/2015 se justifica la reforma en su intención de definir el concepto de adopción internacional a los efectos de la LAI como lo hace el CH 1993, esto es, limitándolo a las adopciones transnacionales.⁷² No obstante, contrariamente a las previsiones del

adopción internacional cabría entender, además de aquella que presentase un elemento extranjero, la que estableciera un vínculo jurídico de filiación. Sobre este particular, hay que señalar que el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda de modificación, en la cual se introducía la idea de que la adopción genera ente adoptante y adoptado un vínculo jurídico equivalente a la filiación por naturaleza entre padres e hijos. La redacción original del art.1.2 LAI incorporó este requisito, si bien no con el alcance previsto en la enmienda del Grupo Popular, toda vez que en el texto definitivo ya no se requería que este vínculo de filiación fuese equivalente al de la filiación biológica. De este modo, se daba entrada en la LAI a las adopciones simples o no plenas. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-12, de 27/11/2007, BOCG. Senado, serie II, núm. 140-d, de 10/12/2007, DS Congreso de los Diputados, Comisiones, núm.949, de 22/11/2007 y DS. Senado, Comisiones, núm. 553, de 11/12/2007

⁶⁸ A diferencia del CH 1993, acogía aquí el legislador español la tesis del “elemento extranjero puro”, según la cual, una situación privada tiene carácter internacional cuando presenta al menos un elemento extranjero, cualquiera que éste sea. Esta tesis fue introducida por J. Maury, tal como indican A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, p. 40

⁶⁹ En efecto, el art.2.2 del citado Convenio prevé: “El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.” De igual manera se pronuncia el art.1.2 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 (B.O.E. 13 Julio 2011). Por su parte, el art.2 de la propuesta de Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción define la adopción como una “relación jurídica paternofamiliar permanente entre un menor y un adoptante o unos adoptantes que no sean los progenitores de ese menor.” Vid. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2016-0370&language=ES#title4>

⁷⁰ De otro lado, recuérdese que el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda de modificación, en la cual se introducía la idea de que la adopción genera ente adoptante y adoptado un vínculo jurídico equivalente a la filiación por naturaleza entre padres e hijos. Como puede verse, la redacción original del art.1.2 LAI incorporó este requisito, si bien no con el alcance previsto en la enmienda del Grupo Popular, toda vez que en el texto anterior a la reforma del 2015 ya no se requería que este vínculo de filiación fuese equivalente al de la filiación biológica. De haberse aceptado la enmienda, la LAI sólo habría operado en relación con las adopciones plenas, mientras que las adopciones simples o no plenas habrían quedado fuera del ámbito de aplicación material de la Ley. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-12, de 27/11/2007, BOCG. Senado, serie II, núm. 140-d, de 10/12/2007, DS Congreso de los Diputados, Comisiones, núm.949, de 22/11/2007 y DS. Senado, Comisiones, núm. 553, de 11/12/2007

⁷¹ CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ apuntaron que el legislador español de la LAI tomó especialmente en consideración que en Derecho comparado existen ordenamientos jurídicos extranjeros que incorporan instituciones o modelos de adopción que no coinciden exactamente con la vigente regulación de la adopción en la legislación sustantiva española y por este motivo, dispuso que, de algún modo, los demás “modelos jurídicos” estatales de adopción puedan proyectar más allá de sus fronteras su propio “espacio aplicativo”. A.L CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: El ataque de los clones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, N° 1, p.79, www.uc3m.es/cdt

⁷² El vigente art. 1.2 trae causa del art.3.2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29 julio 2015)

⁷³ En este punto, debe advertirse que la vigente ley ha recuperado en cierta manera la versión del Anteproyecto y del Proyecto de Ley de Adopción Internacional, dado que el art.1.2 LAI en su redacción dada por la Ley 54/2001, no coincidía con lo previsto en ellos. Así, tanto el texto original del art.1.2 del Anteproyecto como el del Proyecto rezaban como sigue: “Se entiende por “adopción internacional” aquella que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos, y especialmente, aquella en cuya virtud un niño con residencia habitual en un Estado ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado, bien después de su adopción, bien con la finalidad de constituir tal adopción en otro Estado”.

Convenio, desde la Ley 26/2015 el art.1.2 LAI no contempla expresamente la nota relativa al establecimiento de un vínculo de filiación como presupuesto definitorio de la adopción. La versión actual de este precepto resulta tan ambigua que de la misma surge la duda de si por adopción ha de entenderse tanto la adopción plena como la adopción simple o no plena. Tampoco permite distinguir la institución adoptiva de otras figuras afines de protección de menores que no instituyen vínculos de filiación de ningún tipo, como la *kafala*, la *Special Guardianship* o el acogimiento familiar.

85. Aún así, pese al silencio de la ley, los interrogantes que genera este artículo pueden responderse mediante una explicación conjunta de los arts. 1.1 1.2, 26, 30 y 34 LAI, de lo cuales cabe interpretar que el vínculo de filiación está implícitamente comprendido en la definición de adopción internacional cubierta por la LAI, alcanzando tanto a las adopciones plenas como las simples y descartando las medidas de protección que no impliquen este vínculo.⁷³ Esta interpretación es la más respetuosa con el espíritu del CH 1993, que no hace distinción entre adopciones plenas o simples o menos plenas, ya sean éstas revocables o no, siempre que conlleven el establecimiento de un vínculo de filiación entre el adoptado y el adoptante o adoptantes⁷⁴, y diferencia de este modo, con total claridad, la institución adoptiva de aquellas otras figuras de protección de menores que no generan estos lazos de filiación. Más aún, teniendo en cuenta que el propósito de la Ley 26/2015 es adaptar la definición de adopción internacional a la de dicho Convenio, según reza en su Preámbulo. No parece, por tanto, razonable la eliminación de una nota como la del establecimiento de vínculos jurídicos de filiación, en tanto que resulta determinante para calificar una institución como adopción

86. Dicho esto, resulta claro que el contenido y alcance de la institución adoptiva tal como se contempla en la LAI es más extenso que el concepto de adopción recogido en el Código Civil, en tan-

El contenido que finalmente se incorporó a la primitiva LAI tuvo su origen en las enmiendas introducidas durante la tramitación parlamentaria de la LAI y más concretamente, por una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) en el Congreso, y por otra formulada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y posteriormente, en el Senado. Como consecuencia de tales enmiendas, la referencia al desplazamiento del adoptando fue eliminada del texto del Proyecto que, posteriormente, se envió a la Comisión de Justicia del Senado para la presentación de enmiendas, permaneciendo únicamente la nota relativa al elemento extranjero en el concepto de adopción internacional. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-1, de 29/06/2007 y BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-11, de 12/11/2007.

⁷³ Obsérvese que el Título II de la LAI se ocupa de la eficacia en España de la adopción constituida por autoridades extranjeras, distinguiendo, a su vez, la eficacia de las adopciones que despliegan efectos equivalentes a los de la adopción regulada por el Derecho español, independientemente de la denominación legal de la institución en el Derecho extranjero (arts.26), de la eficacia de las adopciones simples o no plenas (art.30); mientras que el Título III tiene por objeto otras medidas de protección de menores, incidiendo el art.34 LAI en la idea de que se trata específicamente de instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación.

⁷⁴ Sin embargo, en relación con el art.2.2 CH 1993, ha de puntualizarse que el art.c) del Documento preliminar nº4, expuesto ante la Comisión especial recogía la siguiente definición de adopción a los efectos del Convenio: “cualquier institución jurídica que cree un vínculo de filiación permanente de carácter social y jurídico”, si bien no se obtuvo el consenso necesario para su aprobación, lo que explica que el Proyecto del Convenio carezca de una definición de adopción.

Por su parte, el Documento de trabajo nº7, presentado por los EEUU ante la Conferencia Diplomática, proponía un segundo párrafo, cuyo tenor literal era el que a continuación se reproduce: “*A los efectos del presente Convenio por adopción se entiende cualquier procedimiento legal que termine de manera irrevocable el vínculo de filiación con los padres biológicos y que cree un vínculo de filiación con los padres adoptivos*”.

También España aportó su propia definición de adopción en el Documento 16, en el cual se recoge un concepto de adopción con los efectos de la adopción plena. Específicamente, en el citado documento se menciona que “a los efectos del presente Convenio “la adopción” se refiere al establecimiento de un vínculo de filiación entre el niño y los padres adoptivos y, en este caso, a la ruptura del vínculo de filiación entre el niño y su familia de origen”.

