

Grado en: Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2018/2019

Convocatoria: Julio

## “LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA”

“Adoption in Spain”

Realizado por la alumna **D<sup>a</sup>. Sheila Crespo González**

Tutorizado por el Profesor **D. Miguel Gómez Peral**

Departamento: **Disciplinas Jurídicas Básicas**

Área de conocimiento: **Derecho Civil**



## ABSTRACT

This essay expands on the figure of adoption, at national level, as a measure to protect the minor. Adoption is one of the most reformed subjects and although it has four partial reforms, the current legal regime comes from the publication of Law 21/1987 of 11 November. The Civil Code contains this figure of great importance in Family Law, regulating the requirements and prohibitions for the effective constitution of adoption, as well as the effects it deploys. In addition, the particularities of some Autonomous Communities, such as Catalonia, will be covered.

Crucially, the adoption regime is characterised by administrative control, for the purpose of equating the effects of adoptive affiliation with affiliation by nature and by the principle of the primacy of the interest of the child.

In this way, the formalities to be carried out throughout the adoption procedure will be set out, highlighting the irrevocability that characterizes it, as well as the constitution of the relationship of affiliation with the adoptive family and the breakdown of legal ties with the biological family, as the main effects that produces.



## RESUMEN

El presente trabajo desarrolla la figura de la adopción, en el ámbito nacional, como medida de protección del menor. La adopción es una de las materias más reformadas y aunque cuenta con reformas parciales, el actual régimen jurídico procede de la publicación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. El Cc. recoge esta figura de gran trascendencia en el Derecho de Familia, regulando los requisitos y prohibiciones para la efectiva constitución de la adopción, así como los efectos que despliega. Además, se tratarán las particularidades con las que cuentan algunas Comunidades Autónomas, como Cataluña.

Fundamentalmente, el régimen de la adopción se caracteriza por el control administrativo con el que cuenta, por el fin que tiene en equiparar los efectos de la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza y por el principio de primacía del interés del menor.

De esta manera, se expondrán los trámites a llevar a cabo a lo largo del procedimiento de adopción, destacándose la irrevocabilidad que la caracteriza, así como la constitución de la relación de filiación con la familia adoptiva y la ruptura de vínculos jurídicos con la familia de origen, como efectos principales que produce.

## ÍNDICE

<b>1. Introducción</b> .....	1-2
<b>2. La filiación</b>	
2.1 Concepto, clases y marco jurídico.....	2-4
<b>3. La adopción</b>	
3.1 Reformas y marco jurídico actual.....	4-6
3.2 Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores.....	6-8
3.3 Principios informadores del expediente de adopción.....	8-12
3.4 Elemento subjetivo de la adopción	
A. Elemento subjetivo activo: Los adoptantes	
a.1. La adopción unipersonal y la adopción dual.....	12-14
a.2. Capacidad para adoptar: requisitos y prohibiciones.....	14-16
B. Elemento subjetivo pasivo: El adoptado.....	16-17
3.5 La adopción abierta.....	17-18
<b>4. El proceso de la adopción</b>	
4.1 Introducción.....	18
4.2 Actuación administrativa previa.....	18-19
A. La propuesta de adopción.....	19-20
4.3 Proceso judicial de adopción	
A. Inicio del expediente judicial.....	20-23
B. Desarrollo del procedimiento judicial de adopción.....	23
b.1. Especial consideración al consentimiento y al asentimiento.....	23-27
b.2. La Audiencia.....	27-28
C. Diligencias probatorias.....	28-29
D. Resolución judicial y recursos.....	29-31
4.4 Inscripción en el Registro Civil.....	31-32

## **5. Efectos de la adopción**

### **A. Relación de filiación entre adoptado y adoptante**

- a.1. Relación de filiación equiparada a la filiación por naturaleza..... 32
- a.2. Determinación de los apellidos del adoptado..... 32-33
- a.3. Adquisición de la vecindad civil y la nacionalidad por el adoptado..... 33-34
- a.4. Relación de parentesco..... 34-35
- a.5. Derechos sucesorios.....35
- a.6. Derecho de relación entre el menor y sus parientes adoptivos.....35-36
- a.7. Impedimentos matrimoniales.....36

### **B. Ruptura de vínculos jurídicos con la familia de origen.....37-38**

### **C. Irrevocabilidad, extinción e ineficacia de la adopción.....38-40**

### **D. Efectos de la adopción en el Derecho Foral: Cataluña, Aragón y Galicia.....40-42**

## **6. Conclusiones.....42-44**

### **Bibliografía.....45-46**

## **1. Introducción**

En este Trabajo de Fin de Grado desarrollaré la figura de la adopción en su ámbito nacional.

El motivo que me impulsa analizar esta figura es un interés académico, suscitado a través de su estudio en las asignaturas de Derecho Civil llevadas a cabo a lo largo del Grado y en un curso específico que realice a través de la Fundación General de la Universidad de La Laguna sobre “Acogimiento familiar y adopción”.

De esta manera, expondré la adopción en el territorio español y comentaré particularidades con las que cuentan algunas Comunidades Autónomas en esta materia, configurando el marco jurídico, los requisitos exigidos, los trámites a seguir en su procedimiento, los efectos jurídicos, así como jurisprudencia destacable al respecto.

La adopción, como institución jurídica, lo que pretende es reproducir la relación materno y paterno-filial de base biológica que une a los hijos con sus progenitores – madre y padre-. Por lo que generalmente se constituye como una medida de protección definitiva e irreversible ante la situación de desamparo de un menor.

Es quizá una de las materias más reformadas desde que se promulgó el Código civil. El actual régimen jurídico procede de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Desde entonces, su regulación en el Código civil se caracteriza, en primer lugar, por el principio de control administrativo de las adopciones. En segundo lugar, por la asimilación de los efectos de la adopción a los derivados de la filiación por naturaleza, lo que supone que la adopción no genera sólo una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, sino que da lugar a una relación plena de parentesco entre el adoptado y los parientes de quien le adoptó. Y, en tercer lugar, por el principio de primacía del interés del menor, que se sobrepone al de sus progenitores y al de los adoptantes (art. 2 LOPJM)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Callejo Rodríguez, C., “*Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, num. 6/2017 parte Doctrina, 2017, p. 1.

La adopción ha evolucionado, caracterizándose por un avance legislativo que ha supuesto que su régimen jurídico, esto es, sus requisitos, prohibiciones y efectos, se adapten al principio conforme al cual la adopción imita la naturaleza, *-adoptio imitatur naturam-*. Además, se caracteriza por su gradual reconducción de la institución, desde un régimen jurídico enfocado a satisfacer los deseos de aquellas personas que no tienen hijos, hasta el que tiene al adoptando como referente primordial, primando el interés superior del menor y por ende, la atribución de la patria potestad a los adoptantes considerados como “idóneos”<sup>2</sup>.

Con estos presupuestos, el régimen vigente de la adopción se constituye como el resultado de sucesivas reformas y con un doble fin: uno, fortalecer los efectos de la constitución del vínculo adoptivo, equiparándolo de forma paulatina a los producidos en la filiación por naturaleza; y el otro, dotar a la adopción de un régimen jurídico enfocado en el interés del menor, por delante del de los adoptantes. Luego, sin plena satisfacción, las reformas llevadas a cabo en los años 1958, 1970 y 1981, de los artículos del Código civil, referentes a la adopción, obedecieron a dichos fines<sup>3</sup>.

## **2. LA FILIACIÓN**

### **2.1 Concepto, clases y marco jurídico**

Es necesario partir de la filiación, que en una aproximación inicial, puede definirse como *“el vínculo que existe entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo. Este vínculo tiene una dimensión biológica, derivada del hecho de la generación, y, ligada a ésta una dimensión jurídica”*. Además, *“la relación jurídica de filiación tiene como fundamento la filiación biológica: ante el Derecho positivo son padres e hijos, primariamente, quienes lo son biológicamente. No hay, sin embargo, una correspondencia absoluta entre ambas relaciones. Puede ocurrir que la filiación biológica sea desconocida, y que por tanto no exista filiación jurídica (hijos de padres desconocidos); o bien que la filiación jurídica sea atribuida por error a quien biológicamente no es progenitor. También puede crearse conscientemente una relación*

---

<sup>2</sup> Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (dirs.), Cc. *Comentado*, vol. I, 2ª ed., Aranzadi SA, Pamplona, 2011, p. 917.

<sup>3</sup> “Cc. Comentado”, “cit.”, pp. 900-901.

*jurídica de filiación entre quienes se sabe que no están unidos por vínculos biológicos, como ocurre en la adopción”.*<sup>4</sup>

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 108.I del Cc., la filiación puede tener lugar por naturaleza, que puede ser matrimonial y no matrimonial, y por adopción. La filiación matrimonial se da cuando el padre y la madre están casados entre sí, que en virtud del art. 115 Cc., recoge una determinación registral y una determinación judicial. La filiación no matrimonial, por su parte, está recogida en el art. 120 Cc. y es la que se produce cuando los padres no están casados en el momento de la concepción ni en el del nacimiento, ni contraen matrimonio con posterioridad a éste, pudiendo determinarse solo respecto a uno de los progenitores. Este tipo de filiación se determina por la inscripción del nacimiento; por el reconocimiento ante el encargado del Registro civil, en testamento o en otro documento público; por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro civil; por sentencia firme y cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento.

El marco jurídico comenzó configurándose tras la modificación legislativa de la Constitución española de 1978, que exigió la reforma de nuestro Cc., con motivo de su derogación por inconstitucionalidad sobrevenida en gran parte de su contenido sobre el Derecho de Familia y sucesiones. Así, el legislador, en la nueva regulación de la filiación, reflejó el alcance del principio de igualdad en el artículo 108 del Cc.<sup>5</sup>

La Constitución española reconoce, tanto en la filiación por naturaleza como en la adoptiva, la igualdad de los hijos ante la ley (art. 14 y 39.2 CE). Junto a este principio, es importante expresar otros, como son: la libre investigación de la paternidad, el cual sirve para fundamentar el principio de veracidad biológica, conforme al cual es padre jurídicamente quien lo es biológicamente y así se refleja en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 767.2 que establece que “**2. En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas**”; el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE), principio recogido entre otros en el art. 110 Cc., conforme al cual “*el padre y la madre, aunque*

---

<sup>4</sup> Martínez de Aguirre Aldaz, C. *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*. Edisofer S.L, 2016, pp. 321-322.

<sup>5</sup> “Cc. Comentado”, “cit.”, p. 573.



*no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos*”; y la protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), la cual se traduce en la introducción a nivel legal del principio de interés superior de los hijos, como rector de las relaciones paterno-filiales (art. 154.II Cc.)<sup>6</sup>.

El Código civil recoge en sus artículos 108 a 141 la regulación de la filiación, redacción que procede de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Cc. en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Según MARTÍNEZ DE AGUIRRE, la reforma de 1981, pese a algunos defectos técnicos, merece un juicio global favorable, sobre todo en lo que supuso la desaparición de la injusta discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales<sup>7</sup>.

### **3. La adopción**

#### **3.1 Reformas y marco jurídico actual**

A partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 21/1987 se construye el régimen actual y vigente de la adopción, pero posteriormente se han llevado a cabo diversas reformas parciales:

La primera modificación fue a través de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* y afectó a aspectos sectoriales del articulado de la adopción. Esta ley, en su artículo 11, recoge los principios rectores de actuación en materia de protección, entre los que destacan, la “supremacía del interés del menor”; y el “mantenimiento del menor en el medio familiar de origen”. Esto ocurre cuando se da la situación de que el menor queda privado de asistencia moral y material que necesita en el seno familiar y además, necesita protección fuera de su hogar, con motivo de que su integridad física pueda estar en peligro. Es entonces cuando dichos principios entran en discrepancia, y, en todo caso, regirá el *principio general de interés superior del menor*, aunque suponga la separación de su familia, pues se le ofrecerá seguridad y protección.

