

# LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL TRAS LAS REFORMAS DE 2015\*

*ADOPTION IN SPANISH LAW AFTER THE REFORMS OF 2015*

DR. DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS  
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia  
[Salvador.Carrion@uv.es](mailto:Salvador.Carrion@uv.es)

*RESUMEN: El presente trabajo es un estudio de la adopción en el Derecho español después de las reformas de 2015, acompañado de la jurisprudencia más importante sobre la materia. Se destacan aspectos tales como la novedosa adopción abierta o el derecho del hijo adoptivo a conocer sus propios orígenes biológicos.*

*PALABRAS CLAVE: adopción, procedimiento de constitución, hijos menores, derecho del niño a conocer los propios orígenes.*

*ABSTRACT: The papers analyses the adoption in Spanish Law after the reforms of 2015, with the principal case law on the subject, focusing on different aspects that include the new open adoption, such as right of the child to know his or her origins.*

*KEY WORDS: adoption, system of establishing, minor children, right of the child to know his or her origins.*

*FECHA DE ENTREGA: 30/05/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.*

---

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2013-47577-R. "Impacto social de las crisis familiares" (Ministerio de Ciencia y de Competitividad).

SUMARIO: I. CONCEPTO.- II. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN.- 1. Situación de desamparo del menor.- 2. Regla general en nuestro sistema: adoptante individual, siquiera con previsión de adopción por más de una persona.- 3. Requisitos que han de concurrir en el/los adoptante/s. la edad.- 4. El adoptado.- III. PROHIBICIONES.- IV. LA DECLARACIÓN DE IDONEIDAD.- V. EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN.- 1. Diversidad de elementos.- 2. El procedimiento judicial: A) Propuesta previa de la entidad pública e iniciación del expediente.- B) Intervenciones.- C) Tramitación.- D) Terminación.- E) Iniciación del expediente de adopción en virtud de solicitud privada.- VI. Efectos de la adopción.- 1. La subsistencia excepcional de los vínculos jurídicos con la familia de origen.- 2. Persistencia de los impedimentos matrimoniales.- 3. El derecho del hijo adoptivo a conocer sus orígenes biológicos.- VII. EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN.

## I. CONCEPTO.

Desde una perspectiva jurídica, el término *adoptar* se presenta con doble sentido: a) como “expediente”, “proceso”, “procedimiento”; b) como “relación jurídica”. Es fácil intuir que la segunda de las acepciones, de algún modo, deriva o se ofrece como consecuencia de la primera. La adopción, la relación jurídica de filiación, en el caso adoptiva, presupone para su existencia de ese “expediente”, “proceso” o “procedimiento” aludido inmediatamente en precedencia.

Considerada desde la primera de las acepciones, la adopción es un conjunto de actos, legalmente regulados, mediante los cuales se constituye la filiación adoptiva. Situados en la segunda de las acepciones, considerada ya como “relación jurídica”, la adopción es el conjunto de derechos y obligaciones, derivados de la situación de filiación que, como consecuencia de ese “expediente” o “proceso” de adopción aludido en precedencia, se establece entre una o dos personas (adoptante o adoptantes) y otra persona (adoptado).

Afirman algunos especialistas, con razón, que “adoptar” es sólo una palabra que antes quería decir *diferencia* y que ahora significa *igualdad*. Consecuente con esta importante premisa, el art. 108 del CC, en el apartado segundo, dispone:

“La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

La adopción es un acto judicial, por el cual se hace efectiva la voluntad de una persona o pareja de que legalmente sea hijo suyo quien no lo es por naturaleza.

La noción expuesta bascula sobre dos presupuestos esenciales:

1º. El acto constitutivo de la adopción es la resolución judicial<sup>1</sup>. Como dice el art. 176 CC (retocado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia): “La adopción se *constituirá* por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”.

Es obvio, por evidente, que la ley sigue valorando, como requisitos esenciales, las declaraciones de voluntad de las partes directamente afectadas (la/s del adoptante/es y, si es mayor de doce años, la del adoptando). Pero el centro de gravedad debe situarse en la decisión oficial. Y a la resolución judicial hay que conectar la producción de sus efectos (art. 176.4 CC, *a contrario*).

2º. El efecto de la adopción es “integrar en una familia a alguien que no pertenece a ella por razones de consanguinidad, de sangre o descendencia, creando pues un *estado familiar*, o, mejor, una relación de parentesco basada en el propio acto de la adopción, y por el cual se confiere a una persona un determinado estado civil de filiación. El título de atribución del estado civil de filiación no es sólo el hecho de la generación (filiación *por naturaleza*), sino que también puede venir constituido por un hecho independiente de la generación (el acto jurídico de adopción (art. 108 CC).

El vigente texto articulado del CC, fue incorporado al mismo por la Ley 21/1987, con ligeras modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; la Ley 13/2005; la Ley 54/2007, de adopción internacional, y, finalmente, la ya citada Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha reformado buena parte del articulado del CC dedicado a la adopción. Asimismo, y en lo que se refiere al expediente de adopción, a diferencia de la regulación anterior (que se contenía en los arts. 1825 y ss. de la LEC de 1881), en la actualidad, la regulación de tal expediente se contiene en los arts. 33 y ss. de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, en vigor desde los veinte días posteriores a su publicación en el BOE (3 julio 2015).