Destaca, por centrarse en las cuestiones relativas a los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental, la noción propuesta por Corea en el Documento de trabajo núm.54, cuyo texto rezaba de este modo: “a los efectos de presente Convenio se entiende por adopción el acto jurídico que pone fin a todos los derechos y responsabilidades de los padres biológicos en relación al niño y se transfiere todos esos derechos y responsabilidades a los padres adoptivos.”

Finalmente, la mayoría de los participantes se pronunció a favor de una definición amplia de adopción, no coincidente únicamente con la adopción plena, en tanto que se permite que no se haga efectiva la ruptura de los vínculos jurídicos de filiación entre el adoptado y su familia anterior. Justamente, por haberse acogido este concepto amplio, el Convenio prevé el mecanismo de la conversión en su art.27. Vid. G. PARRA-ARANGUREN, *Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección de niños y a la cooperación en materia de adopción internacional. Texto aprobado por la decimoséptima sesión. Informe explicativo de G. Parra-Aranguren*, pp.26-28

to que no equivale propiamente a la adopción regida por el Derecho español, sino que abarca a otras instituciones cuyos efectos no se corresponden con los de la adopción española, siempre y cuando las mismas generen un vínculo jurídico de filiación, lo que incluye a la figura de la adopción simple.

87. En otro orden de consideraciones, obsérvese que el art.1.2 LAI, en su redacción dada por la Ley 26/2015, habla de “menor”, sin que se deduzca con total precisión si por tal ha de entenderse el adoptando menor de dieciocho años, en los términos del CH 1993, o si la minoría de edad que contempla el precepto vendría determinada por la ley personal del adoptando, conforme al art.9.1 Cc. Podría concluirse, entonces, que habida cuenta que nada se precisa, será la ley nacional del adoptando la que determine cuando éste puede ser considerado mayor o menor de edad también a los efectos de aplicar la LAI, ya que no todos los ordenamientos jurídicos fijan de igual forma la mayoría de edad. En este punto, vista la ambigüedad de la norma, hay que poner en evidencia la posible contradicción que se aprecia en el texto en vigor, toda vez que, según se ha indicado, en el Preámbulo de la Ley 26/2015 se justifica la nueva redacción, alegando que se pretende definir el concepto de adopción internacional como lo hace el CH 1993, olvidando un dato primordial, que el citado Convenio sólo se aplica si el niño no ha cumplido los dieciocho años de edad.⁷⁵

88. Cabe preguntarse, entonces, cuáles son los presupuestos que se acomodan al CH 1993. A esta cuestión, hay que responder que, en consonancia con el Convenio, el art. 1.2 LAI contempla únicamente el supuesto de la adopción transnacional, en tanto que sitúa el elemento extranjero en el desplazamiento del adoptado a España por una familia adoptante residente habitualmente en nuestro país, bien después de la adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituirla en España. Esta previsión resulta lógica, si se tiene en cuenta que es en el Título I donde se recogen las cuestiones relacionadas con la política exterior y la cooperación de autoridades, que únicamente pueden afectar a las adopciones transnacionales.⁷⁶

89. De igual forma, surge la duda de si la definición de adopción internacional del vigente art.1.2 LAI ha de entenderse a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación material de la LAI o únicamente a los efectos del Título I. En este punto, no puede desconocerse que, al establecer el ámbito de aplicación de la LAI, el art.1.1 LAI incluye una referencia expresa a la regulación de las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la adopción en los supuestos en que exista un elemento extranjero. Luego, poniendo en relación el art.1.1 LAI con las disposiciones generales de Derecho Internacional Privado, se constata que el nuevo ámbito de aplicación de la norma alcanza a todas aquellas adopciones que presenten un elemento extranjero, cualquiera que éste sea, se trate o no de adopciones transfronterizas en los términos del artículo 1.2 LAI. En consecuencia, del tenor literal del art.1.1 LAI, se colige que la definición de adopción internacional del actual art.1.2 LAI no se extiende a las normas de Derecho Internacional Privado del Título II, sino que abarca únicamente las cuestiones reguladas en el Título I.⁷⁷

⁷⁵ El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años.

⁷⁶ Junto con la referencia al Convenio de La Haya, el Considerando IV del Preámbulo de la Ley 26/2015 justifica la reforma, argumentando que, a la vista de la definición que aparecía en el apartado 2 del artículo 1, las previsiones del título I no eran aplicables a muchos de los casos de adopciones internacionales sin desplazamiento internacional de los menores, habiéndose generado confusión en situaciones concretas. A este respecto, hay que decir que autores como CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ ya se refirieron en su momento a la existencia de un único caso que no quedaría cubierto por el anterior art.1.2 LAI y que sería aquel en el que la adopción se hubiera acordado por una autoridad extranjera, pero en la cual tanto los adoptantes como el adoptado fueran nacionales españoles y con residencia habitual en nuestro país. Como afirmaron estos autores, se trataría de un supuesto prácticamente inverosímil y del que no se conocían precedentes, motivo por el cual el legislador español no consideró necesaria su inclusión en la definición de adopción internacional que incorporaba el art.1.2 LAI, en su redacción original. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.41. A esto se suma que el caso planteado por los citados autores tampoco quedaría cubierto por el ámbito de aplicación del CH1993, toda vez que el citado Convenio no opera cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país, en tanto que exige que el adoptando tenga su residencia habitual en el Estado de origen, mientras que los adoptantes han de tener su residencia habitual en el Estado de recepción. (art.2.1).

⁷⁷ Debe señalarse que existe una contradicción entre lo explicado en el Considerando IV del Preámbulo de la Ley 26/2015 y los términos en los que se encuentra redactado el art.1.2 LAI, habida cuenta que, en el primer caso, se explica que se define el

90. A la vista de las consideraciones anteriores, es evidente que en la redacción vigente de la LAI pueden diferenciarse dos conceptos de adopción internacional: uno, partiendo del art.1.2 LAI, a los efectos del Título I de la LAI, y otro, principalmente, con base en el art.1.1 LAI, en relación con el Título II de la LAI.⁷⁸ Ciertamente, el fundamento para entender el concepto de adopción internacional que engloba el Título II LAI se encuentra principalmente en el art.1.1 LAI, en relación con las disposiciones generales de Derecho Internacional privado, de donde se deduce una noción equivalente a la del anterior art.1.2 LAI: aquella que establece un vínculo de filiación y que presenta un elemento extranjero, cualquiera que éste sea y no únicamente el derivado de la nacionalidad o residencia habitual del adoptante o adoptado. También incluye las adopciones de personas mayores de edad y emancipadas, según se deriva de la mención genérica a la adopción recogida en el apartado 1 del art.1 LAI.⁷⁹

B. El contenido de la adopción simple o no plena en la LAI

91. Queda por definir qué se entiende por adopción simple o no plena internacional según la LAI. A tal fin, las definiciones comentadas en el epígrafe anterior han de conectarse con lo dispuesto en otros preceptos de la LAI. Concretamente, en sede de competencia judicial internacional se sitúa un precepto clave para alcanzar una noción concluyente de adopción simple o no plena internacional conforme a la LAI. En efecto, para lograr dicho propósito hay que acudir al actual art.15.3 LAI⁸⁰, donde se establece qué, a los efectos de la propia ley, por adopción simple o no plena se entenderá la constituida por autoridad extranjera competente y cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española.

92. A la vista de esta descripción, deben hacerse dos importantes observaciones. Así, primeramente, de la simple lectura del art.15.3 se extrae que la norma se refiere expresamente a las adopciones simples o no plenas constituidas por autoridad extranjera competente. De otro lado, no hay que perder de vista que para poder hablar de adopción simple o no plena en el sentido de la LAI, según el art.15.3 de LAI, además de haber sido decretada por la autoridad extranjera, la institución no debe desplegar efectos equivalentes a los de la adopción española. Cabría preguntarse, entonces, cuáles son estos efectos a los que alude el citado precepto.

93. Respecto a la primera de las cuestiones formuladas, del tenor literal del art. 15.3 LAI cabe concluir que no es posible la constitución por las autoridades españolas de una institución de este tipo, particularmente, porque, pese a estar situado en sede de competencia judicial, el art.15 recoge, no los foros para la constitución de la adopción, sino sólo para los supuestos de nulidad y conversión.