La segunda reforma se produjo a través de la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*. Esta ley se estableció en alusión al matrimonio de personas del mismo sexo, posibilitando la

---

<sup>6</sup> “Derecho de Familia”, “cit.”, pp. 324-326.

<sup>7</sup> “Derecho de Familia”, “cit.”, p. 327.

adopción dual por homosexuales. Respecto a esto, algunos autores han manifestado que el legislador ha sobrepuesto el derecho a adoptar de las personas del mismo sexo sobre el principio del interés del menor, por cuanto consideran que conlleva una quiebra del principio “*adoptio imitatur naturam*”, privando en su caso al menor de ver reproducidos a su favor los efectos derivados de la filiación por naturaleza, es decir, una madre y un padre.

La tercera se llevó a cabo por la *Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional*, en la que un menor con residencia habitual en el extranjero y cumpliendo los requisitos para poder ser adoptado, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en la misma, bien después de su adopción en el Estado de origen o bien con la finalidad de constituir tal adopción en España. Esta ley se instaura con la finalidad de proteger los derechos de los menores que van a ser adoptados, así como los de las personas que quieren adoptar y las implicadas en el proceso de adopción internacional. Además, se reconoce el derecho de toda persona adoptada a conocer los datos de sus orígenes biológicos, incidiendo en lo expuesto en el apartado 5 del artículo 180 del Código civil.

Y por último, la cuarta reforma procede de la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, una reforma profunda tras la aprobación de la LOPJM, que junto a la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria*, terminan de conformar la regulación actual. El objetivo de aquella, junto a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, era adaptar los instrumentos de protección de menores a los cambios sociales, en aras del cumplimiento efectivo del artículo 39 de la CE y los instrumentos internacionales ratificados por España. En concreto, en materia de adopción, entre otras medidas, se regula más detalladamente la capacidad de los adoptantes y se incorpora una definición de la idoneidad para adoptar; se crea además, la figura de la “*guarda con fines de adopción y la adopción abierta*”, que permite al adoptado mantener relación con su familia de origen a través de visitas o comunicaciones, debiendo acordarlo un juez y se refuerza el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> “Contenido y novedades de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia”, Noticias Jurídicas (disponible en <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10409->

El Código civil determina el régimen jurídico de la adopción en sus artículos 175 a 180, los cuales recogen todos los aspectos necesarios que giran en torno a la adopción, fijan los requisitos y prohibiciones para ello, su constitución, así como los presupuestos necesarios y los efectos que se producen al constituirse el vínculo adoptivo.

En el ámbito internacional, es necesario destacar dos normas jurídicas. En primer lugar, la *Convención de los Derechos del Niño*, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en el año 1990, remarca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en éste como sujeto de derechos y el papel que desempeña en la sociedad. Así, el artículo 9 recoge el derecho del niño a vivir con su padre y con su madre, salvo que la separación sea necesaria para el interés superior del menor. De manera que es un derecho de éste mantener el contacto con ambos. Se trata de una cuestión significativa, por cuanto refuerza los derechos y las necesidades de la infancia, que constituyen los pilares fundamentales del sistema de protección a la infancia, así como de todos los recursos y medidas de protección que se derivan, de entre los que se destacan el acogimiento familiar y la adopción. Y, en segundo lugar, la aprobación por el Parlamento Europeo de la *Carta Europea de los Derechos del Niño*, en 1992, reflejó la preocupación y la necesidad existentes en cuanto a la protección de la infancia y estableció unos principios mínimos a tener en cuenta en aquellas cuestiones que afecten a los niños<sup>9</sup>.

### **3.2 Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores**

En la Comunidad Autónoma de Canarias, ante la importancia de los problemas que afectan a los menores, se aprobó la *Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores*, que trata de abordar, según su Exposición de Motivos, los problemas que afectan a uno de los colectivos más vulnerables de la sociedad, los menores, estableciendo que no solo deben llevarse a cabo las actuaciones administrativas procedentes para aquellas situaciones de inasistencia moral o material, como consecuencia del incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes legales de protección, sino principalmente desarrollar políticas de bienestar que beneficien su desarrollo integral y garanticen un nivel de vida adecuado a sus necesidades, de manera

---

[contenido-y-novedades-de-la-ley-26-2015-de-28-de-julio-de-proteccion-a-la-infancia-y-a-la-adolescencia/](#); última consulta 23/06/2019).

<sup>9</sup> “Contenido y novedades de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia”, “cit.”.

que puedan impedir o eliminar los riesgos que puedan darse en relación a la formación y desarrollo integral de los menores en la sociedad actual<sup>10</sup>.

Esta ley, actualmente, tras la reforma de nuestro Estatuto de Autonomía que entró en vigor el 6 de noviembre de 2018, se relaciona con lo recogido en el artículo 13, de “*Derechos de las personas menores de edad*”, que establece que “*tienen derecho a recibir la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar y social*” y que continúa, en su apartado 2 en que “*primará el interés y beneficios de las personas menores, en coordinación con los de la familia, en la aplicación e interpretación de normas, políticas y todo tipo de medidas orientadas a las mismas*”.

El Sistema de Protección Infantil es el encargado de garantizar seguridad y protección a los menores de edad que se encuentran en una situación de riesgo o desamparo, conceptos que aluden al nivel de gravedad de una situación de desprotección. Estos dos conceptos son definidos por esta Ley 1/1997, en sus artículos 41 y 46, respectivamente, determinando el riesgo como aquella situación que se produce como consecuencia de “*circunstancias personales, familiares o por influencias de su entorno*” y que perjudican al desarrollo personal o social del menor, pero que no alcanzan la gravedad suficiente para justificar la declaración de desamparo y por ende, la separación del menor de su familia. Sin embargo, la situación de desamparo es la que se produce de hecho “*a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral y material*”(art. 172.1 Cc.)<sup>11</sup>.

La distinción de estas situaciones es relevante por cuanto en la práctica las medidas a llevar a cabo en el sistema de protección infantil son diferentes. En una situación de riesgo no se tomarán medidas de separación familiar y la Administración Pública no asume la tutela del menor. En una situación de desamparo, sin embargo, se separará al menor de su familia de origen, se adoptarán medidas de protección para salvaguardar su integridad y bienestar, y será la Administración Pública la que asuma la tutela del menor.

---

<sup>10</sup> Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores («BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 1997).

<sup>11</sup> González Navasa, P., “Acogimiento familiar y adopción”, Shinè Psicología y Coaching, S.L en colaboración con la Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 2018.

En particular, en lo que a la adopción nacional se refiere, le dedica los arts. 73 a 76, los cuales regulan distintos aspectos del procedimiento de adopción. Primero, se ocupa del proceso a llevar a cabo para la declaración de idoneidad: los solicitantes que quieran adoptar, personas y parejas, matrimoniales o de hecho, deben reunir los requisitos del Código civil, ser residentes en Canarias y aceptar someterse al estudio de sus circunstancias sociofamiliares y psicológicas. Cuando sean declarados “idóneos”, se inscribirán de oficio en el registro administrativo correspondiente. En el supuesto de la “declaración de no idoneidad”, deberán expresarse motivadamente los motivos, de forma clara y comprensible, sin perjuicio del derecho a reclamar que tienen los interesados, que podrán presentar una nueva solicitud cuando las circunstancias que dieron lugar a dicha declaración negativa hubieran desaparecido. Segundo, trata sobre la selección de los adoptantes declarados idóneos, atendiendo a las circunstancias concretas que tenga el menor. En tercer lugar, se recoge la posibilidad de un período preadoptivo, no inferior a tres meses ni superior a un año, con una finalidad de adaptación del menor a la persona o familia seleccionada. Esto se producirá con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción y se formalizará así el “acogimiento familiar preadoptivo”. Finalmente y, en los términos expuestos en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el órgano competente de la Administración autonómica elevará la propuesta de adopción del menor con los interesados seleccionados, con los informes de idoneidad realizados, a la autoridad judicial competente.

### **3.3 Principios informadores del expediente de adopción**

Una vez asentada en el epígrafe anterior la regulación jurídica, es necesario establecer las siguientes pautas en las que se basa la adopción, que son las siguientes:

En primer lugar, se instaura el *principio de control administrativo de las adopciones*, con el fin de evitar el tráfico de niños, garantizar la idoneidad de los adoptantes y asegurar que la adopción sea beneficiosa para el menor, aspectos que considero claves para poder llevarla a cabo y ejercitar la patria potestad. De manera que, para poder iniciar los expedientes de adopción se precisa de una propuesta previa de la entidad

pública, como regla general y con independencia de si la adopción pretendida se refiere o no a menores en situación de desamparo<sup>12</sup>.

La adopción se constituye ciertamente por resolución judicial, es necesaria dicha propuesta de la entidad pública y previa a ésta podrá realizarse la declaración de idoneidad. Y así se deduce del apartado 2 del artículo 176 Cc., que dispone que la competencia atribuida a las entidades públicas en relación la promoción del expediente de adopción es exclusiva y de carácter objetivo. Exclusiva por cuanto es la Administración la única que puede promover la adopción; y con carácter objetivo ya que, como regla general, la propuesta administrativa se requiere para llevar a cabo el expediente de jurisdicción voluntaria. De esta manera, será la Administración la que se encargue de apreciar, en los supuestos de desamparo, si es la adopción la medida más conveniente o beneficiosa para el menor, así como de valorar la idoneidad de las personas que van a ejercitar la patria potestad<sup>13</sup>.

En atención al artículo 176.2 del Cc., no se requiere propuesta cuando concurra algunas de las circunstancias expuestas en el mismo respecto al adoptando, que son las siguientes:

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

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

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

*4.ª Ser mayor de edad o menor emancipado”.*

En los tres primeros supuestos podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya su consentimiento ante el Juez o se hubiera otorgado el mismo en documento público o en testamento. En estos casos, se incoará una simple solicitud del adoptante. Por tanto, en cuanto a la adopción *post mortem*, es necesario tener en cuenta dos cuestiones. La primera, que el consentimiento del adoptante o adoptantes, así como del adoptando mayor de doce años, deberá prestarse

---

<sup>12</sup> “Derecho de Familia”, “cit.”, p. 456.

<sup>13</sup> “Cc. Comentado”, “cit.”, p. 908.

en presencia del Juez y, es por ello, que el art. 176.3 Cc. sólo admite la adopción *post mortem* cuando fuera así. Y la segunda, que sólo se permitirá dicho consentimiento cuando se trate de los supuestos expuestos<sup>14</sup>.

Ahora bien, en lo que al requisito de idoneidad se refiere, cuando se den los supuestos especiales que no se precise propuesta previa de la Entidad Pública, tampoco se requerirá que se declaren idóneos los futuros adoptantes. En este último caso, conforme al artículo 35.1 de la LJV, éstos se dirigirán directamente ante el Juez, que será quien valorará la idoneidad<sup>15</sup>.

Por otra parte, se asienta el *principio adoptio imitatur naturam*, ya mencionado con anterioridad. Lo que supone que la adopción no sólo va a generar un “*status filii*”, es decir, una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, sino un “*status familiae*”, una relación plena de parentesco entre el adoptado y los parientes de quien lo adoptó<sup>16</sup>.

