

PRESENTACIÓN DE LA PONENCIA

**REFLEXIONES EN TORNO A LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL
MENOR EN LA ADOPCIÓN CONJUNTA EN CASO DE RUPTURA DEL
MATRIMONIO O PAREJA DE HECHO**

Congreso Internacional “Menores: Filiación y protección”
celebrado en Almería los días 5 a 7 de octubre de 2017.

Desde la promulgación del Código civil, la adopción ha sido objeto de numerosas reformas que la han conducido hasta un sistema presidido por el interés prevalente de adoptado –que generalmente es un menor-, que se sobrepone al de sus progenitores y al de los adoptantes.

En orden a satisfacer ese interés, se atribuye una importancia especial a que la adopción proporcione al adoptado un entorno estable. Este objetivo adquiere mayor protagonismo cuando se trata de una adopción conjunta, ya que la estabilidad entre los adoptantes, cónyuges o miembros de una pareja de hecho, condiciona en gran medida la estabilidad que necesita cualquier menor, y con más motivo, un menor adoptado, que en muchos casos ya ha vivido, a veces de forma traumática, la inestabilidad de las diversas soluciones que han podido preceder a la adopción.

Por ello, quisiera detenerme a considerar la protección del interés del menor adoptado, y su necesidad de estabilidad familiar, ante una de las novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Me refiero a la **posibilidad regulada en el artículo 175.5 CC de adoptar conjuntamente a quien ha convivido con un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, a pesar de la ruptura matrimonial o de pareja.**

La nueva regulación ha suscitado dudas en la doctrina a la luz del prevalente interés del menor que ha de presidir la adopción, en tanto hay que dotar al adoptando de estabilidad, tal como se recoge en el artículo 4.2 del Convenio europeo en materia de adopción de menores (revisado) hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España el 16 de julio de 2010: “*en cada caso concreto, la autoridad competente concederá una **importancia especial a que la adopción proporcione al menor un hogar estable y armonioso***”; y en este supuesto, se inicia la adopción tras una crisis conyugal o de pareja, lo que puede generar una realidad familiar en la que falten esas notas.

Con esta previsión del artículo 175.5 CC parece que se trata de asimilar la situación de los menores que han convivido con sus futuros adoptantes, con la que puede vivir un hijo biológico cuando se separan o divorcian sus padres, en que se mantiene el vínculo jurídico y afectivo existente, a pesar de que no se mantenga el régimen de convivencia anterior.

Como argumento favorable a la adopción conjunta en estos casos, cabe alegar que tiende a mantener unos vínculos afectivos que ya se han creado en virtud de una convivencia previa, y en un entorno en que el menor ya se ha integrado. Por eso, hay que poner el acento en que resulte conveniente para él constituir una relación paterno-filial con ambos solicitantes, aunque ya no convivan, y que, a pesar de la nueva situación, se proporcione al adoptado un hogar estable y armonioso como se refiere en el Convenio Europeo de adopción.

Para que la Entidad Pública pueda proponer la adopción en estos casos es preciso:

1º. Que se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por relación de naturaleza análoga a la conyugal en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

2º. Que se produzca “*la separación o el divorcio legal*” del matrimonio o la ruptura de la relación de la pareja de hecho que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción.

Son muchas las dudas que plantean estos requisitos, para lo que remito a la publicación de mi ponencia, pero por cuestión de tiempo voy a centrar mi exposición en la protección del interés del menor en el proceso de adopción.

1. Declaración de idoneidad

Tanto la fase administrativa en que se valora la idoneidad de los adoptantes y se requiere, como regla general, la propuesta de la Entidad Pública (art. 176 CC), como la resolución judicial que la constituye, están presididos por dicho interés.

La reforma de 2015 modifica el artículo 176.3 CC incorporando una definición de la idoneidad para adoptar y señala los criterios que ha de tener en cuenta la Entidad Pública. Se prevé de forma expresa que la Entidad Pública requerirá una **valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes**, así como si éstos tienen capacidad para establecer **vínculos estables y seguros**, y valorará sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias (art. 176.3.2 CC). Por lo tanto, la Entidad Pública debe ponderar la situación de crisis matrimonial o de pareja por tratarse de la situación personal y familiar de los adoptantes, y el modo en que afrontan esta situación, que puede ser más o menos conflictiva, con las consecuencias que tiene para el menor. Además, cuando este precepto se refiere a la necesidad de valorar la capacidad de los adoptantes para establecer vínculos estables y seguros, ha de hacerse teniendo en cuenta las peculiares condiciones que se derivan de una separación o divorcio, o de la ruptura de la pareja de hecho, en que el menor ya no seguirá conviviendo con ambos adoptantes, como se presupone en una adopción conjunta.