94. Ciertamente es que la redacción del párrafo 3 del art.15 LAI comienza utilizando la locución “a los efectos de lo establecido en esta ley”, expresión ésta que claramente comprende no sólo la eficacia

concepto de adopción internacional a los efectos de la LAI, mientras que dicha definición se predica en el apartado 2 del art.1 LAI a los efectos, no ya de la LAI, sino del Título I. La cuestión, no carece de relevancia, puesto que lo que regula dicho Título I es únicamente las disposiciones generales, que, dejando al margen el ámbito de aplicación, el objeto y finalidad de la ley y los principios informadores, se centran más bien en cuestiones relativas a la fase administrativa del proceso adoptivo, siendo que las normas de Derecho Internacional Privado se encuentran en el Títulos II.

⁷⁸ También sostiene esta opinión A.DURÁN AYAGO, en “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, p. 451

⁷⁹ Recuérdese aquí que la noción de adopción internacional prevista en el vigente art.1.2 LAI únicamente opera respecto de las disposiciones del Título I, motivo por el cual, la exclusión de las adopciones de personas mayores de edad o emancipadas resulta más que justificada, toda vez que en este Título se regulan cuestiones relacionadas con la fase administrativa previa a la constitución de la adopción y que únicamente rigen respecto de las adopciones menores de edad, tales como la intervención de las Entidades públicas y de los organismos acreditados, así como la cooperación de autoridades y la idoneidad de los adoptantes. En cuanto a las normas de Derecho Internacional Privado, previstas en el Título II de la LAI, nuevamente, hay que partir del vigente art. 1.1 LAI, en el cual, como se ha dicho, se incorpora una referencia genérica a la adopción, de donde se deduce que comprende tanto la adopción de menores como la de personas mayores de edad o emancipadas.

⁸⁰ Debe advertirse que el contenido del art.15.3 LAI conforme a la Ley 26/2015 coincide en lo esencial, salvo pequeñas diferencias terminológicas, con el del art.15.4 LAI en su versión dada por la Ley 54/2007.

de las adopciones simples constituidas por competente autoridad extranjera, sino también los otros dos sectores clásicos del Derecho Internacional Privado, como son el de la competencia judicial internacional y el de la ley aplicable. Pero igualmente es verdad que en cuanto a estos dos últimos sectores, se desprende que, dado que se exige que la adopción simple se haya constituido por autoridad extranjera, se encuentran exclusivamente referidos a los supuestos del art.15 y más específicamente, a la conversión.

95. Otro dato del cual cabe deducir que no es posible constituir ante las autoridades españolas una adopción simple o no plena se desprende del nuevo art.42 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, que establece los foros de competencia para la conversión de la adopción simple en una adopción regulada por el Derecho español y en el cual ya no aparece el foro del art.15.1. c) LAI, que atribuye competencia a los Juzgados y Tribunales españoles cuando la adopción haya sido constituida por autoridad española.⁸¹ Es de suponer que el legislador, al aprobar la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria ha tenido intención de solventar las dudas que generaba la contradicción existente entre el actual art.15.3 LAI (anterior art.15.4), que define la adopción simple como la constituida por autoridad extranjera, y los criterios de competencia del art.15.1, en particular, en su apartado c), el cual pudiera hacer pensar que sería posible la constitución de una adopción simple por autoridades españolas.⁸²

96. De igual modo, del art.15.3 LAI se infiere con toda claridad que, en tanto que exige que la adopción simple se constituya por autoridad extranjera, está implícitamente descartando la posibilidad de constituir en España una adopción de este tipo. La cuestión queda fuera de toda duda, más aún, teniendo en cuenta que la reforma efectuada por la Ley 26/2015 ha suprimido el art.21 LAI y en la actualidad, sólo cabe la constitución de una adopción en nuestro país conforme a la ley española,⁸³ de acuerdo con el art.18, estando únicamente permitida la aplicación de una ley extranjera para lo previsto en los arts.19 y 20 LAI.⁸⁴

97. En cuanto a la pregunta planteada en relación a la segunda de las exigencias del art.15.3 LAI, la respuesta la ofrece la propia LAI, al regular el reconocimiento de las adopciones constituidas

⁸¹ Para una mejor comprensión de esta afirmación hay que explicar que el art.15.1 LAI está específicamente previsto para la declaración de nulidad de una adopción, si bien resulta aplicable asimismo para la conversión en adopción plena de una adopción simple o no plena en virtud de la remisión que hace a dicho artículo el párrafo 2 del art.15 LAI.

⁸² Llama la atención que el legislador no haya procedido a adaptar los criterios de competencia del art.15.1 LAI a los previstos para la conversión de la adopción en el art.42 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Publicado (B.O.E 3 Julio 2015). Esta cuestión se retomará más adelante, cuando se estudie el art.30.4 LAI.

⁸³ Evidentemente, esta posibilidad, no regulada expresamente por la LAI, en su caso, únicamente podría haber tenido lugar conforme a una ley extranjera, en virtud del antiguo art.21 LAI, pues está claro que se trata de una hipótesis que, de ningún modo, sería susceptible de producirse si la adopción hubiera de constituirse con arreglo al Derecho español, en tanto que, tal como se ha dicho, la figura de la adopción simple desapareció del Código Civil tras la reforma introducida por la Ley 21/1987.

Enlazando con la anterior, S.ÁLVAREZ GONZÁLEZ, manifestó la incoherencia del art.15.4 LAI (ahora art.15.3) con el resto de la regulación, especialmente, con la posibilidad incorporada por la redacción original de la LAI de que la adopción se rigiese por una ley extranjera, ya que esta ley, a su juicio, sí podría admitir las adopciones simples o menos plenas. Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional", en *Diario La Ley*, N° 6910, Sección Doctrina, 25 Mar. 2008, Año XXIX, Ref. D-90, Editorial LA LEY.

Por su parte, CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ afirmaban que "las reglas sobre la competencia judicial internacional para la constitución de la adopción, revisión, y nulidad de la adopción contenidas en los arts.14-17 LAI serían aplicables a la adopción simple", al igual que "las normas de conflicto recogidas en los arts.18-23 LAI", que, según estos autores, indicarían la ley aplicable en ambos supuestos. Y ello, sobre la base de lo dispuesto en el antiguo art.1.2 LAI, que "incluye dentro del concepto de adopción internacional tanto la adopción simple como la adopción plena". Vid. A.L. CALVO CARAVACA, Y J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, pp.294 y 295.

⁸⁴ No obstante, debe advertirse que la supresión del art.21 ha traído como consecuencia que existan adopciones que anteriormente pudieran quedar cubiertas por el mismo y que, sin embargo, no encuentran cabida en el vigente el art.18 LAI, toda vez que éste no ofrece ninguna solución al problema de la determinación del Derecho aplicable a las adopciones en las cuales el adoptando no tenga su residencia habitual en España al tiempo de la adopción, ni tampoco haya sido ni vaya a ser trasladado a España con la finalidad de fijar en nuestro país su residencia habitual. Quizás habría que reflexionar acerca de si en estos casos cabría la aplicación por las autoridades españolas de una ley extranjera que contemplase la adopción simple o no plena, siempre y cuando el interés del menor así lo requiriese y que el supuesto no presentase vínculos suficientes con nuestro país (art.23 LAI). Ello sucedería, por ejemplo, ante la hipótesis de que ni el adoptante ni el adoptado ostentasen la nacionalidad española y cuando la única conexión existente con España resultase de la residencia habitual del adoptante en nuestro país, en el momento de la presentación del ofrecimiento para la adopción a la Entidad Pública (art.14 LAI).

por autoridades extranjeras, en defecto de normas internacionales, en el art.26.2. De dicho precepto, en consonancia con lo dispuesto en el Código Civil, se desprende que los efectos que genera la adopción regulada en el Derecho español son la extinción de los vínculos jurídicos de filiación entre el adoptando y su familia anterior (178.1Cc), el establecimiento de vínculos jurídicos de filiación equivalentes a los de la filiación por naturaleza (art.108.1 Cc) y la irrevocabilidad. (180.1 Cc).⁸⁵

98. Luego, de los arts. 15.3 y 26.2 LAI se colige que, a los efectos de la LAI, por adopción simple o no plena ha de entenderse aquella constituida por autoridad extranjera cuyos efectos no resultan equivalentes a los de la adopción regulada por el Derecho español, es decir, las adopciones que establecen un vínculo jurídico de filiación entre el adoptado y el adoptante o adoptantes, sin extinguir los vínculos entre el adoptando y su familia anterior, y que pueden ser revocables o no.