Y también, el *principio de primacía del interés del menor*, fundamental y de aplicación prioritaria en el procedimiento de la adopción. El interés superior del menor viene recogido en la LOPJM, en su artículo 2, estableciéndolo como un derecho a que sea “*valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado*”, así como su prevalencia sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. A estos efectos, el Tribunal Supremo argumentó que “[...] *el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores*”<sup>17</sup>.

Luego, a efectos de interpretación y aplicación del interés del menor en cada caso en concreto, este precepto recoge unos criterios generales que, sin perjuicio de legislación

---

<sup>14</sup> “Cc. Comentado”, “cit.”, p. 909.

<sup>15</sup> Mayor del Hoyo, M.V., *La Adopción en el Derecho Común Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 136-137.

<sup>16</sup> “Derecho de Familia”, “cit.”, p. 456.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio 565/2009.

específica aplicable, deberán ser tenidos en cuenta. Podríamos destacar, en lo que a la adopción en concreto se refiere, los siguientes: el desarrollo del menor; la satisfacción de las necesidades básicas, sobre todo las educativas, las emocionales y las afectivas; la consideración de las opiniones del menor; el desarrollo en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; la preservación de su identidad, así como de sus ideologías y convicciones.

Llegados a este punto, se hace necesario destacar los criterios que deberán ponderarse y que regula el citado art. 2 de la LOPJM, en su apartado 3, que son los siguientes:

*“a) La edad y madurez del menor.*

*b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.*

*c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.*

*d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.*

*e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.*

*f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores”.*

Estos elementos deben ser valorados conjuntamente, de forma que la medida a adoptar en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara, respetando los principios de necesidad y proporcionalidad.

Por otro lado, el interés del menor, en el régimen de nuestro Código civil, se sobrepone, en ciertos casos, al interés de sus progenitores si se aprecia la amplitud con que se regulan los supuestos en que la voluntad de los progenitores no es obstativa a los efectos



de constituir el vínculo adoptivo; se sobrepone además al de los adoptantes y siempre al de las demás personas a quienes afecta la adopción. Por ello, cobra tanta importancia el consentimiento del adoptando mayor de doce años, la necesidad de una valoración judicial en orden al interés del menor y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, como bien se ha manifestado. Por último, el interés del menor se sobrepone al de quienes detentan la tutela o guarda de hecho sobre el adoptando, pues, las decisiones de estos no son decisorias a efectos de impedir la constitución del vínculo adoptivo<sup>18</sup>.

### **3.4 Elemento subjetivo de la adopción**

Ciertamente en la constitución de la adopción intervienen diversidad de personas, pero son el adoptante o adoptantes y el adoptado quienes conforman el elemento personal y esencial de la misma.

#### **A. Elemento subjetivo activo: Los adoptantes**

##### **a.1. La adopción unipersonal y la adopción dual**

Del apartado 4 del artículo 175 del Cc. se deduce que una persona puede ser adoptada por otra, a la que se denomina “*adopción unipersonal*” y que puede ser adoptada también por dos personas, denominada “*adopción dual*”, en reproducción de la filiación por naturaleza, con dos adoptantes que no necesariamente serán mujer y hombre, ya que a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, se reguló la adopción por parejas del mismo sexo.

Además, se da la posibilidad al cónyuge que se ha casado a adoptar al menor de su consorte, así como a la pareja constituida posterior a la adopción. Así, podemos distinguir entre una adopción dual conjunta, en el primer caso; y sucesiva, en el segundo.

Puede ocurrir también, que en la pareja o matrimonio sólo sea uno el que desea adoptar y esta opción es válida y legalmente posible, de manera que es de apreciar que no existe asimilación necesaria entre adopción dual y matrimonio o pareja estable. Esta situación puede darse, debiendo cumplir los requisitos del art. 177.2.1º del Cc., pues, es necesario que medie asentimiento por parte del cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, debido a las consecuencias personales y

---

<sup>18</sup> “Derecho de familia”, “cit.”, p. 456.

patrimoniales que se derivan de la adopción en lo que a los intereses familiares comunes de ambos cónyuges se refiere. Este asentimiento puede traducirse en una autorización y a la vez en una aceptación de todo lo que la adopción producirá. Esta posibilidad ciertamente me sorprende, pues, la decisión de adoptar es una decisión importante y trascendental para la vida de una persona y que, cuando la compartes con una pareja, obviamente va a repercutir en todos los aspectos, sobre todo, en el desarrollo del menor. Luego, no logro entender cómo puede adoptar una persona que vive en pareja, sin que ésta forme parte del vínculo jurídico que se crea, una situación tan relevante ya que se trata de una nueva relación de filiación, de parentesco, que en nada discriminan nuestras normas respecto a la filiación por naturaleza, en lo que a la equiparación de efectos se refiere.

El Código civil además, recoge un supuesto particular introducido en el año 2015, es el apartado 5 de su artículo 175. Aunque dicho texto legal recoge, como regla general, que es necesario que los adoptantes estén casados o se trate de una pareja unida por análoga relación de afectividad, este apartado permite, dándose una serie de circunstancias, que puedan llevar a cabo la propuesta de adopción cuando exista ruptura entre ellos. Es la Ley 26/2015 la que, por primera vez, regula los efectos de la separación o divorcio en una adopción en tramitación. El artículo 175.5 Cc. permite esta posibilidad cuando el adoptando se encontrase en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción y exista separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los adoptantes en momento anterior a la propuesta de adopción, debiendo constar de forma fehaciente y acreditarse la convivencia efectiva del menor con ambos cónyuges o pareja durante al menos dos años anteriores a dicha propuesta.

Esta posibilidad, en mi opinión, es desacertada totalmente, por cuanto en la práctica no tiene sentido alguno que una pareja que ha decidido separarse, aun cumpliéndose los requisitos expuestos, pueda llevar a cabo un proceso de adopción, yendo en contra del principio de interés superior del menor y debilitando el principio de garantía de una estructura estable. Pues realmente no creo que sea lo más beneficioso para el menor estar con los adoptantes separados, debiendo además, entrar a considerar el régimen de custodia. Por ello, considero que si da esta situación debe constituirse una adopción unipersonal, que uno de los miembros de la expareja, tras los requisitos e idoneidad a valorar en una adopción, el mejor, sea el que adopte al menor.

Así, la doctrina por su parte, ha apuntado incluso que, la Administración debería reevaluar la idoneidad de los solicitantes de la adopción, ya que las circunstancias que justificaron la previa declaración administrativa de idoneidad han cambiado<sup>19</sup>.

## **a.2. Capacidad para adoptar: requisitos y prohibiciones**

La capacidad para adoptar en el actual régimen jurídico viene determinada, por un lado, por la exigencia de unos requisitos referidos a la edad del adoptante (art. 175.1) y la capacidad para prestar el consentimiento (art. 177.1 Cc.); y, por otro, por la ausencia de prohibiciones legalmente establecidas (arts. 175.1 y 175.3 Cc.).

En relación con el adoptante, se requiere que sea mayor de veinticinco años y, en todo caso, la diferencia de edad con el adoptando sea de, al menos dieciséis años y máximo cuarenta y cinco años, salvo en los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 176 Cc., y cuando se decida adoptar a grupos de hermanos o con necesidades especiales, que podrá ser superior. El primer requisito responde a la exigencia de ofrecer al menor una situación consolidada y, el segundo, en el principio de regulación de la adopción imitando a la naturaleza<sup>20</sup>.

Respecto a la edad, existe alguna que otra crítica con motivo de que la edad sea superior a la mayoría de edad (18 años) y a la edad para contraer matrimonio (16 años). Aunque en contraposición a esto, considero que la edad establecida para adoptar es adecuada y no es comparable, por cuanto hablamos de la necesidad de protección de un menor que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad. Además, es necesario tener en cuenta que las circunstancias de una persona de dieciséis y dieciocho años no se prevé que sean las mismas que una de veinticinco, pues, es más probable que éstas cuenten con una estabilidad personal, familiar, laboral, social y económica más consolidada, más favorecedora para el adoptando.

En referencia a la diferencia mínima de edad, la cual se ha ido elevando progresivamente a través de diversas leyes, ha sido finalmente la Ley 26/2015 la que ha establecido los dieciséis años, probablemente para adaptarla a las previsiones del Convenio europeo en materia de adopción, a pesar de que dicho extremo cuenta solo con carácter preferente (art. 9.1). El Consejo General de Poder Judicial, por su parte, calificó la elevación de dicha edad como “*adecuada*”, manifestando que “*con ello se*

---

<sup>19</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”, p. 51.

<sup>20</sup> “Derecho de Familia”, “cit.”, p. 459.

*viene a procurar que las diferencias de edad entre los padres e hijos de la familia por adopción sean similares a las de la familia biológica”.*

A diferencia de lo anterior, el requisito de la diferencia máxima de edad ha sido objeto de debate. Como consecuencia de ello, las Administraciones públicas de las Comunidades Autónomas aprobaron en su normativa este criterio de límite máximo para valorar la idoneidad, o en ocasiones, para proceder a la selección de los solicitantes ya declarados idóneos. La cifra fijada por los legisladores autonómicos no ha sido uniforme, viendo por ejemplo que en Comunidades como Castilla y León, Extremadura, Galicia y Madrid han establecido el límite en cuarenta años y en la Comunidad de Canarias, en cincuenta<sup>21</sup>, significándose la desigualdad en las posibilidades de adoptar, dependiendo de la norma autonómica aplicable.

Es necesario destacar, respecto a estos criterios o requisitos exigibles, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse, manifestando la vulneración del principio de no discriminación, en relación con los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estos preceptos regulan el derecho al respeto a la vida privada y familiar y la prohibición de cualquier tipo de discriminación, respectivamente<sup>22</sup>.

En cuanto a las prohibiciones para adoptar previstas legalmente han evolucionado a lo largo del tiempo. En un principio se centraban en la figura del adoptante y actualmente en la protección e interés del menor adoptado. Así, no podrán adoptar aquellas personas que no puedan ser tutores conforme al Código civil (art. 175.1), una prohibición con carácter absoluto; y respecto al adoptando, no podrán ser adoptados los descendientes y los parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad, ya que la relación de parentesco existente hace innecesario constituir una adopción; y los huérfanos por su tutor hasta que se apruebe de forma definitiva la cuenta general justificada de la tutela (art. 175.3), pues tiene como finalidad evitar que se eluda la responsabilidad derivada de una deficiente administración de los bienes del pupilo, a través de la figura de la adopción. Estas prohibiciones, a diferencia de la anterior, tienen carácter relativo, ya que efectivamente excluyen la adopción entre determinadas

---

<sup>21</sup> Decreto 137/2007, de 24 de mayo, por el que se regulan los procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción y el Registro de Adopción.

<sup>22</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”, p. 68.

personas, pero no ocasionan la exclusión absoluta como adoptantes de aquellos a quienes afectan<sup>23</sup>.

### **B. Elemento subjetivo pasivo: El adoptado**

En relación con el adoptando, sólo se establece, como regla general, que debe ser menor no emancipado. Excepcionalmente, se permite la adopción de un menor emancipado o de un mayor de edad, cuando hubiere existido una situación de acogimiento o de convivencia con los adoptantes, de al menos un año y así lo recoge el art. 175.2 Cc.

Es lógico que se considere la adopción de los “menores no emancipados”, ya que con la emancipación la persona adquiere capacidad para el correcto desarrollo de su propia vida y, en consecuencia, no es necesaria su protección. La emancipación, legalmente, puede tener lugar cuando se alcanza la mayoría de edad o por concesión, de aquellos que ejerzan la patria potestad o por vía judicial.