Por otra parte, surge el problema de determinar qué sucederá si la declaración de idoneidad se ha obtenido antes de la separación o el divorcio de los cónyuges adoptantes o de la ruptura fehaciente de la pareja de hecho, ya que en ella no se han podido tener en cuenta esta circunstancia. ¿Debe hacerse una actualización de la idoneidad, puesto que han cambiado las condiciones de estabilidad en la convivencia de quienes quieren adoptar conjuntamente?

Este supuesto se dará necesariamente si la situación de convivencia previa se ha producido en el marco de una guarda con fines de adopción. La declaración de idoneidad

se ha realizado antes de la delegación de esa guarda por la Entidad Pública puesto que el artículo 176 bis.1 CC requiere que los futuros guardadores reúnan los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 CC, que presten su consentimiento, hayan sido preparados declarados idóneos y asignados para la adopción del menor (art. 176 bis.1 CC).

En cualquier caso, si ya se ha realizado la declaración de idoneidad antes de la ruptura matrimonial o de pareja, creemos que debe procederse a realizar una actualización de la idoneidad por haberse producido cambios en las circunstancias familiares que pueden modificar la idoneidad, ya que solo así se podrá ponderar la incidencia de dicha crisis en la adopción y su trascendencia para el menor, y poder apreciar su conveniencia. Teniendo en cuenta las nuevas circunstancias y el modo en que los solicitantes de adopción afrontan la ruptura, podrá decidir la Entidad Pública si procede realizar la propuesta de adopción conjunta o, por el contrario, resulta más adecuado al interés del menor la adopción por uno sólo de los cónyuges o de los miembros de la pareja de hecho, o su adopción por otro adoptante o adoptantes.

2. La propuesta de adopción por la Entidad Pública

Como regla general, para iniciar el expediente de adopción se precisa la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad (art. 176.2.1 CC). El artículo 175.5 CC dice que la crisis de pareja *“no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta”*, es decir, **admite la posibilidad** de que se realice la propuesta de adopción conjunta por la Entidad Pública a pesar de la ruptura del matrimonio o de la pareja, **pero no queda obligada**.

- a) Esto supone que la Entidad conoce la situación, y considera adecuada para el interés del menor la adopción conjunta, por lo que hace su propuesta en tal sentido.

De acuerdo con el art. 35.2.a LJV, en el escrito de propuesta de adopción se expresarán especialmente las condiciones personales, familiares y sociales de los adoptantes asignados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la elección de aquellos (art. 35.2.a LJV). En este caso, creemos que se debe hacer constar la separación o divorcio del matrimonio, o ruptura de la pareja de hecho, y justificar su elección como adoptantes conjuntos a pesar de esas circunstancias.

- b) Pero también cabe que la Entidad Pública conozca la ruptura matrimonial o de pareja, y valorada la idoneidad de los adoptantes, no realice la propuesta de adopción conjunta por entender que la situación familiar no conviene al interés del adoptando, y haga la propuesta de adopción unipersonal sólo de uno de los anteriores guardadores o acogedores. En este caso, en la propuesta deberá justificarse razonadamente los motivos que han llevado a esa solución. Ahora bien, el artículo 35.2.a LJV, sólo se refiere a las razones que justifiquen la elección de los adoptantes por la Entidad Pública, no a las razones que justifican la

exclusión de otros interesados como requerían en artículo 1829.1.a LEC de 1881, de forma que no tiene por qué haber alusiones a los candidatos excluidos en el escrito de propuesta. Sin embargo, en este caso, dado que ha existido una convivencia previa con los dos cónyuges o pareja de hecho, si los dos quieren adoptar conjuntamente, y se propone por la Entidad Pública la adopción sólo por uno de ellos, consideramos que deberían señalarse las razones por las que se ha excluido al otro.

- c) También cabe que realice la propuesta de adopción a favor de otros adoptantes. Las especiales circunstancias de este supuesto hacen cuestionarse si también en este caso habrá que justificar en el escrito de propuesta de la Entidad Pública las razones por las que han quedado excluidos los acogedores o guardadores.

3. La resolución judicial

En cualquier caso, la decisión de si procede a no constituir la adopción corresponde al Juez, que en último término habrá de valorar la conveniencia o no de acordarla, desde el principio del interés del menor

Si no se llega a constituirse la adopción conjunta, ya porque la Entidad Pública no llega a proponerlo o el Juez rechaza esta posibilidad, y se constituye la adopción unipersonal por uno sólo de los cónyuges o miembros de la pareja por considerarse lo más adecuado al interés del adoptado, el otro podría solicitar posteriormente el mantenimiento de relaciones personales con el menor al amparo del artículo 160.2 CC en su condición de allegado, por haber mantenido una convivencia previa, lo que el juez valorará conforme al interés del menor.