C. Conclusiones acerca del concepto de adopción simple en la LAI

99. Después de analizar conjuntamente los vigentes arts.1.1, 15.3 y 26.2 de la LAI, podría concluirse que la noción de adopción simple o no plena que resulta comprendida dentro del ámbito de aplicación de la LAI es aquella institución constituida por autoridad extranjera, que presenta vinculación con distintos sistemas jurídicos⁸⁶, que al mismo tiempo que comporta el establecimiento de un vínculo jurídico de filiación entre el adoptante y el adoptado, no produce la ruptura vínculos entre éste y su familia anterior, y que puede ser revocable o no. Y ello, independientemente de que se trate de una adopción de un menor de edad o de una persona mayor de edad o emancipada. Ahora bien, esta definición anterior opera únicamente en relación con las normas de Derecho Internacional Privado del Título II de la LAI.

100. Por lo que respecta al Título I, atendiendo al tenor literal del art.1.2 LAI, junto con el vigente art.15.3 y el art.26.2 de la LAI, cabría considerar que la adopción simple o no plena internacional es aquella que conlleva el establecimiento de un vínculo de filiación, sin extinguir los vínculos jurídicos con la familia de origen, pudiendo ser revocable o no. Ello, siempre que se haya constituido por la autoridad extranjera respecto de un menor de edad no emancipado, conforme a su ley personal, residente en el extranjero, cuya adoptabilidad haya sido declarada por la autoridad extranjera competente. Junto a ello, se requiere el desplazamiento del adoptado a España por una familia adoptante residente habitualmente en nuestro país, bien después de la adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituirla en España. O lo que es lo mismo, hace referencia a la adopción transnacional.

101. Para terminar, cabría argumentar que lo más lógico hubiera sido no modificar la redacción del art.1.2 LAI, en particular, por lo que se refiere a una nota tan representativa de la institución adoptiva como es la del establecimiento de vínculos jurídicos de filiación entre el adoptando y la familia adoptante. Como justificación a esta afirmación, cabría alegar que al eliminar la referencia al vínculo de filiación, lo ambiguo de la definición no sólo plantea la cuestión de si por adopción ha de entenderse tanto la adopción plena como la adopción simple o menos plena, sino que, además, dificulta la distinción de la institución adoptiva de otras figuras afines de protección de menores, principalmente, el acogimiento y la *kafala*, que no comportan relaciones de filiación de ninguna clase. Sin contar con que, además, el texto del anterior art.1.2 LAI resulta más respetuoso con el tenor literal del art.2.2 CH1993, que únicamente opera respecto a las adopciones que generan un vínculo de filiación, más todavía, cuan-

⁸⁵ Ahora bien, conviene subrayar que el control de efectos al que se refiere el art.26.2 LAI, está previsto únicamente en el supuesto de que el adoptante o el adoptando sean españoles. Sin embargo, esta disposición en nada afecta al objeto del presente epígrafe, dado que consiste en delimitar qué debe entenderse por adopción simple o no plena a los efectos de la LAI y es el propio art.15.3 LAI el que, al definir qué debe entenderse por adopción simple o no plena, introduce el criterio de la no correspondencia de efectos con la adopción española. El art.26.2 LAI sólo se toma como fundamento para concretar cuáles son dichos efectos, que, por lo demás, están establecidos en el Código Civil español, tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo.

⁸⁶ Recuérdese que, tras la reforma de la Ley 26/2015, la referencia al elemento extranjero se amplía a cualquier circunstancia que vincule la situación con distintos sistemas jurídicos y no exclusivamente, a la nacionalidad o residencia del adoptante o del adoptado, en tanto que el art.1.1 LAI ya no menciona expresamente estas dos circunstancias

do el propio Preámbulo justifica la reforma en su intención de adaptar el concepto de adopción de la LAI al establecido en el citado Convenio.

2. Reconocimiento y efectos de las adopciones simples o no plenas: cuestiones prácticas

102. Después de haber establecido una definición de adopción simple o no plena a los efectos de la LAI, parece oportuno analizar los interrogantes que plantea en la práctica la reincorporación de esta institución desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado. En este sentido, hay que recordar que la LAI incorpora una regulación integral de los tres sectores básicos que componen el Derecho Internacional Privado, con la intención de dar respuesta a las principales cuestiones que suscitan en este ámbito las adopciones internacionales.

103. Ahora bien, dado que, como se ha explicado, la constitución de una adopción simple ante las autoridades españolas no resulta posible, los mayores problemas van a tener lugar en el sector de la eficacia de las resoluciones procedentes de autoridades extranjeras, donde no son extrañas las adopciones claudicantes, válidas en el Estado de origen, pero cuya existencia y validez no se reconocerá en el Estado de recepción. Como consecuencia de ello, en estos casos la adopción no podrá desplegar plenos efectos en España, debido a que la configuración de la adopción en el ordenamiento jurídico del país de origen no se corresponde con la prevista para la adopción en la legislación española.

104. A este respecto, cabe destacar que la LAI regula expresamente la validez y efectos en nuestro país de las adopciones simples constituidas por competente autoridad extranjera, lo que supone una importante novedad, dado que el legislador español nunca antes se había preocupado de las consecuencias que pudieran derivarse de la existencia en España de estas adopciones simples válidamente constituidas en otros países. Ello contribuye a rellenar las lagunas que en materia de reconocimiento planteaba el régimen anterior previsto en el art.9.5 Cc, así como a paliar las posibles contradicciones que nuestro sistema autónomo pudiera presentar en relación con lo dispuesto en los distintos instrumentos internacionales aplicables en el ámbito del reconocimiento y efectos de las adopciones simples internacionales, principalmente, por lo que se refiere al CH 1993, en cuyo ámbito de aplicación sí quedan comprendidas las adopciones simples de menores de dieciocho años.⁸⁷

105. Otro cambio significativo, del que también surgen cuestiones controvertidas, viene establecido en el art.30.4 LAI, que incorpora por primera vez la posibilidad de conversión de una adopción simple o no plena en una adopción tal como se regula en el Derecho español, circunstancia ésta que no resultaba factible conforme al régimen del anterior art.9.5 Cc, pese a hallarse contemplada en el art.27 CH 1993.

106. A partir de aquí sería interesante ponerse en la situación de una pareja española que se traslada a un país extranjero, donde constituye ante las autoridades de dicho país una adopción simple, que no produce la extinción de los vínculos con la familia de origen, conforme a lo previsto en su propia

⁸⁷ Con anterioridad a la vigencia de la LAI, aplicando el antiguo art.9.5 Cc, se venía denegando el reconocimiento de estas adopciones simples extranjeras y por ende, su acceso al RCE. En estos casos, la situación de los menores adoptados era ciertamente complicada, ya que lo normal era que hubiesen sido trasladados a España, donde residían con los adoptantes. Ante esta tesitura, la DGRN respondió equiparando estas adopciones simples extranjeras a un acogimiento familiar a fin de constituir una nueva adopción ante las autoridades españolas, sin que fuera necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública española, en los términos del art.176.2 Cc. Esto, o bien que los adoptantes procedieran a la conversión de la adopción simple en plena en el país de procedencia, si la ley de dicho país contemplaba dicha posibilidad. En este punto, hay que advertir que el art.27 CH 1993 prevé que la adopción simple pueda ser convertida en una adopción plena si la ley del Estado de recepción así lo permite y en el caso de que los consentimientos a los que se refiere el propio Convenio hayan sido emitidos para dicha adopción. Sin embargo, hasta la entrada en vigor de la LAI, la legislación española no recogía la posibilidad de convertir una adopción simple extranjera en una adopción con los efectos previstos en nuestro ordenamiento jurídico, con lo cual, a los adoptantes sólo les quedaba la opción de constituir *ex novo* la adopción ante las autoridades españolas. A título ilustrativo, consúltese la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (B.O.E. 30 Agosto 2006)

ley, suponiendo que, una vez en España, los adoptantes solicitan el reconocimiento de dicha adopción y la inscripción en el RCE. Desde esta perspectiva, parece oportuno analizar los inconvenientes con los que se pueden encontrar los adoptantes, distinguiendo las adopciones decretadas con arreglo al CH 1993 de aquellas cubiertas por la LAI. En este sentido, se estudiará el régimen de reconocimiento previsto en cada caso y los efectos que comporta, así como las posibles soluciones por las que puede optar la familia adoptante si lo que desea es que dicha adopción surta plenos efectos en nuestro país, principalmente, desde el punto de vista de su posible conversión.