Por otra parte, no es requisito recogido por nuestro Código civil que para la adopción del menor no emancipado sea declarado en situación de desamparo previamente, aunque ciertamente no hay que olvidar que la adopción está diseñada para la protección de menores y se presenta como alternativa para un menor en situación de desamparo.

Respecto a la citada excepción de la adopción del menor emancipado o del mayor de edad, efectivamente ha supuesto críticas, por cuanto se dan adopciones de difícil justificación, como pueden ser aquellas adopciones privadas o sin intermediarios administrativos, ya que en este tipo de adopción no se requiere propuesta de la Entidad pública; o las adopciones extranjeras que no se han terminado de formalizar, es decir, aquellas que se producen en otro país y que en España no superan el control de legalidad establecido.

Por último, es interesante apuntar el debate de la adopción de los concebidos no nacidos o “*nasciturus*”. Un sector de la doctrina defendía la adopción del “*nasciturus*”, por cuanto el art. 29 Cc., aun estableciendo que la personalidad jurídica viene determinada por el nacimiento, establece que al concebido se le tendrá por nacido para todos los efectos que sean favorables, manifestando que la adopción lo es. Este debate concluyó con la dictada Ley de 1987, ya que estableció que el asentimiento de la madre, necesario

---

<sup>23</sup> “Derecho de Familia”, “cit.”, p. 460.

para constituir la adopción, no podía ser prestado hasta treinta días desde la fecha del parto y, por tanto, excluyendo la adopción del que aún no había nacido.

Actualmente, el art. 177.2 del Cc., con la Ley de 2015, amplía aún más dicho periodo, disponiendo a fortiori que el asentimiento de la madre no lo podrá prestar hasta transcurridas seis semanas desde el parto. Una cuestión recogida de igual forma en el Convenio Europeo<sup>24</sup>.

### **3.5 La adopción abierta**

La denominada “*adopción abierta*” es la posibilidad que ha introducido la Ley 26/2015, a través del art. 178.4 Cc. de que se mantenga relación o contacto con la familia de origen, sea a través de visitas o comunicaciones, pero se podrá llevar a cabo solo cuando el interés del menor lo aconseje, atendiendo a su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia, cuestiones a valorar por la Entidad Pública.

El Juez deberá oír al niño cuando sea menor de doce años, debiendo atender a su edad y madurez. Una vez constituida la adopción, el Juez podrá determinar la adopción abierta, debiendo concretar la periodicidad, duración y condiciones de la relación, todo ello a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y, en todo caso, con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre cuando fuere mayor de doce años.

A lo largo de esta relación, la Entidad Pública se encarga de remitir al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años si procediesen y, una vez transcurridos, se emitirán solo a petición del Juez.

Asimismo, se podrá solicitar la suspensión o supresión de las visitas o comunicaciones, por parte de la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, cuando fuera mayor de doce años.

Junto a esta excepción, encontramos también los supuestos recogidos en el art. 178.2 Cc., ya que igualmente se mantienen los vínculos jurídicos con la familia del progenitor y será cuando el adoptados sea hijo del cónyuge o de la persona unida por análoga relación de afectividad, aun cuando el consorte o la pareja hubiera fallecido; y cuando

---

<sup>24</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que lo solicite el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

## **4. El proceso de la adopción**

### **4.1 Introducción**

Llegamos a uno de los puntos más relevantes de esta figura, el desarrollo del proceso de la adopción. Un proceso largo en el tiempo, en general; y complejo, pues conlleva muchos aspectos a valorar y pautas a seguir de forma minuciosa, ya que el fin es una adopción con garantías.

Es necesario apuntar que los tiempos de espera, en la adopción, varían en función de las características del menor, pues, es lógico que sea más sencillo adoptar a un bebé recién nacido, que a un adolescente o a un menor con necesidades especiales. De manera aproximada, el tiempo medio de espera de los adoptantes es el siguiente<sup>25</sup>:

- Si desean adoptar a un menor de entre 0 y 3 años, sin necesidades especiales, será de siete años;
- Si aceptan la condición de que sean dos menores entre 0 y 7 años, será de cinco años;
- Si el menor es mayor de 8 años, será de cuatro años;
- Y, por último, si aceptan la adopción de menores con discapacidades físicas, enfermedades crónicas o discapacidades psíquicas, el tiempo de espera se reduce notablemente, está entre uno y cuatro años, uno y tres años y uno y dos años.

En cuanto al procedimiento, primero se llevará a cabo una fase en vía administrativa y otra en vía judicial.

### **4.2 Actuación administrativa previa**

La adopción, como es sabido se constituye por resolución judicial, pero previamente se lleva a cabo esta fase previa, atribuida a la Administración, con carácter exclusivo y objetivo.

---

<sup>25</sup> "Acogimiento familiar y adopción", "cit".

En primer lugar, es necesario determinar que son las Comunidades Autónomas, con carácter exclusivo, las Entidades públicas competentes para llevar a cabo todas las actuaciones previstas en el Cc. en relación con la adopción. Y esto es así, en base a lo expuesto en la Constitución española, en su artículo 148.1.20, que otorga a las Comunidades Autónomas las competencias en “asistencia social” y por ende, los servicios y funciones en materia de protección de menores.

En segundo lugar, y, como aspecto muy destacable en el proceso de adopción, encontramos la “declaración de idoneidad”. La idoneidad es entendida por nuestro Cc., en su art. 176.3, como *“la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”*. Definición que, actualmente, está igualmente recogida en el art. 10.1 de la Ley 54/2007 para las adopciones en el extranjero. Y es así por la Ley 26/2015, pues se ha querido hacer coincidir esta valoración de idoneidad en la adopción nacional e internacional, de forma que los solicitantes de adopción tengan la posibilidad de acceder a la tramitación de la misma en los dos ámbitos.

La declaración de idoneidad, tal y como establece el artículo 176.3.II Cc. *“requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias”*. Lógicamente, aquellas personas que se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, así como quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública, no podrán ser declarados idóneos.

En cuanto a las normas internacionales, el Convenio Europeo en materia de adopción de menores también recoge, en su artículo 10, este requisito de la idoneidad para que resulte una adopción exitosa, constituyéndose, por tanto, como un deber de la autoridad competente<sup>26</sup>.

### **A. La propuesta de adopción**

El expediente de adopción comienza con la propuesta de adopción realizada por la Entidad pública competente a presentar ante el Juez, tal y como se expone en el art. 176.2 Cc. y 35.1 de la LJV.

---

<sup>26</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.



En la Comunidad Autónoma de Canarias y en aplicación del art. 39 de la CE, que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en especial, de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, la entidad pública con competencias en materia de protección de menores es la Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia de la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias.

La propuesta de adopción debe contener de forma expresa las condiciones personales, familiares y sociales, así como los medios de vida de los adoptantes y sus relaciones con el menor, debiendo justificarse las razones de la elección de aquéllos; en segundo lugar, cuando sea necesario prestar asentimiento o ser oídos, se debe determinar el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante o persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad, o el de los progenitores, tutor, familia acogedora o guardadores del adoptando; y, en tercer lugar, si el asentimiento prestado ha sido ante la Entidad Pública o en documento público (art. 35.2 LJV). Respecto a éste último apartado, es una posibilidad que otorga el art. 37.1 de la LJV y, además, no será preciso citarlos ante el Juez, salvo cuando hubieran transcurrido más de seis meses desde dicho acto.

A dicha propuesta se deberán acompañar los documentos que acrediten lo anterior, la declaración de idoneidad del adoptante previamente emitida por la Entidad pública, así como los informes o documentos que se consideren necesarios, conforme a lo dispuesto art. 35.4 de la LJV. Todo ello con la finalidad de estudio en profundidad por el Juez, de cara a una futura adopción, debiendo atender al interés del menor y la idoneidad de los adoptantes<sup>27</sup>.

### **4.3 Proceso judicial de adopción**

#### **A. Inicio del expediente judicial**

Una vez presentada la propuesta de adopción por la Entidad pública o, en su caso, solicitada la adopción, en los supuestos excepcionados en el art. 176.2 Cc., ante el Juez competente, se inicia la segunda fase, el procedimiento judicial de adopción.

El procedimiento de adopción se tramita a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. La Ley de Jurisdicción Voluntaria lo regula en el Capítulo III del Título II.

---

<sup>27</sup>“La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

El cauce procedimental se articula a través de la jurisdicción ordinaria, de manera que se ha mantenido como estaba dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, si bien es cierto que, a priori, el proceso de adopción no se adentra en la jurisdicción contenciosa, cuestión que el Tribunal Constitucional ha respaldado, señalando que el art. 24 de la Constitución *“no impone cauces procesales determinados, siempre que se respeten las garantías esenciales para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables”*, hay que decir que si existe oposición el expediente sí se hará contencioso. Así, pretendida la necesidad de asentimiento por parte de los padres, según dispone el art. 37.2 de la LJV, la tramitación del expediente de adopción seguirá por el cauce del art. 781 de la LEC. Este precepto dispone que, suspendiéndose el expediente, el Letrado de la Administración de Justicia otorgará quince días para presentar la demanda correspondiente, de la cual conocerá el mismo Tribunal del procedimiento de origen, formándose pieza separada, con arreglo al art. 753 de la LEC. Tras ser oídas las personas que deben prestar el asentimiento, se resolverá sobre la adopción, lo que constituye la excepción a lo dispuesto por el art. 17.3 de la LJV.

En cuanto a la competencia judicial, corresponde al Juzgado de Primera Instancia de la sede de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante (art. 33 LJV). No obstante, si en la circunscripción hay Juzgado de Familia, le corresponderá a éste sustanciación del procedimiento, de acuerdo con el art. 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El expediente cuenta con carácter preferente, en cuanto a su tramitación, e intervendrá el Ministerio Fiscal. En cuanto a la postulación, no es preceptiva la asistencia de Letrado ni Procurador, sin perjuicio de que puedan disponer de la misma si lo desearan, a excepción de cuando se presente recurso contra la resolución del Juez y cuando se formule oposición, que sí es preceptiva.

La intervención del Fiscal es necesaria por cuanto la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, establece que es función de éste *“tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público y social, en los procesos relativos al estado civil”* (art. 3.6), así como *“intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores”* (art. 3.7). De conformidad con lo expuesto, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria establece en su art. 4 que el Ministerio Fiscal intervendrá *“cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o*

*una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare”.*

Sobre la postulación, no es preceptiva la asistencia de Abogado y Procurador, cuestión que ciertamente me sorprende, respecto a la defensa técnica que podría realizar el Letrado en un procedimiento con importantes intereses en juego, al tratarse de un menor. Y que, como consecuencia de ello, otorga al Juez una amplia iniciativa que, en virtud del principio de oficialidad, tiene libertad para decidir en beneficio del menor y cuenta con amplias facultades probatorias<sup>28</sup>.

Por último, es importante destacar la vigencia del principio de reserva en el procedimiento de adopción. La publicidad de los expedientes administrativos y judiciales referidos a la protección de menores tiene límites, siendo necesario salvaguardar la intimidad de los implicados u otros fines protegibles<sup>29</sup>.

La adopción se constituye como un instrumento de integración familiar que hace que un menor adquiera protección, adentrándose en un ámbito familiar que supone la ruptura del vínculo jurídico con la familia anterior. La Ley 21/1987 facilita dicha integración a través de la reserva de actuaciones, con la finalidad de evitar interferencias de la familia de origen. Así, dio al art. 1826.2 de la LEC de 1881 la siguiente redacción *“todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cual sea la adoptiva”*, por un lado. Y por otro, en la Disposición Adicional Primera dispuso la obligación de reserva además en el ámbito administrativo, estableciendo que *“las personas que presten servicios en las Entidades públicas o en las Instituciones colaboradores, están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción”*.

Aunque hay que decir que con las sucesivas reformas esto se ha visto matizado, ya que se ha ido introduciendo el derecho a conocer los orígenes biológicos. El apartado 5 del art. 180 del Cc. español, dispone la obligación de las Entidades públicas a conservar los datos del adoptado, al menos durante cincuenta años desde la adopción se haya hecho definitiva. Todo ello con el fin de que las personas adoptadas puedan ejercitar su derecho a conocer sus orígenes biológicos, durante su minoría de edad a través de sus

---

<sup>28</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

<sup>29</sup> Alonso Crespo, E., *Adopción nacional e internacional*, La Ley Actualidad, S.A., Madrid, 2004, p. 140.

representantes legales o una vez alcanzada la mayoría de edad. De manera que, a estos efectos, toda entidad privada o pública tendrá la obligación de facilitar a las Entidades públicas y al Ministerio Fiscal, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen, tal y como dispone el apartado 6 de dicho precepto<sup>30</sup>.

## **B. Desarrollo del procedimiento judicial de adopción**

GARCIMARTÍN MONTERO observa que, como sucede normalmente en los expedientes de jurisdicción voluntaria, la tramitación de la adopción no está predeterminada legalmente, de manera que no se da una sucesión de actuaciones concretas, quedando a discrecionalidad del Juez. No obstante, se considera que lo oportuno sería comenzar con la manifestación de voluntades, siguiendo con la prueba y terminando con la correspondiente resolución judicial.

Es necesario, en primer lugar, distinguir las distintas clases de declaraciones de voluntad, en función del grado de implicación de la persona en la adopción y la eficacia que les otorga, que son: el consentimiento, el asentimiento y la audiencia, recogidas en los arts. 36 y 37 de la LJV.

### **b.1. Especial consideración al consentimiento y al asentimiento**

El consentimiento se configura en el art. 177.1 Cc., lo deberán prestar, en presencia del Juez, aquellas personas que formen parte de la adopción, es decir, el adoptante o adoptantes y el menor, cuando sea mayor de doce años, edad considerada según la doctrina y jurisprudencia en la que el menor tiene la suficiente madurez y capacidad intelectual para entender la situación, constituyendo una excepción a la capacidad de obrar general. El consentimiento se traduce en la emisión de una declaración manifestando su voluntad de adoptar a alguien en concreto, en cuanto al adoptante; y la voluntad de querer ser adoptado por ese alguien en particular, respecto al adoptando. Esta declaración de voluntad es imprescindible y se configura como un acto jurídico voluntario, personalísimo, irrevocable, puro y formal.

Será el Letrado de la Administración de Justicia, conforme al art. 36 de la LJV, quien citará a los comparecientes, debiendo tener el adoptando más de doce años.

Formalmente, el consentimiento debe otorgarse de forma libre, conforme lo legalmente requerido y por escrito, con información previa de sus consecuencias, tal y como

---

<sup>30</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

establece el art. 177.4 Cc. El Convenio Europeo, en su art. 5.2, se manifiesta en el mismo sentido<sup>31</sup>.

Existe la posibilidad de “desistir”, esto es, que aquel que consintió puede retractarse, antes de que el Juez dicte la resolución constitutiva procedente. De manera que no se constituiría la adopción.

El asentimiento por su parte, siguiendo el mismo precepto 177 Cc., pero esta vez en su apartado 2, establece que deberán asentir aquellas personas que no sean parte, esto es, el cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad, salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste de forma fehaciente, excepto cuando la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta; y los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, salvo cuando estuvieren privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal con dicho fin, o la tuvieren suspendida transcurridos dos años desde la notificación de la situación de desamparo, sin oposición a la misma o presentada en plazo, haya sido desestimada<sup>32</sup>.

La doctrina del TS es unánime en considerar que el momento en que debe determinarse si el padre estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad es el de la declaración de desamparo, así lo recoge la jurisprudencia en relación al caso que resuelve sobre el asentimiento del padre biológico incurso en causa de privación de la patria potestad<sup>33</sup>.

Con carácter especial, el asentimiento de la madre deberá prestarse una vez hayan transcurridos seis semanas desde el parto. Y además, en lo que se refiere al carácter concreto o abstracto de la autorización de efectos por parte de estos sujetos, hay que decir que en aquellas adopciones que se exijan propuesta previa, no se admitirá el asentimiento de los progenitores referido a adoptantes determinados. Esto es así, ya que en caso contrario, supondría una injerencia en la labor de selección de los adoptantes que realiza la Entidad pública.

---

<sup>31</sup> Artículo 5.2 *“las personas cuyo consentimiento se requiere para la adopción deberán proveerse de los asesoramientos necesarios y estar debidamente informadas acerca de las consecuencias de su consentimiento, en especial acerca del mantenimiento o la ruptura, a causa de una adopción, de los vínculos legales entre el menor y su familia de origen. Este consentimiento deberá otorgarse libremente en la forma legal requerida, y deberá presarse o hacer constar por escrito”*.

<sup>32</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 36/2012.

El asentimiento de estos sujetos se configura como una manifestación de voluntad que, si bien es cierto que no son parte en el vínculo adoptivo, sus derechos e intereses pueden verse afectados en diverso modo. Constituyéndose como *conditio sine qua non* para la válida constitución de la adopción, aunque ha de decirse que, en ocasiones, la jurisprudencia menor (de las Audiencias provinciales), así como algún autor, se ha mostrado a favor de la válida constitución de la adopción aun con la oposición de aquellos que deben asentir. Pero actualmente no existe ninguna controversia en cuanto a esto, ya que está bien asentada la idea de que la negativa de estos impide la adopción.

Ahora bien, a diferencia del régimen del consentimiento que es más rígido, el del asentimiento es más flexible, por cuanto el Código civil admite la posibilidad de que cuando el asentimiento sea preceptivo y las personas obligados a ello se hallan imposibilitadas de hacerlo, se encuentran en paradero desconocido siendo imposible su localización y citación o si, citadas, no comparecen, pueda prescindirse de él. El fin de esta posibilidad es no obstaculizar la adopción como medida de protección de menores que es, evitando que un menor que se encuentra desprotegido no pueda acceder a esta medida de integración familiar.

Por otra parte, no serán citadas aquellas personas que, siendo necesario su asentimiento, ya lo hubieran prestado con anterioridad a la iniciación del expediente ante la correspondiente Entidad pública o en documento público, salvo que hubieran transcurrido más de seis meses de ello (art. 37.1 LJV).

Hay que resaltar que ciertamente no se exige la declaración de voluntad favorable de todos lo que pudieran verse afectados, pues obstaculizaría en gran medida el procedimiento de adopción, pero sí de aquellos que formen parte del círculo más cercano e íntimo, ya que considera el legislador que son los que más incidencia pueden tener en el desarrollo de este proceso para que resulte exitoso, reduciéndose, como bien se ha dicho, a los padres biológicos del adoptando y al cónyuge o persona unida por análoga relación. Así, quedan al margen aquellas personas que pueden quedar afectadas, pero que en algunos casos sí que se valora y deben ser oídos, como son el tutor, la familia acogedora y el guardador del adoptando.

A estos efectos, es importante resaltar el supuesto que regula el art. 172 Cc., que es cuando la Entidad Pública tiene encomendada la protección de un menor que se encuentra en situación de desamparo y tiene que llevar a cabo las medidas de protección

precisas para su guarda. En este caso, la resolución administrativa que declara la situación de desamparo, las medidas a adoptadas y, lógicamente las causas que dieron lugar, se notifica a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública supone la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, sin perjuicio de los actos de contenido patrimonial que quieran realizar los progenitores o tutores en representación e interés del menor, que serán válidos. Además, la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal cuentan con la potestad de promover la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela, si procediese<sup>34</sup>.

La Sentencia 24/2019, de 8 de febrero, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 6 de Toledo, recoge este supuesto. En concreto, la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores de la Dirección Provincial de Bienestar Social de Toledo de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha presentó ante dicho Juzgado propuesta de adopción de una menor. Una vez tramitada la solicitud, se libraron las comunicaciones y exhortos correspondientes para ser oídos los adoptantes y la Entidad Pública, así como para que los padres biológicos prestasen asentimiento, los cuales se opusieron. Ciertamente, según el art. 177.2 Cc. y con carácter general, los progenitores deben asentir en la adopción, pero no es menos cierto que dicho precepto dispone que no será necesario el asentimiento de los progenitores *“que tuvieran suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada”*. Esto es precisamente lo que recoge esta sentencia, respecto al caso concreto, ya que el art. 172.2 establece que transcurridos los dos años, el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas respecto del menor decae y, como consecuencia de ello, es el Ministerio Fiscal el único legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública. Y por consiguiente, el asentimiento de estos padres biológicos no es necesario, máxime cuando la declaración de situación de desamparo en la resolución precedente, fue confirmada por sentencia y no fue recurrida en apelación por los mismos. Además, posteriormente, cuando se acordó el acogimiento familiar preadoptivo de la menor, tampoco fue recurrido el auto en apelación. De manera que, se

---

<sup>34</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

concluye que los padres biológicos no pueden oponerse a la adopción y es por ello que, la Sentencia declara la falta de legitimación pasiva de los mismos.

## **b.2. La Audiencia**

La Audiencia tiene por finalidad oír a aquellas personas que sean parte o no, se considere relevante para valorar el interés del adoptando, así como la conveniencia o no de la adopción, siempre que no proceda su consentimiento o asentimiento.

El Juez deberá oír al menor que tenga menos de doce años, debiendo atender a su edad y madurez, el cual siendo parte, no se le presupone capacidad para prestar consentimiento y, a aquellos que no siendo partes, quedan afectos por adopción, que son: en primer lugar, los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la constitución de la adopción, esto es, cuando el adoptando se halle emancipado.

En segundo lugar, el tutor, cuestión difícil de justificar por cuanto podría pensarse que lo lógico es que prestase asentimiento. Las razones de ello radican en el sistema de tutela que se instaura en España a partir de la *Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela*, un sistema ejercido bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (art. 216 Cc.). Y consecuentemente, la inclusión del tutor en el trámite de audiencia ya que, en caso contrario, si prestase asentimiento, las decisiones del Juez podrían verse condicionadas por la voluntad del tutor, además de que la adopción se considera más conveniente que la tutela y, por tanto, se deduce también que por ello la voluntad del tutor no debe ser decisiva<sup>35</sup>.

En tercer lugar, se debe oír a la Entidad pública, cuando el adoptando lleve más de un año en guarda con fines de adopción por el adoptante.

En cuarto lugar, a la familia acogedora, introducido en el apartado 3 del art. 177 Cc. por la Ley 26/2015, esto es, a quienes sean acogedores del menor, en el momento de tramitación del expediente, refiriéndose en todo caso a aquéllos y no a otros posibles miembros de su familia que pudiese haber, como hijos, padres, etc., y excluyéndose aquellas personas que ejercen un acogimiento residencial.

En último lugar, al guardador o guardadores, es decir, la persona que ejerce o tiene atribuida la guarda, con cierta consistencia sustantiva y temporal. La audiencia será

---

<sup>35</sup> "Cc. Comentado", "cit.", p. 915.



preceptiva de quienes son guardadores de hecho con arreglo a los términos del art. 303 Cc. y ss., o los que pudieran tener atribuida dicha guarda, como pueden ser “*los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea*”, conforme al art. 103.1 Cc.; así como las personas a las que el Juez, de manera eventual, pudiera atribuir la guarda con base en el art. 158.6 Cc.