A. Adopciones constituidas al amparo del Convenio de La Haya de 1993

107. En primer lugar, si la adopción simple o no plena se ha constituido por una autoridad competente de un país signatario del CH 1993, hay que partir de la base de que el régimen de los arts. 25 a 31 LAI opera en defecto de norma internacional, por lo que el Convenio resulta de aplicación preferente. Ténganse en cuenta que el CH 1993 incluye a las adopciones simples de menores de dieciocho años dentro de su ámbito de aplicación (art.2.2 en relación con el art.3) y por lo tanto, las mismas quedan cubiertas por el sistema de reconocimiento de pleno derecho del que se benefician las adopciones certificadas conforme al Convenio (art.23), sean éstas plenas o simples, revocables o no, con la única salvedad de que la concreta adopción resulte manifiestamente contraria al orden público internacional del Estado contratante requerido (art.24). De la misma manera, no hay que perder de vista que el art.26.1 CH 1993 establece unos efectos mínimos que comporta el reconocimiento de toda adopción decretada con arreglo al Convenio, que se concretan en el establecimiento de un vínculo de filiación entre el menor y los adoptantes y la responsabilidad parental sobre el adoptado. No obstante, la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el adoptado y la familia de origen sólo se producirá si la adopción genera dicho efecto en el Estado contratante en el cual se constituyó. Junto a esto, el art.27 permite la conversión de la adopción simple en plena, de cumplirse las exigencias que establece dicho precepto.⁸⁸

108. El CH 1993 no regula las cuestiones propias de la inscripción registral y por tal motivo, habrá que acudir al art.30.3 LAI, que indica que la adopción simple o no plena no podrá ser objeto de inscripción en el Registro Civil Español Tan sólo procederá su anotación registral, por la vía del art.15 en relación con el art.38.3, ambos de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (art.40.3 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. B.O.E. 22 Julio 2011). La anotación tiene un valor meramente informativo, no probatorio.

109. El Convenio tampoco establece normas específicas en materia de nacionalidad, siendo entonces de aplicación lo dispuesto en el mismo art.30.3 LAI, conforme al cual la adopción simple no comporta la adquisición de la nacionalidad española de acuerdo con el art.19 Cc. No obstante, existen dos vías para que un adoptado en forma simple devenga nacional español: La primera de ellas es el derecho de opción, previsto en el art.20.1.a) Cc, que otorga el derecho de optar por la nacionalidad española en el supuesto de que el interesado esté o haya estado sujeto a la patria potestad de un español. Y la segunda posibilidad sería la nacionalidad por residencia, recogida en el art.21.2 en relación con el art.22.2.c) Cc,

⁸⁸ De manera similar, la propuesta de Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción, en su art.3 recoge un sistema de reconocimiento automático en todos los Estados miembros de las resoluciones de adopción decretadas en otros Estados miembros, a condición de que el Estado miembro que acuerde la resolución sea competente de conformidad con el artículo 4 y que el reconocimiento no resulte contrario al orden público del Estado miembro requerido. No obstante, esta previsión queda matizada por lo dispuesto en el art.1.3. a) y b), que dispone que los Estados miembros no están obligados a “reconocer la existencia de cualquier relación jurídica entre los adoptantes de un niño adoptado como consecuencia del reconocimiento de una resolución de adopción” (art.1.3.a), ni tampoco a “adoptar resoluciones de adopción en circunstancias en las que el Derecho nacional aplicable no lo permita” (art.3.1.b). En cuanto a los efectos, el art. 12 contiene una previsión para los casos en que la resolución tenga por objeto una medida o una orden que no encuentre acogida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, de forma tal que la medida o la orden habrá de adaptarse, en lo posible, a una medida u orden prevista en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, sin más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado miembro de origen. En todo caso, el Reglamento no se aplicará a las resoluciones cubiertas por el CH 1993 (art.1.2.b)

que faculta al adoptado que resida en España bajo la tutela, guarda o acogimiento de un español durante al menos dos años a la adquisición de la nacionalidad por residencia en el plazo de un año.

B. Adopciones constituidas al margen del Convenio de La Haya de 1993

110. Por otro lado, si la adopción procede de un Estado que no es parte del CH 1993⁸⁹, hay que hacer hincapié en que, en contraste con el CH 1993, la LAI dispone de dos regulaciones diferentes en los artículos 26 y 30, según se trate de una adopción plena o de una adopción simple⁹⁰. En el primer caso, el art.26 establece un sistema de reconocimiento procesal mediante un triple control que deben cumplir las adopciones extranjeras para surtir efectos en nuestro país: el de competencia de autoridades, el del orden público internacional y el de correspondencia de efectos con la adopción española⁹¹. El fundamento para aplicar uno u otro régimen se sitúa en el art.26.2 LAI, que contempla el control de correspondencia de efectos con la adopción española, cuyo propósito es impedir que las adopciones simples o no plenas desplieguen eficacia en nuestro país como si fuesen una adopción regulada por el Derecho español. Recordando lo explicado respecto a los efectos de la adopción tal y como se contemplan en nuestro Cc, resulta claro que son tres los efectos jurídicos a los que se refiere la LAI y que deben estar presentes en la adopción extranjera: la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia de origen, el establecimiento de vínculos de filiación equivalentes a los de la filiación por naturaleza y además, debe tratarse de adopción irrevocable por los adoptantes, si bien se admite la posibilidad de renunciar a la facultad de revocación, con ciertas condiciones.⁹²

111. En consecuencia, del cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el art.26.2 LAI dependerá que la eficacia de una institución se rija por el art.26, previsto para las adopciones plenas⁹³, o por el art.30, dedicado a la adopción simple e incluso, por el art.34, de estar ante otra medida de protección de menores que no comporte el establecimiento de vínculos jurídicos de filiación. Por esta razón, el

⁸⁹ Recuérdese que, conforme al art.25 LAI el régimen previsto en la LAI entrará en juego únicamente en defecto de “Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España”.

⁹⁰ El régimen del art.30 LAI se inspira en la interpretación dada al anterior art.9.5 Cc por la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (B.O.E. 30 Agosto 2006)

⁹¹ El texto en vigor no se corresponde con el original, aprobado por la Ley 54/2007. Hay que señalar que se mantiene el requisito de que la adopción haya sido constituida por autoridad competente, aunque, tras la Ley 26/2015, ya no se requiere que se trate de una autoridad pública, judicial o no, en sintonía con el art.176.1 Cc, de manera que se corre el riesgo de favorecer adopciones privadas, contrarias al interés del menor. Así lo pusieron de manifiesto al referirse a las adopciones en las cuales no se lleva a cabo un control público A.L. CALVO CARAVACA y J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, en “La Ley 54/2007...cit”, p. 178. También debe indicarse que la excepción de orden público internacional ha sustituido al anterior control de la ley aplicada en origen, con la intención de prevenir conductas fraudulentas, según reza el Preámbulo de la Ley 26/2015. Se acogen aquí las recomendaciones de un sector de la doctrina que sostenía que el control sobre la ley aplicada del anterior art.26.1.2º debía verificar si la misma se adecuaba o no al orden público internacional, teniendo en cuenta el interés del menor. Vid. S.ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, Nº 22, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Dic. 2007, p. 2597, tomo 2, Editorial La Ley y F.CALVO BAVIO, “Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional”, *Revista Iuris*, Marzo, 2008, p. 62. En cualquier caso, debe observarse que la incorporación de la excepción del orden público internacional al art.26.1.2º LAI resulta acorde con el CH 1993. Con ello, se ha subsanado la carencia que presentaba el sistema de reconocimiento previsto en el art.26 LAI para las adopciones cuyos efectos resulten equivalentes a los previstos en el Derecho español, en tanto que en el texto original la cláusula del orden público internacional sólo estaba prevista en el art.31 LAI respecto de la eficacia de las adopciones simples o menos plenas, habiendo desaparecido la referencia a las decisiones extranjeras de adopción, entendidas como plenas, tal como venía recogida en el art.28 del Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional y en el art.31 del Proyecto.