Por otro lado, la figura del “Director o responsable” del centro donde esté acogido el menor, siguiendo el art. 172 ter CC. (acogimiento residencial), como asimilado a guardador, puede prestar su opinión acerca del menor y su entorno, a valorar por el Juez.

Las declaraciones de estos sujetos no serán vinculantes para el Juez, siendo su valoración discrecional. Y así lo recoge el art. 177.3 Cc., del que se desprende que se trata de un trámite preceptivo, además de su fundamento en el art. 24.1 de la CE, que establece que “*deberán ser oídos*”, salvo en el supuesto del apartado 3 del art 38 de la LJV, que será cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de la persona citada o no compareciese, siendo a todos los efectos la adopción igualmente válida, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 180.2 CC que reserva el derecho de los progenitores a solicitar la extinción de la adopción cuando, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente conforme al art. 177 de dicho texto legal<sup>36</sup>. El Tribunal Supremo por su parte, declara que cuando es preceptivo, la omisión del trámite de audiencia en la adopción constituye un defecto esencial que afecta a la validez de la adopción que se hubiera constituido<sup>37</sup>; y que “la falta de un trámite legal, como es la audiencia de la madre, sin culpa de ella, produce la nulidad de la adopción, porque esa infracción adquiere dimensión constitucional al producir indefensión y constituir, en consecuencia, una vulneración del art. 24.1 de la Constitución”<sup>38</sup>.

### **C. Diligencias probatorias**

El hecho de que la adopción se sustancie a través de un expediente de jurisdicción voluntaria tiene como beneficio respecto a la prueba, que se facilita la aportación de informes, documentos o cualquier otro tipo de información relevante para el caso en cuestión.

---

<sup>36</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1985.

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001; y Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre 143/1990.

Las diligencias probatorias pueden tener lugar a instancia de parte, esto es, a propuesta del solicitante, de quien sea parte o tenga un interés legítimo; del Ministerio Fiscal, ya que éste intervendrá cuando afecte al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés del menor (art. 4 LJV); y de oficio, por el Juez cuando lo estime necesario, una vez se han prestado los preceptivos consentimientos y asentimientos, así como tras el trámite de audiencia (art. 39.1 LJV). Además, será el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia, dependiendo a quien sea el competente para conocer del expediente, quien decidirá sobre la admisión de los medios de prueba propuestos (art. 5 LJV).

De lo anterior, puede deducirse que en el expediente de adopción rige el denominado principio de oficialidad y no el principio de aportación de parte, concediendo amplias facultades probatorias al Juez, fundamentadas, por un lado, en la existencia de un interés público, ya que nos encontramos ante la constitución de un vínculo de filiación y, por otro lado, lo habitual es la concurrencia del interés de un menor que necesita protección. El Tribunal Constitucional por su parte, manifiesta que el fin es que se obtenga y verifique toda la información por parte del Juzgado, que reafirme que la medida a acordar resulte beneficiosa para el menor, pues son sus intereses los que prevalecen<sup>39</sup>.

#### **D. Resolución judicial y recursos**

La resolución por la que concluye el proceso de adopción es un auto o decreto, según corresponda al Juez o al Letrado de la Administración de Justicia, que se dictará en el plazo de cinco días a contar desde la finalización de la comparecencia o desde la última diligencia practicada, cuando no se hubiera celebrado aquélla (art. 19.1 LJV). El Juez, una vez se han prestado los consentimientos y asentimientos preceptivos, y cumplido el trámite de audiencia y practicadas las diligencias acordadas, acordará o no la constitución de la adopción, teniendo en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante (art. 176.1 Cc.), aspectos relacionadas íntimamente entre sí. La decisión, tal y como recoge el art. 19.2 LJV: *“se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados”*.

---

<sup>39</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

El auto dictado es susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que corresponda. Este recurso tiene carácter preferente y no producirá efectos suspensivos (art. 20.2 LJV). Está legitimado para interponerlo cualquier interesado que se considere perjudicado por la resolución. Luego, contra la resolución que dicte aquélla, no cabrá recurso alguno, ya que el recurso será resuelto mediante auto y del art. 477.2 de la LEC se deduce que el recurso de casación se limita a las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, excluyendo la casación de las resoluciones dictadas que se dictan en forma de auto<sup>40</sup>.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo, dictada el 12 de junio de este año 2019, recoge esta cuestión de los recursos extraordinarios en los procedimientos de adopción. En particular, declara que bajo el nuevo régimen legal, proclamado a partir del año 2015, procede seguir con el criterio negativo de que no pueda plantearse recurso de casación. Esto es así, por muchas razones, en primer lugar, porque tal y como se deduce de la Exposición de motivos de la Ley 26/2015, ésta tiene por finalidad la “agilización” del procedimiento, que se refleja en la modificación del art. 781 de la LEC y que parece incompatible con la interposición de recursos extraordinarios, por la dilación que conlleva en el tiempo.

En segundo lugar, porque si bien es cierto que en virtud de los arts. 37 LJV y 781 LEC se tramita la demanda como “pieza separada” del procedimiento, siendo su carácter incidental y, finalizando a través de sentencia, la resolución que resuelve el expediente principal toma la forma de “auto”, resolución contra la que no caben recursos extraordinarios.

En tercer lugar y, en base al art. 19.4 de la LJV, dicha resolución no impide la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto, pero ciertamente la misma debe pronunciarse sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente.

El Ministerio Fiscal por su parte, resalta la necesidad de dicha celeridad, como ocurre con las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, en las que solo cabe apelación y, por otro lado, alude al caso concreto que se discute en esta sentencia, que se quiere plantear recurso de casación por desestimarse la petición de necesidad de asentimiento para la adopción, por cuanto le

---

<sup>40</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

precede la declaración de desamparo del menor confirmada en vía judicial en la que sí tenía el acceso a la casación<sup>41</sup>. De manera que se da causa de inadmisión del recurso prevista en el art. 483.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Finalmente, la resolución adquirirá firmeza y no podrá iniciarse otro proceso sobre el mismo objeto, salvo alteración de las circunstancias que dieron lugar al expediente de jurisdicción voluntaria.

#### **4.4 Inscripción en el Registro Civil**

Ya firme la resolución y siguiendo el apartado 5 del art. 39 de la LJV, se procederá a su inscripción en el Registro Civil, cuyo fin no es otro que hacer constar, con carácter oficial, la filiación constituida en el proceso. La *Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil*, aún en vigor, establece que se inscriben los hechos concernientes al estado civil de las personas, como es la filiación entre ellos, constituyendo el Registro la prueba de dichos hechos inscritos (arts. 1 y 2). La *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*, que entrará en vigor, en principio, el 30 de junio de 2020, dispone en su art. 2.2 que “*el Registro Civil tiene por objeto hacer constar oficialmente los hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la presente Ley*”; y en su art. 4 relativo a los “*hechos y actos inscribibles*” recoge a la filiación.

Pero más concretamente, la Ley de 1957 alude a la inscripción de la adopción propiamente dicha, en el art. 46.1, estableciendo que será al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento.

La Ley de 2011, por su parte, en su nueva redacción de 2015, establece en el apartado 6 del art. 44 que, en los supuestos de filiación adoptiva “*se hará constar, conforme a la legislación aplicable, la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente Ley*” – art. 83 –. En cuanto a la forma, éste precepto, en su apartado 3, dispone que “*serán efectuados del modo que reglamentariamente se determine*”.

Por último, la reforma operada en la nueva Ley de Registro Civil en 2015 recoge que la madre que renuncie a su hijo en el momento de su nacimiento no debe promover la inscripción, sino que dicha obligación corresponderá a la Entidad pública<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2019.

## **5. Efectos de la adopción**

Los efectos de la adopción pueden agruparse en dos bloques, los que se derivan de la relación entre el adoptante y el adoptado; y aquellos que se desprenden de la relación de la familia biológica con el adoptado.

### **A. Relación de filiación entre adoptante y adoptado**

#### **a.1. Relación de filiación equiparada a la filiación por naturaleza**

El efecto fundamental de la adopción es la constitución de una relación de filiación entre el adoptado y el adoptante, produciéndose en principio los mismos efectos que en la filiación por naturaleza, a partir de la firmeza de la resolución. Se trata del efecto positivo de la adopción. Y así se contiene en el art. 108 Cc. que dispone que *“la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”*. Esto supone que las previsiones generales sobre el contenido del vínculo filial en sede de filiación, así como en el resto del ordenamiento se aplican indistintamente a ambas.

En el supuesto de adopción póstuma, esto es, cuando se constituya tras el fallecimiento del adoptante que ya hubiese prestado su consentimiento, los efectos de la resolución, conforme al 176.4 Cc., se retrotraerán a la fecha en que prestó aquél<sup>43</sup>.

#### **a.2. Determinación de los apellidos del adoptado**

En consonancia con lo anterior, al igual que en la filiación por naturaleza y siguiendo lo dispuesto en el art. 109 Cc., la filiación adoptiva también determinará los apellidos del adoptado. Este efecto también está recogido en el art. 49.2 de la LRC, así como la forma de atribución de los mismos. Este régimen establece, con carácter general, que cuando la filiación se determine por ambas líneas, es decir, con dos progenitores, éstos acordarán el orden de transmisión de su respectivo primero apellido. En caso de desacuerdo o cuando no se haya hecho constar dicho orden en la correspondiente solicitud de inscripción, se requerirá a los progenitores o a los representantes legales del menor, para que en el plazo máximo de tres días lo comuniquen. Si transcurrido dicho plazo no consta comunicación expresa, será el Encargo del Registro Civil el que acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

---

<sup>42</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

<sup>43</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

Luego, en aquellos supuestos en los que la adopción se lleva a cabo por una sola persona y, por tanto, solo existe una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos, siendo el progenitor el que decida su orden. Es importante resaltar que el orden de los apellidos que se establece en la primera inscripción, determinará las posteriores con idéntica filiación.

Por último, no parece que exista problema en aplicar al adoptado lo establecido en el art. 53.5 del citado texto legal, el cual dispone que el Encargado del Registro Civil puede autorizar el cambio de apellidos *“cuando sobre la base de una filiación rectificadora con posterioridad, el hijo o sus descendientes pretendieran conservar los apellidos que vinieren usando antes de la rectificación”*<sup>44</sup>.

### **a.3. Adquisición de la vecindad civil y la nacionalidad por el adoptado**

Estos son otros de los efectos que produce la adopción, con base en el art. 14.2 Cc., la adquisición de la nacionalidad y de la vecindad civil.

La vecindad civil se constituye como el criterio que determina la sujeción de los nacionales españoles a alguno de los ordenamientos civiles que coexisten en el territorio del Estado, como ley personal, configurándose su estatuto personal.

La determinación de la vecindad originaria de los españoles viene dada por el Código civil acogiendo como criterio fundamental el del *“ius sanguinis”*, de forma que siempre que los progenitores tengan la misma vecindad civil, ésta es la que corresponderá a los hijos. Además, esta misma regla se deberá observar cuando la filiación se determine jurídicamente solo con respecto a uno de ellos o cuando esté determinada respecto de ambos, pero sólo uno de los progenitores tenga la nacionalidad española.

El legislador extiende dicho criterio a los supuestos de filiación adoptiva, bien porque desprende los mismos efectos que la filiación por naturaleza, bien porque supone la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. Y que en aquellos casos excepcionales en que, aun constituida la adopción, subsistan dichos vínculos (art. 178.2 Cc.), el hijo adoptivo no adquirirá la vecindad civil del adoptante.