⁹² Respecto a la revocabilidad de la adopción, el último inciso del propio art.26.2 LAI establece la posibilidad de que los adoptantes renuncien al ejercicio de la facultad de revocación antes del traslado del menor a España y siempre que se formalice en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.

⁹³ Debe advertirse que el art.26.2 LAI no exige una total y absoluta correspondencia de efectos con la adopción española, sino que se refiere a una correspondencia sustancial. Como muestra baste citar la postura de la DGRN respecto de las adopciones simples etíopes. Así, el Centro Directivo destaca que lo determinante es la relevancia jurídica de la subsistencia de los vínculos de filiación con la familia anterior en el caso concreto, pues, hay supuestos en los que, pese al mantenimiento de dichos vínculos, no existe problema alguno para reconocer en España una adopción de este tipo, en tanto que sus efectos no entran en conflicto con la adopción española. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el adoptado es huérfano o se desconoce su filiación, así como si se encuentra en situación de abandono. Vid. RDGRN (1ª) de 10 de febrero de 2012 (JUR 2012\350954)

legislador español debería haber dispuesto el control de equivalencia de efectos en primer lugar, por delante de las exigencias del apartado 1, toda vez que en el supuesto de no superarse dicho examen habrían de aplicarse otros preceptos de la propia LAI, tales como el art.30 o en su caso, el art.34.

112. Llegados a este punto, hay que indicar que, en contraposición al art.26 LAI, el art.30 LAI, no prevé expresamente control de legalidad alguno ni otros requisitos para verificar si la adopción simple o no plena se ha constituido válidamente en el país de origen y con las debidas garantías.⁹⁴ Sin embargo, la necesidad de tales controles se infiere de la expresión “adopción simple o no plena legalmente constituida por autoridad extranjera”, contenida en la rúbrica del propio art.30 LAI.

113. Más en concreto, en lo referente al control de legalidad, conviene reiterar que el dato que determina la aplicación del sistema de reconocimiento del art.30 LAI radica en la no superación del examen de correspondencia de efectos del apartado 2 del art.26 LAI.

114. Ahora bien, no hay que olvidar que, con anterioridad, en su apartado 1, el art.26 establece otros dos controles, el de competencia de autoridades y el del orden público internacional, también previsto para las adopciones simples en el art.31 LAI. En consecuencia, atendiendo a su tenor literal, todas las adopciones, incluidas las simples o no plenas, habrán tenido que cumplir con las exigencias del art.26.1 LAI, con carácter previo a determinar si despliegan o no efectos equivalentes a los de la adopción española y en su caso, si su eficacia se rige por el art.30 LAI. Es lo más lógico, a fin de garantizar que, en ningún caso, van a surtir efectos en España instituciones que no hayan sido válidamente decretadas por las autoridades extranjeras del Estado de origen. Más aún, cuando esta exigencia se requiere no sólo en relación con las adopciones plenas, sino también respecto de otras instituciones de protección de menores.⁹⁵

115. Independientemente de ello, parece oportuno aplicar analógicamente los requisitos del art.26⁹⁶, muy especialmente, por lo que respecta a la declaración previa de idoneidad, toda vez que el CH 1993, en el que la LAI dice inspirarse, exige la constatación de que los adoptantes son aptos para adoptar en todas las adopciones certificadas conforme al Convenio, sean éstas plenas o simples.

116. Por otra parte, el régimen de reconocimiento del art.30 varía del reconocimiento procesal del art.26 LAI y del reconocimiento de pleno derecho del art.23 CH 1993. Así, el art.30 LAI contempla un complicado sistema de reconocimiento material, a través de la *lex causae*, determinada conforme al art.9.4 Cc. Ello implica que la adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera surtirá efectos en España como tal adopción simple o no plena si se ajusta a la ley designada por el art.9.4 Cc, que será la que también establezca su validez y existencia. Si no se ajusta, la adopción simple no se reconocerá en nuestro país y en consecuencia, no podrá desplegar ninguno de sus efectos, ni tampoco podrá ser objeto de conversión en una adopción regulada por el Derecho español. En este punto, debe aclararse que, tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, el art.9.4.1^o Cc debe interpretarse en el sentido de que conduce en primer lugar a la aplicación de la ley de la residencia habitual del hijo en el momento en que se constituyó la adopción simple por la autoridad extranjera de origen.⁹⁷

⁹⁴ El sistema de reconocimiento automático de las adopciones certificadas conforme al CH 1993, previsto en el art.23 CH 1993, no contempla el control de legalidad de la adopción, habida cuenta que ya se ha efectuado durante su tramitación y por tal motivo, no es necesario realizar ningún otro examen posterior. Vid. P. JUÁREZ PÉREZ, *La adopción internacional. Estudio legal y jurisprudencial*, EAE, 2012, pág.196 y p.332

⁹⁵ Ténganse en cuenta que tanto el Considerando III de la Exposición de Motivos como del título del art.30 LAI utilizan la expresión “legalmente” al referirse a la adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera. El control de legalidad está previsto también en el art.34.1 2^o y 3^o para la eficacia en España de las decisiones extranjeras en materia de protección de menores.

⁹⁶ Aquí, debe traerse a colación lo dispuesto en el art.4 Cc en relación con la aplicación analógica de las normas.

⁹⁷ En esta misma línea, Vid. A. DURÁN AYAGO, “Aspectos internacionales...cit”, p.451. La interpretación propuesta parece la más razonable, atendiendo a que el vigente art.9.4 Cc. establece en el párrafo primero que, como regla general, “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”, remitiéndose en cuanto al establecimiento de la filiación por adopción a la LAI, a través del art.9.5 Cc, en lo que constituye un auténtico círculo vicioso. Sobre este particular, un sector doctrinal opina que los inconvenientes que plantea esta doble remisión podrían haberse eludido suprimiendo el art.9.5 Cc y haciendo referencia directamente a la LAI en el

117. Los efectos resultantes de las relaciones paterno-filiales y en especial, la atribución de la patria potestad se regirán por las normas del Convenio de La Haya de 1996 (arts.16 y 17)⁹⁸, en vigor en nuestro país desde 2011 y aplicable dado su carácter universal y eficacia *erga omnes*. Al Convenio dirige igualmente el art.9.4.2^o Cc en relación con el art.30.2 LAI. En todo caso, otros efectos distintos de la responsabilidad parental, dependerán de la ley designada por las normas de conflicto reguladoras de cada cuestión específica.

118. Además, la LAI contempla en el art.31 la excepción del orden público internacional, incluyendo el interés del menor como parámetro para rechazar el reconocimiento de una adopción simple o no plena sobre la base de la citada excepción, lo que resulta acorde con la previsión del art.24 CH1993. Se equipara en este punto el tratamiento que han de recibir las adopciones cubiertas por el Convenio y aquellas que se han constituido al margen de éste.

119. En definitiva, cierto es que el art.30 LAI intenta dar respuesta a los inconvenientes que suscitaba el vacío de la regulación anterior, estableciendo un régimen más adecuado que el del antiguo art.9.5 Cc. A pesar de ello, el hecho de que presente notables divergencias con el CH 1993 supone un obstáculo, que hubiera podido salvarse regulando la validez y efectos de la adopción simple o no plena en línea con lo dispuesto en el CH 1993.

120. De igual modo, al explicar el reconocimiento de las adopciones constituidas al amparo del CH 1993, se ha indicado que el art.30.3 LAI dispone que las adopciones simples o no plenas no pueden ser objeto de inscripción en el RCE, sino tan solo de anotación.⁹⁹ También se señaló que el adoptado en forma simple no adquiere la nacionalidad española de origen como consecuencia de la adopción, quedando abiertas la vía de la opción y de la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

121. En cualquier caso, supone una contradicción reconocer la existencia del vínculo jurídico de filiación derivado de la adopción simple, bien sea por la vía del art.26 del Convenio de La Haya de 1993, bien por la del art.30.2 LAI, para luego negar a dicho efecto la eficacia registral que conlleva la inscripción, toda vez que se está imponiendo una restricción a la continuidad en el tiempo de la adopción simple o no plena, al no otorgar a dicha institución el reconocimiento registral. A este respecto, cabe reprochar al legislador español que no haya tenido en cuenta que el régimen de las adopciones simples no está establecido de forma uniforme en todos los ordenamientos jurídicos que la contemplan, por lo que hubiera sido más lógico no imponer idénticas soluciones a todos los supuestos de adopción simple constituida por autoridad extranjera. Con todo, parece más adecuada la solución establecida en el Derecho belga, permitiendo la inscripción registral de la adopción simple o no plena constituida en el extranjero¹⁰⁰, tal y como se dispone para la adopción plena. Al mismo tiempo, también hubiera resultado

art.9.4 Cc, si bien ello no ofrece solución al problema de la determinación del derecho aplicable al establecimiento de la filiación por adopción, en tanto que el art.30 LAI envía al art.9.4 Cc y éste, a su vez, continuaría remitiendo a la LAI. Vid. C. VAQUERO LÓPEZ, "Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015", *Revista Aranzadi Doctrinal* num.9/2015, Estudio, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (BIB 2015/4765)

⁹⁸ El Convenio, como regla general, determina que la ley reguladora de la responsabilidad parental es la de residencia habitual del menor y tiene la ventaja de que introduce normas específicas para la solución del conflicto móvil. Por lo que respecta a la hipótesis más frecuente de la adopción simple o no plena transnacional, será la ley del país extranjero de la residencia habitual del menor en el momento de constituirse la adopción la que regirá la atribución de la responsabilidad parental de pleno derecho, aunque con posterioridad traslade su residencia habitual a España, de acuerdo con el art.16.3 del Convenio de La Haya de 1996, independientemente de que la ley española no contemple esta institución. Mientras que el ejercicio de la patria potestad tendrá el contenido y alcance previsto en el Derecho español para la adopción, en virtud del art.17 del citado Convenio.

⁹⁹ Obsérvese que la vigente redacción del art.27 LAI, tras la Ley 26/2015 distingue el control de validez de las adopciones constituidas conforme al CH 1993 del control de validez de aquéllas decretadas por autoridades de países no signatarios de dicho Convenio, de modo que sólo exige que el Encargado del RCE verifique la correspondencia de efectos de las adopciones constituidas fuera del ámbito del CH 1993. Por este motivo, atendiendo al texto del art.27 LAI, podría parecer que únicamente no deberían ser objeto de inscripción en el RCE las adopciones simples o no plenas que no hayan sido certificadas conforme al CH 1993.

¹⁰⁰ Los arts.367.1 y ss del *Code Civil belge* se ocupan de la cuestión de la inscripción registral, sin hacer distinción entre la adopción simple y la adopción plena. Dichos preceptos comienzan ordenando que la autoridad competente para el reconocimien-

razonable prever como efecto la atribución de la nacionalidad española al adoptado en forma simple o no plena, en tanto que instituye un vínculo de filiación respecto de un ciudadano español.¹⁰¹

3. Soluciones para que la adopción simple extranjera despliegue los efectos de una adopción regulada por el derecho español

122. A la vista de la situación en que quedaría un adoptado en forma simple en nuestro país, según lo expuesto en el epígrafe anterior, cabe preguntarse qué pueden hacer los adoptantes si lo que desean es que la adopción simple o no plena extranjera surta en nuestro país los efectos previstos para la adopción en el ordenamiento jurídico español. Dos son las posibles respuestas a la cuestión formulada: la conversión de la adopción simple o no plena en una adopción tal como se contempla en el Derecho español o la constitución *ex novo* de una adopción ante las autoridades españolas y conforme a la ley española.

123. En cuanto a la conversión¹⁰², el art.27 CH 1993 señala que la adopción simple puede ser convertida en una adopción plena si la ley del Estado de recepción así lo permite y siempre que los consentimientos a los que se refiere el propio Convenio hayan sido emitidos para dicha adopción. Justamente, el art.30.4 LAI incorpora la posibilidad de transformación de una adopción simple en una adopción regulada por el Derecho español mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, regulado en el art. 42 LJV¹⁰³ y común a las adopciones cubiertas por la LAI y a las certificadas conforme al Convenio, al no contemplar éste previsión alguna al respecto. A tal fin, tanto el art 30.4 LAI como el art.42 LJV indican que en el procedimiento de conversión no es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública española, si bien en este último precepto se exige que con la solicitud se acompañen determinadas circunstancias que coinciden con las que deben figurar en la propuesta administrativa.

124. En lo referente a la competencia de autoridades, tanto la LAI como la nueva LJV contemplan foros para la conversión de la adopción simple, sin que exista una total correspondencia entre los criterios del art.15.2 en relación con su apartado 1 de la LAI y los del art.42 LJV.¹⁰⁴ De ahí que surja la

to de una adopción extranjera se pronuncie acerca de si sus efectos se corresponden con una adopción simple o con una adopción plena, para a continuación, establecer que si se cumplen las condiciones para otorgar el reconocimiento, la decisión por la que se constituye la adopción será objeto de inscripción por la autoridad central federal. La competencia para transcribir la resolución de la adopción extranjera reconocida en Bélgica, así como el nacimiento del adoptado reconocido como consecuencia de la adopción recae sobre el Registro Civil de la residencia habitual en el citado país del adoptante o uno de ellos, o, en su defecto, la persona adoptada. Esto se complementa con la posibilidad que tiene toda persona cuya adopción haya sido reconocida en Bélgica de solicitar la inscripción de su nacimiento ante el Registro Civil belga, cuando le sea imposible obtener certificación del mismo.

¹⁰¹ En lo referente a la nacionalidad, el Derecho belga tampoco establece distinción alguna entre la adopción simple y la adopción plena. Así, reconoce la nacionalidad belga desde la adopción al extranjero, menor de dieciocho años o no emancipado, adoptado por un belga nacido en Bélgica o en un territorio sometido a la soberanía o administración belga, o también, al adoptado extranjero por un belga nacido en el extranjero, siempre que en el plazo de cinco años desde la adopción, reclame la nacionalidad belga para su hijo adoptivo menor de dieciocho años y no emancipado. Del mismo modo, la ley belga otorga la nacionalidad de dicho país al adoptado por un belga nacido en el extranjero, a condición de que el menor no posea ninguna otra nacionalidad. Consúltese el art. 9 *Code de la Nationalité belge*

¹⁰² La cuestión se aborda con mayor profundidad en M.J. SÁNCHEZ CANO, “La conversión de la adopción simple en plena tras las reformas legales del 2015”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, N.º. 75, 2017, Thomson Reuters, pp. 27-51

¹⁰³ Del texto original del art. 30.4 LAI se deducía que el proceso de transformación de la adopción simple extranjera se habría de llevar a efecto mediante expediente judicial. Sin embargo, el legislador de la Ley 54/2007 no se preocupó de especificar las reglas que regirían el procedimiento de conversión, ni tampoco de precisar si el expediente judicial al que se refería debería ser un expediente de jurisdicción voluntaria, similarmente a lo que ocurre para la constitución de la adopción.

¹⁰⁴ Debe indicarse que las modificaciones efectuadas por la Ley 26/2015 no inciden en la regulación de la competencia judicial internacional en los supuestos de conversión de una adopción simple extranjera en una adopción con los efectos previstos en la ley española, por lo que continúan operando los criterios generales de nacionalidad o residencia habitual de adoptante o adoptado, tal como se determinaban en la versión original del art.15, fijando como momento de determinación de ambos parámetros el de la presentación de la solicitud de conversión de una adopción. Las novedades en esta materia han sido introducidas por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, al regular el expediente de conversión de la adopción simple. Así, la nueva Ley establece en el art. 42 que la conversión de la adopción simple extranjera podrá ser instada ante los Tribunales españoles cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de la constitución de la adopción o haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España o también, en el supuesto de que el adoptante

duda de qué normativa ha de prevalecer. A este respecto, no puede desconocerse que la LAI es una ley especial y en consecuencia, ha de aplicarse con preferencia a las normas de la LJV. No obstante, más oportuno hubiera resultado armonizar los foros del art.15 LAI con los de la LJV, considerando que la tramitación de ambas normas discurrió de forma paralela y teniendo en cuenta que la LJV aplazó la entrada en vigor del Capítulo III del Título II hasta la vigencia de la Ley 26/2015.¹⁰⁵

125. Respecto al Derecho aplicable, el art. 30.4 LAI, en concordancia con su art.22, señala que la ley aplicable a la conversión será la aplicada a su constitución. Una interpretación literal de estos preceptos, forzosamente, habría de conducir a la aplicación de una ley extranjera, habida cuenta que no es posible constituir una adopción de este tipo conforme a la ley española, lo que llevaría a la incongruencia de aplicar el Derecho extranjero a la transformación de la adopción simple o no plena en una adopción regulada por el Derecho español, quedando a salvo la aplicación de la ley española en lo que respecta a las exigencias de los apartados a) a g) del art.30.4 LAI.