Pero el aspecto de la vecindad cobra complejidad cuando los padres no tengan la misma y es por ello que el legislador ha tenido que establecer soluciones al respecto, en virtud de lo expuesto y de la igualdad de los cónyuges (art. 14 y 32.1 CE). Siguiendo, en

---

<sup>44</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

primer lugar, la regla del *prior in tempore*, si cuando al ser adoptado, los padres tuviesen distinta vecindad civil, se le atribuirá la del progenitor respecto del cual se haya determinado la filiación en primer lugar. Esto será igualmente aplicable en relación a otra filiación adoptiva anterior subsistente (art. 175.4 Cc.). En segundo lugar, según la regla del *ius soli*, en el caso de que la filiación de ambos que cuenten con distinta vecindad civil haya quedado determinada al mismo tiempo, se adjudicará al hijo del lugar de nacimiento. No obstante, aunque lo preceptuado se aplique igualmente al supuesto del adoptado, se deduce que es preferible que el adoptado mantenga la vecindad que tenía con anterioridad, pues la imposición de este criterio puede resultar inoportuna. Sin embargo, esta regla puede ser desplazada si los padres, de común acuerdo o que ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad adjudican al hijo, dentro de los seis meses siguientes a la constitución de la adopción, alguna de las vecindades que ostenten. Cuando ambos ostenten y ejerzan la patria potestad se precisa una actuación conjunta y, en defecto de acuerdo, operaran los criterios anteriores.

Asimismo, ha de significarse que la extinción de la adopción no es causa de pérdida de la vecindad adquirida a su través (art. 180.3 Cc.)<sup>45</sup>.

Por otro lado, en cuanto a la nacionalidad, si el adoptado es menor de dieciocho años, adquirirá la nacionalidad española de origen, desde la adopción; y si es mayor de edad, podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años desde que la constitución de la adopción, todo ello según el art.19 Cc., apartados 1 y 2, respectivamente.

#### **a.4. Relación de parentesco**

El parentesco por adopción es el vínculo jurídico que se constituye entre el adoptante o adoptantes y el adoptado, así como con la familia de los adoptantes, generándose respecto a ésta, los efectos que recoge el Cc., en sus art. 915 y siguientes, sobre el “*parentesco*”.

Con carácter general, el parentesco se manifiesta en distintos ámbitos del derecho de familia, fundamentalmente en las prohibiciones para contraer matrimonio, en la determinación de los sujetos obligados a prestarse alimentos y en la determinación del tutor y del curador, etc; y en el ámbito sucesorio mortis causa, el parentesco se

---

<sup>45</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Cc., Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 367-371.

manifiesta en la sucesión ab intestato, en la determinación de los legitimarios y de los reservistas<sup>46</sup>.

La aplicación de la gradación en el supuesto de que medie adopción será, si se trata de adopción dual, el adoptado será hermano de doble vínculo respecto del hijo por naturaleza o adoptivo de los dos adoptantes y será hermano de vínculo sencillo del hijo por naturaleza o adoptivo que, su caso, tenga solo uno de los adoptantes; cuando se trate de adopción individual, el adoptado será hermano de vínculo sencillo del hijo por naturaleza o adoptivo del adoptante, salvo en caso de que la adopción del hijo biológico del cónyuge o pareja que sea también progenitor del otro hijo, en cuyo caso será doble (arts. 176.2 y 178.2 Cc.)<sup>47</sup>.

Por otro lado se establece, con carácter general, el parentesco como criterio para determinar al tutor, defensor del desaparecido y representante del declarado ausente.

#### **a.5. Derechos sucesorios**

Constituida la adopción y, por tanto, la relación de parentesco, nacerán los derechos sucesorios que le correspondan al adoptado respecto del adoptante y su familia, así como de éstos respecto de aquél, destacándose los arts. 806 y ss. y 930 y ss., sobre la legítima y la sucesión intestada, respectivamente<sup>48</sup>.

En relación, es interesante citar una sentencia, dictada por el Tribunal Supremo recientemente, el 10 de mayo de este año, sobre los derechos sucesorios que le corresponden al menor por el fallecimiento de su padre biológico, al no haberse constituido efectivamente la adopción en dicho momento y, por tanto, no habiéndose extinguido el vínculo jurídico con su “familia de origen”. Como con posterioridad se formalizó y constituyó la adopción, corresponde a los padres adoptivos el ejercicio de aceptación de herencia, como representantes del menor<sup>49</sup>.

#### **a.6. Derecho de relación entre el menor y sus parientes adoptivos**

El art. 160.2 recoge el derecho del adoptado a relacionarse con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

---

<sup>46</sup> *Instituciones de Derecho Civil*, “cit” pp. 39-40.

<sup>47</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

<sup>48</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2019 259/2019, Rec. 3673/2016.



Es evidente que, tras los adoptantes, sean los hermanos y los abuelos los parientes más próximos y con los que el adoptado desarrollará una relación de afectividad. El Tribunal Supremo ha querido destacar el papel de los abuelos, reconociendo el legítimo derecho con el que cuentan a mantener una estrecha relación personal con los que son nietos<sup>50</sup>.

Además, se reconoce este derecho a los parientes, sin existir limitación de grado; y a otros allegados. Este derecho está patente cuando exista efectivamente una vinculación afectiva y personal entre ellas y el adoptado. El régimen de visitas se determinará ponderando el interés del menor y los derechos e intereses del resto de personas implicadas. La autoridad judicial, en consecuencia, para precisar la extensión e intensidad de estas relaciones deberá tener en cuenta diversos aspectos, a destacar: la situación personal del menor y la persona que pretende su relación, las consideraciones realizadas en los informes psicológicos solicitados, la intensidad de las relaciones anteriores, la no obstaculización en la relación del menor con los titulares de la patria potestad y cuantas circunstancias a valorar puedan ser convenientes para el interés del adoptado<sup>51</sup>.

#### **a.7. Impedimentos matrimoniales**

El art. 47 Cc. dispone que no pueden contraer matrimonio entre sí “*los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción*”. Esto se traduce en un impedimento para contraer matrimonio en línea recta sin límite de grado, afectando al adoptante y sus ascendientes, al adoptando y sus descendientes, sean aquellos y estos por naturaleza o por adopción.

Es motivo de discusión que el parentesco adoptivo colateral no constituya impedimento matrimonial, ya que sí se establece para el parentesco colateral por naturaleza hasta el tercer grado. De manera que se formaliza una excepción a lo dispuesto en el art. 108 Cc., vulnerando el principio de igualdad entre filiaciones. La doctrina opta a este respecto un cambio legislativo en favor de la inclusión del impedimento de parentesco colateral adoptivo<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2009.

<sup>51</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Cc., Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp.1642-1643.

<sup>52</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

## **B. Ruptura de vínculos jurídicos con la familia de origen**

El art. 178 Cc. establece que como consecuencia de la adopción se produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. De manera que se entiende que la figura de la adopción no solo confiere al adoptado un *“status filii”*, sino un verdadero *“status familiae”*.

En relación a esto, el Convenio Europeo, en su art. 11.1 establece que *“en el momento de la adopción, el menor se convierte en un miembro más de la familia del adoptante o adoptantes y su familia o familias, tendrá los mismos derechos y obligaciones que los de un hijo del adoptante o adoptantes cuya filiación esté legalmente reconocida”*.

Excepcionalmente, subsistirán dichos vínculos, cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja adoptante hubiera fallecido; y cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que dicho efecto lo solicite el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

Por otro lado, se reconoce el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos. Y es que fue en el año 2007 cuando el legislador introdujo este derecho en un nuevo párrafo del art. 180 Cc., en concreto, el apartado 5, pero olvidando garantizarlo a través de la exigencia u obligación a las Entidades públicas que cuentan con la información para hacerlo efectivo. Es entonces en 2015 cuando se refuerza la normativa y se establece la dicha obligación, consistente en mantener la información, que afecta al resto de entidades y al Ministerio Fiscal que deben colaborar.

En definitiva, los apartados 5 y 6 del art. 180 Cc. recogen que efectivamente serán las Entidades Públicas las que aseguren la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del menor, en detalle la información de la identidad de sus progenitores, la historia médica del menor y de su familia, durante al menos cincuenta años desde que la adopción se hizo definitiva. Así, las personas adoptadas, siendo menores de edad a través de sus representantes legales, o ya alcanzada la mayoría de edad, tendrán el derecho de conocer los datos sobre sus orígenes biológicos.

Por último, es importante resaltar que aunque se recoja actualmente este derecho, no está reconocido, al menos de forma explícita, en nuestra Constitución, aunque existe algún sector doctrinal que lo deduce de los arts. 10, 15, 18, 39... de la misma<sup>53</sup>.

### **C. Irrevocabilidad, extinción e ineficacia de la adopción**

La adopción es irrevocable y así se recoge en el art. 180.1 Cc. La irrevocabilidad, como principio que rige en la adopción, tiene como fin la protección del adoptado a través de la constitución de una relación de filiación y, por tanto, de integración familiar, aportando estabilidad a la adopción.

El apartado 4 de dicho precepto establece que *“la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”*, esto alude al supuesto en que el menor que es adoptado, sin tener determinada su filiación, es posteriormente reconocido, de manera que se determina una filiación extramatrimonial o matrimonial, pero que como bien se expone, no afecta a la adopción, ésta se mantiene plena, eficaz, inalterada e irrevocable. En lo que único que repercutiría este supuesto es sobre los impedimentos matrimoniales<sup>54</sup>. Es interesante mencionar una sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, que muestra su disconformidad respecto al precepto explicado por cuanto permite la investigación de la paternidad y su determinación, cuando ya se ha dictado una resolución judicial de adopción<sup>55</sup>.

Tras la afirmación de la naturaleza irrevocable de la adopción, el mismo precepto 180, en su apartado 2, establece el supuesto excepcional de extinción de la misma, por ausencia de intervención sin culpa del padre o madre del adoptado en el procedimiento constitutivo de la adopción. La doctrina justifica esta acción en razones de justicia para estos progenitores preteridos o en la necesidad de remediar el daño causado y que nada tienen que ver con la acción de nulidad que pudiera plantearse. También se aprecia la relación de esta acción las conocidas acciones rescisorias, ya que el fundamento es el perjuicio causado a los padres que no intervinieron en el procedimiento<sup>56</sup>. No obstante, otra parte de la doctrina, al intentar encajar esta acción en la sistemática de otras, como la citada rescisoria o la impugnación de la filiación, no ha resultado con éxito,

---

<sup>53</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

<sup>54</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

<sup>55</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 7 de septiembre 173/2009.

<sup>56</sup> “Comentarios al Cc., Tomo II”, “cit.”, pp. 1933-1934.

concluyendo en que quizás lo más realista sea admitir que se trata de acción *sui generis*<sup>57</sup>.

Asimismo, ha de significarse que los términos del precepto son, sin culpa de los progenitores, “*no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177*”, esto es, respecto a la prestación del asentimiento y respecto a la audiencia.

Por otra parte, dicho precepto sujeta el ejercicio de la acción al plazo de los dos años siguientes a la adopción y que, según opinión consolidada, tiene como finalidad evitar una interinidad prolongada o permanente de la adopción que se ha constituido y lo que es más importante que no perjudique gravemente al menor, pues si bien es cierto que los padres tienen derecho a no perder un hijo sin su intervención, no culposa, se opta preferente por aquél, dejándose al margen las valoraciones de quién sería más adecuado como padre. Luego, cuando el adoptado fuere mayor de edad, la extinción de la adopción exige su consentimiento expreso, recogido en el mismo precepto y en el artículo 40.3 de la LJV<sup>58</sup>.