126. En consecuencia, no cabe interpretar el texto del vigente art.22 en el sentido de que la expresión “ley aplicada a su constitución” se refiere a que dicha ley es la que establece si es posible o no la conversión de la adopción simple o no plena en una adopción con los efectos previstos en la ley española. Por tanto, con independencia de las contradicciones en que pudieran incurrir las disposiciones aplicables a la conversión de una adopción simple en plena, cabe concluir que la ley que habrá de regir la transformación no puede ser otra que la ley española.

127. En apoyo de este razonamiento, pueden alegarse dos motivos de peso. Primeramente, que al introducir la posibilidad de convertir la adopción simple o no plena extranjera en una adopción regulada por el Derecho español, lo que está diciendo el art.30.4 LAI es que los efectos de la adopción resultante del proceso de transformación necesariamente han de ser los de la ley española. Obviamente, esta consecuencia no se produciría si la conversión se regulase por una ley extranjera, que, incluso, bien pudiera ser que desconociese la figura de la adopción plena. En segundo término, que se trata de un requisito que no figura en el Convenio de La Haya de 1993, cuyo art.27 únicamente exige que la posibilidad de transformación esté contemplada en la ley del Estado de recepción, sin hacer mención alguna a la ley del Estado de origen.

128. Junto a ello, los párrafos a) a g) del art.30.4 LAI establecen una serie de condiciones, equivalentes a las exigidas en el CH 1993 y que se refieren al denominado consentimiento “ilustrado”.¹⁰⁶ Son

tenga la nacionalidad española o tenga su residencia habitual en España. Quedaría fuera, por tanto, el hipotético supuesto de la conversión de la adopción simple de un adoptado español residente en el extranjero, que no tiene intención de establecerse en nuestro país, en el cual los adoptantes también son extranjeros y con residencia habitual fuera de España.

¹⁰⁵ La existencia de regulaciones contradictorias ha sido puesta de relieve por la doctrina, sirvan de ejemplo, A. DURÁ AYAGO, “Aspectos internacionales ...cit”, p. 416, y C. VAQUERO LÓPEZ, “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal...cit”

¹⁰⁶ Para entender la regulación actual habría que atender a la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Así, el art. 44 del Proyecto de Ley de la Jurisdicción voluntaria regulaba el procedimiento para la conversión de la adopción simple o menos plena constituida por autoridad extranjera competente, introduciendo normas de competencia judicial internacional que no coincidían con las del art. 15.2 LAI, toda vez que atribuía la competencia a los Tribunales españoles cuando el adoptado tuviese su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción o si el adoptado hubiera sido o fuera a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en nuestro país. Mediante la aprobación de una enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Popular ante la Comisión de Justicia del Senado se incorporó un nuevo apartado c) en el texto definitivo del art. 42.1 de la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria, introduciendo como foro de competencia judicial internacional a favor de los Tribunales españoles el dato de que el adoptante tuviera nacionalidad española o su residencia habitual en España, conforme a lo dispuesto en el art. 1832 LEC 1881, en la redacción otorgada por el Proyecto de Ley Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-112-1 de 05/09/2014. Págs.: 1 y ss. y BOCG. Senado Núm. 532-3555 (Apartado I) de 01/06/2015, págs. 10 y ss.

¹⁰⁶ El propósito del art.27 CH 1993 en relación con los consentimientos de los apartados c) y d) del art.4 del mismo Convenio, consiste en garantizar que las personas, instituciones y autoridades a las que se refiere otorguen sus consentimientos con pleno conocimiento y después de haber sido debidamente informadas, incluyendo la circunstancia de que la conversión comportaría la total ruptura de vínculos entre el adoptado y su familia de origen. Así, se habló de “*consentimiento ilustrado*”, establecido en

requisitos de obligado cumplimiento y en ausencia de alguno, la transformación de la adopción simple en una adopción regulada por el Derecho español no será posible, al igual que sucede en el ámbito del CH 1993. Las previsiones del art.30.4 LAI se complementan con el art.42 LJV, cuyo apartado 4 establece una serie de circunstancias que el Juez ha de examinar (consentimientos de los adoptantes y del adoptado mayor 12 años y asentimiento del cónyuge o pareja de hecho del adoptante).

129. Cumplidos todos los trámites, el Juez dictará un auto, cuyo testimonio podrá ser objeto de inscripción en el RCE, conforme al art. 42.5° LJV.

130. Por último, los adoptantes también podrían optar por constituir una nueva adopción ante las autoridades españolas con arreglo a las reglas de competencia judicial internacional del art.14 LAI y de acuerdo con la ley sustantiva española, en virtud del art.18 LAI, pudiendo dar entrada a una ley extranjera en lo relativo a la capacidad del adoptado y de los consentimientos necesarios, en los términos de los arts.19 y 20 LAI. En este punto, debe observarse que esta vía será la única a la que puedan acudir los adoptantes cuando la adopción no se ajuste a la ley designada por el art.9.4 Cc o no pueda considerarse válida y existente conforme a dicha ley.

IV. A modo de conclusión

131. A lo largo del presente estudio se ha hecho hincapié en que las medidas de protección de la infancia deben ordenarse en función del interés del niño, lo que llevaría a replantearse el recurso a fórmulas que bien pudieran resultar mucho más beneficiosas que la tradicional modalidad de la adopción plena, en tanto que permitirían solventar muchas de las dificultades que origina la exclusiva integración del menor en la familia adoptante. Ello, sin olvidar la importancia que tiene para el adoptado la noción de su verdadera identidad y el derecho que le asiste a conocer sus propios orígenes.

132. A tal fin, no puede desconocerse que la recuperación de la figura de la adopción simple en nuestro Derecho positivo podría colmar en mayor medida las expectativas que surgen de las dificultosas relaciones adoptivas, no sólo por lo que respecta a la adopción plena, sino también en lo referente al acogimiento familiar permanente del art.173. 2.c) Cc o a la adopción abierta del art.178.4 Cc. Ello por dos razones fundamentales:

- 1ª) Porque la adopción simple instituye un *status filii* entre el adoptado y los adoptantes e incluso, un *status familiae*, permitiendo la completa integración familiar del menor en su nueva familia.
- 2ª) En tanto que la constitución de una adopción simple o no plena soslayaría los efectos negativos derivados de la ruptura definitiva con la familia de origen, posibilitando un más óptimo desarrollo de la identidad en el adoptado y una adecuada aceptación de los sentimientos ligados al abandono o separación.

133. Igualmente, la reintroducción de una nueva regulación sustantiva de la adopción simple o no plena en nuestro ordenamiento jurídico incidiría positivamente en la esfera de las adopciones internacionales. Por dos motivos:

- 1º) Puesto que no habría problema alguno para que las autoridades españolas constituyeran una adopción de este tipo en supuestos internacionales, conforme a la ley española y de acuerdo con los criterios de competencia judicial internacional del art.14 LAI, si el interés del menor así lo requiriese.

defensa de la seguridad jurídica en el procedimiento de conversión, pues de lo que se trata con ello, es, en definitiva, de evitar la conversión en plena de una adopción cuyos consentimientos se han otorgado para una institución que no conlleva la ruptura de vínculos jurídicos de filiación con la familia de origen. Vid. G. PARRA ARANGUREN, *Informe explicativo...cit.*, pp. 38 y 112

- 2º) Y toda vez que los inconvenientes que genera en la actualidad la aplicación del art.30 LAI y sus divergencias con el sistema del CH 1993, se verían en buena medida paliados con el establecimiento de un régimen material que facilitase el reconocimiento de la adopción simple extranjera y en su caso, la adaptación de sus efectos a lo previsto en la legislación española.

134. No cabe duda, que esta solución también proporcionaría una respuesta satisfactoria a los interrogantes que podría suscitar en el futuro la aplicación del Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción, puesto que existen países en la Unión Europea, tales como Francia, Bélgica, Luxemburgo o Bulgaria, que contemplan la figura de la adopción simple o no plena en sus sistemas jurídicos