El artículo 180.2 pretende proteger a aquellos progenitores que han perdido la patria potestad y ven como se ha deshecho el vínculo de filiación con sus hijos, con motivo de la adopción constituida en la que no han intervenido, sin culpa, sacrificando en su favor el derecho de los padres adoptivos. Pero, ciertamente la reflexión que se deduce de esto, no se enfoca en la protección de los padres que pierden a su hijo, sino en la creación de un vínculo de filiación nuevo, sacrificando el ya existente, el de los padres adoptivos. Esto supondría dotar a la adopción de interinidad, inseguridad y fragilidad<sup>59</sup>. La extinción de la adopción supone la desaparición del vínculo de filiación constituido con la familia adoptiva y el restablecimiento del mismo con la familia anterior. Y, por tanto, todos los efectos que implica el cambio, en cuanto a la patria potestad, el parentesco, los impedimentos matrimoniales (respecto a los adoptantes), los derechos sucesorios, los derechos de alimentos, etc. Sin embargo, en virtud del art. 180.3 no supondrá la pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas.

---

<sup>57</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

<sup>58</sup> “Comentarios al Cc., Tomo II”, “cit.”, pp. 1933-1934.

<sup>59</sup> “Cc. Comentado”, “cit.”, pp. 940-941.

Finalmente, respecto a la ineficacia, decir que, al margen de los supuestos de invalidez que puedan darse, la adopción que se haya constituido válidamente, dejará de tener plena eficacia, en primer lugar, cuando se constituya una adopción posterior, por haber fallecido el adoptante o por haber sido éste excluido en los términos ya expuestos del art. 179 y, en segundo lugar, cuando el Juez acuerde la extinción de la adopción conforme a lo expuesto en el apartado 2 del art. 180 Cc.<sup>60</sup>.

#### **D. Efectos de la adopción en el Derecho Foral: Cataluña, Aragón y Galicia**

En virtud de lo establecido en el art. 149.1.8 de la Constitución española, las Comunidades Autónomas de Cataluña, Navarra y Aragón, entre otras, cuentan con competencia legislativa y, en materia de adopción, recogen sus propias prescripciones legales.

El Código civil catalán<sup>61</sup> dedica una sección a la “filiación adoptiva”, que comprende los artículos que van del 235-30 al 235-52. En primer lugar, respecto a los efectos, origina igualmente relaciones de parentesco entre el adoptante y su familia y el adoptado y sus descendientes, extinguiéndose a su vez la relación de parentesco entre el adoptado y su familia de origen, salvo cuando se trate de hijos del cónyuge o persona con la que conviva en pareja estable o de huérfanos que son parientes del adoptante hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad. Los vínculos con su familia de origen se mantendrán solo en aquellos casos que establezca la ley y, particularmente, en lo que se refiere a los impedimentos matrimoniales y a los derechos sucesorios. Y, por último, la autoridad judicial, con carácter excepcional y a propuesta de la entidad pública competente o del ministerio fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen cuando en los países de origen del menor no exista la adopción ni ninguna institución equivalente (art. 235-44.4), o si existen vínculos afectivos cuya ruptura supongan un perjuicio grave para el interés del menor.

En cuanto a los apellidos del adoptado, se distingue si es adoptada por dos personas de forma conjunta, si son del mismo sexo, si es adoptada por una sola persona o si es mayor de edad o emancipado. En el primer caso, el sujeto llevará los apellidos de ellos

---

<sup>60</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

<sup>61</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Cc. de Cataluña, relativo a la persona y la familia («DOGC» núm. 5686, de 05/08/2010, «BOE» núm. 203, de 21/08/2010).

en el orden establecido para su primer hijo común, si existiese y sino, en el orden que acuerde o que disponga la ley. En el segundo, cuando no tengan ningún hijo en común ni acuerden el orden de los apellidos, será la autoridad judicial quien lo decida dentro del procedimiento de adopción. En el tercer supuesto, el adoptado llevará los apellidos del adoptante, salvo cuando sea hijo del cónyuge o persona con la que conviva en pareja estable –art. 235-32-1a) –, que conservará el apellido del progenitor de origen, con los efectos establecidos para la adopción conjunta del primer caso. En este caso, sin embargo, se da la posibilidad de dicho progenitor y el adoptante soliciten de común acuerdo que el adoptado conserve los dos apellidos de origen como un solo apellido, uniéndolos con un guión y colocando en primer lugar el del progenitor superviviente. Es importante destacar que, para llevarlo a cabo es necesario que el progenitor de origen sustituido por la adopción haya fallecido y que el adoptado, si ha cumplido los doce años, preste su consentimiento. Además, en este tercer caso, la persona adoptante puede invertir el orden de los apellidos del adoptando, en el momento de la adopción, aunque el orden establecido para el primer hijo regirá para los siguientes. Y, en el cuarto y último supuesto, el adoptado podrá conservar los apellidos de origen si así lo solicita en el momento de la adopción.

El art. 235-49 de dicho texto legal, recoge el derecho del adoptado a la información sobre su origen. Una vez adquiera la mayoría de edad o se encuentre emancipado, el adoptado podrá ejercer las acciones que correspondan al objeto de conocer la identidad de sus progenitores biológicos, cuestión que no afectará a la filiación adoptiva constituida. Las administraciones públicas, al igual que recoge nuestro Cc. español, tienen la obligación de facilitar los datos sobre su filiación biológica, pero con la especialidad de que se debe iniciar un procedimiento confidencial de mediación, debiendo informarse a las partes, esto es, al adoptado y a los progenitores biológicos. Además, los adoptantes conjuntamente, cuando el adoptado sea menor de edad y el adoptado podrán solicitar datos biogénéticos de sus progenitores, en interés de su salud.

Como último efecto derivado de la adopción, regulado en el art. 235-50, se encuentra la obligación de los adoptantes de informar al hijo adoptado sobre la adopción, cuando tenga madurez suficiente o cuando cumpla doce años, salvo que dicha información contraría el interés superior del menor.

El Código del Derecho Foral de Aragón<sup>62</sup> por su parte, recoge escasamente la figura de la adopción, limitándose a equiparar los efectos de la filiación por adopción a la filiación por naturaleza, de manera que no contiene disposiciones significativas. Y la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón<sup>63</sup>, en su artículo 74, tan solo se remite a la legislación civil aplicable y establece que corresponderá al órgano competente según la materia de la Administración de la Comunidad Autónoma, la gestión del procedimiento previo a la adopción.

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, configuraba al igual que Cataluña, su propio régimen jurídico de la adopción. Sin embargo, una Sentencia del Tribunal Constitucional<sup>64</sup>, declaró inconstitucional el título que recogía dicha figura, al considerar, en base al art. 149.1.8 de la Constitución, que Galicia carecía de competencia legislativa para ello<sup>65</sup>.

## **6. Conclusiones**

**Primera.-** La adopción se configura como una de las medidas de protección al menor con más trascendencia en el Derecho de Familia y tiene naturaleza irrevocable. Esta institución jurídica pretende reproducir la relación materno y paterno-filial de base biológica que une a los hijos con sus progenitores.

**Segunda.-** Se trata de una de las materias más reformadas en el tiempo, aunque es necesario destacar su normativa de origen, que es la Ley 21/1987; la Ley 26/2015, la cual marca un antes y un después en su marco jurídico; y la Ley 15/2015, que determina su tramitación a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Aunque la finalidad de esta última norma es la agilización del procedimiento, ciertamente constituye una dilación en el tiempo relevante, un aspecto que las personas que desean adoptar valoran, les preocupa y les obstaculiza en gran medida.

**Tercera.-** Los principios que rigen en el expediente de adopción son el principio de control administrativo de los adoptantes, con el fin de evitar el tráfico de niños, garantizar la idoneidad de los adoptantes y asegurar que la adopción sea beneficiosa

---

<sup>62</sup> Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas («BOA» núm. 67, de 29 de marzo de 2011, páginas 6490 a 6616).

<sup>63</sup> Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre 133/2017.

<sup>65</sup> “La Adopción en el Derecho Común Español”, “cit.”.

para el menor; el principio *adoptio imitatur naturam*, lo que supone la producción de la relación de filiación entre el adoptante y el adoptado –*status filii*– y de una relación de parentesco entre el adoptado y la familia de los adoptantes –*status familiae*–; y fundamentalmente, el principio de primacía del interés del menor, prevalente frente a cualquier otro y en el que debe fundarse toda medida de protección a adoptar.

**Cuarta.-** En cuanto a la capacidad para adoptar, los requisitos exigidos giran en torno a la edad y la capacidad para prestar consentimiento. Y respecto a las prohibiciones, se refieren tanto a aquellas personas que no reúnan la condición de “tutor” conforme al Cc., como respecto al adoptando, que no podrán ser adoptados los descendientes y los parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

**Quinta.-** La Comunidad Autónoma de Canarias cuenta con la Ley 1/1997, de Atención Integral a los Menores, que aprobó con el fin de regular las situaciones de desamparo que sufren los menores y adoptar las medidas de protección necesarias para solucionarlas, garantizándoles sus derechos. Además, en materia de adopción, cuenta con la particularidad de que establece un período preadoptivo, no inferior a tres meses ni superior a un año, que permita al menor adaptarse a su nueva familia y entorno social.

**Sexta.-** El procedimiento de la adopción se desarrolla básicamente en dos fases, una vía administrativa previa y la vía judicial. La primera la lleva a cabo la Entidad Pública competente, que una vez valorada la idoneidad de los adoptantes, deberá formalizar la denominada “propuesta de adopción”. Y la segunda, que comenzará sucesivamente una vez presentada dicha propuesta. El procedimiento judicial se tramita a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, conforme a la ya citada Ley 15/2015 y rige el principio de reserva de actuaciones. A lo largo de este proceso, será determinante la prestación del consentimiento y del asentimiento, así como la Audiencia. La resolución final de la adopción es un auto o decreto, según sea el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia el que resuelva. Frente a aquél cabe recurso de apelación, pero frente a la resolución que lo resuelva, no caben recursos extraordinarios, una cuestión clarificada por el Tribunal Supremo.

**Séptima.-** Por último, los efectos que despliega la constitución de la adopción son diversos, con pequeñas variaciones que recogen los derechos forales que la regulan, como la Comunidad Autónoma de Cataluña, pero principalmente son dos, la efectiva relación de filiación entre el adoptante y el adoptado y la ruptura de los vínculos



jurídicos con la familia de origen, sin perjuicio de la concepción de la adopción abierta como posibilidad legalmente establecida y del derecho con el que cuentan las personas adoptadas a conocer sus orígenes biológicos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Alonso Crespo, E., *“Adopción nacional e internacional”*, La Ley Actualidad, S.A., Madrid, 2004.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Código Civil, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Código Civil, Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Callejo Rodríguez, C., “Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 6/2017 parte Doctrina, 2017.
- Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código civil Comentado*, vol. I, 2ª ed., Aranzadi SA, Pamplona, 2011.
- González Navasa, P., *“Acogimiento familiar y adopción”*, Shinè Psicología y Coaching, S.L en colaboración con la Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 2018.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*. Edisofer S.L, 2016.
- Mayor del Hoyo, M.V., *“La Adopción en el Derecho Común Español”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

## **JURISPRUDENCIA**

- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1985.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre 143/1990.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio 565/2009.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 7 de septiembre 173/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 36/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2019 259/2019, Rec. 3673/2016.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre 133/2017.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2019.

### **WEBGRAFÍA**

- “Contenido y novedades de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia”, Noticias Jurídicas (disponible en <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10409-contenido-y-novedades-de-la-ley-26-2015-de-28-de-julio-de-proteccion-a-la-infancia-y-a-la-adolescencia/>; última consulta 23/06/2019).