Para las adopciones internacionales habrá que tener en cuenta la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional,<sup>2</sup> así como el art. 9, apartado 5, CC, en la redacción que recibió por dicha Ley en los siguientes términos: “La adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional”. Procede, pues, remitir el tratamiento de esta materia a la disciplina de Derecho internacional privado, aunque sin omitir que el art. tercero de

---

<sup>1</sup> De interés, por cuanto se refiere a la muy distinta configuración del instituto de la adopción en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre y en la legislación anterior, es la STS 17 julio 2008 (*Tol 1351250*), en particular, desde la óptica de sus requisitos de forma.

<sup>2</sup> El art. 1.2 de la Ley 54/2007 se refiere a la adopción internacional como “el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos”. V. a este respecto ATS 11 septiembre 2012 (*Tol 3401219*).

la citada Ley 26/2015, de 28 de julio, ha modificado numerosos preceptos de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional.

## II. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN.

### 1. Situación de desamparo del menor.

El primer requisito para poder proceder a la adopción es la situación de desamparo en que se encuentra el menor. Se trata, pues, el desamparo de una circunstancia puramente fáctica, derivada del no ejercicio, o ejercicio incorrecto, de las funciones de guarda de los menores por parte de sus padres o tutores, lo cual produce como consecuencia que estos queden privados de la asistencia moral o material necesaria<sup>3</sup>. Obviamente, lo que se acaba de decir no es obstáculo en orden a admitir la posibilidad, corroborada por lo demás por la realidad, de supuestos en que los padres sí se ocupen de sus hijos, pero decidan entregarlos en adopción por otros motivos.

En situaciones de desamparo<sup>4</sup>, las entidades públicas encargadas de la protección de los menores tienen, por ministerio de la ley, la tutela automática de aquellos, debiendo adoptar todas las medidas de protección necesarias, procediendo entonces a la constitución de un acogimiento, familiar o residencial, temporal o permanente, e incluso preadoptivo.

### 2. Regla general en nuestro sistema: adoptante individual, siquiera con previsión de adopción por más de una persona.

El art. 175.4 CC (en la redacción que al mismo viene dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece:

“Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal<sup>5</sup>. El matrimonio celebrado con posterioridad a

---

<sup>3</sup> De interés, siquiera con referencia a la normativa sobre adopción de 1958, la STS 27 marzo 2000 (Tol 170949), que se refiere al *abandono* como situación que “se caracteriza por la total y absoluta dejación que éstos (los padres) hacen de sus deberes elementales de cuidado, alimentación, educación y protección del hijo, dejándolo desamparado, con rompimiento de toda clase de lazos con el mismo, sin haberse cuidado de quien se encargará del cumplimiento de tan elementales deberes”

<sup>4</sup> Ciertamente son numerosas las decisiones jurisprudenciales que se ocupan de precisar qué haya de entenderse por “situación de desamparo”.V. así, entre otras, STS 31 diciembre 2001 (Tol 129938)

<sup>5</sup> La prohibición, pues, de la adopción plural de efectos concurrentes, no sólo se prohíbe cuando su resultado fuere que, por la adopción, el adoptado pasara a tener una pluralidad de padres o

la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el art. 179, será posible una nueva adopción del adoptado”.

Aun siendo regla general también en el Derecho anterior la del adoptante individual, el párrafo en cuestión disponía con anterioridad a su actual redacción: “Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona”. Se preveía, pues, únicamente la posibilidad de una adopción conjunta por parte de los dos. La actual redacción cambia este planteamiento, admitiendo así de una parte la posibilidad de adopción del hijo del cónyuge una vez contraído matrimonio con éste. Nada impide desde luego, más bien lo presupone, que esa adopción lo sea de un hijo biológico del consorte, que es adoptado por el otro tras contraer matrimonio con el primero, pero la posibilidad que asimismo admite el legislador es la de la adopción sucesiva por un cónyuge del hijo que ya lo era (asimismo por adopción) de su consorte, posibilidad esta, la de adopción conjunta o sucesiva que, obviamente, se declara asimismo aplicable a la pareja “unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”.

El precepto cuyo tenor literal se acaba de transcribir, permite concluir que en nuestro sistema jurídico sigue siendo regla general el adoptante individual, siquiera se prevea la adopción por pareja matrimonial o extramatrimonial.

Tras la reforma de 2015 (Ley 26/2015, de 28 de julio), el apartado 5 del art. 175 alberga una norma cuya *ratio* parece responda al designio legislativo de favorecer de algún modo la adopción conjunta, incluso en supuestos de crisis de pareja. Dejando ahora al margen el juicio crítico que pueda merecer la decisión legislativa, impulsada

---

pluralidad de madres, sino que también se prohíbe la adopción del ya adoptado por un varón o una mujer aun cuando por la nueva adopción por una mujer o por un varón se pretendiere simplemente completar el estado de filiación adoptiva (paterna y materna). De otra parte, en los supuestos de nulidad matrimonial, procederá la aplicación de la doctrina del matrimonio putativo (art. 79 CC). De otra parte, y dado el tenor literal del art. 175.4 CC, no parece posible la adopción conjunta por quienes fueron cónyuges, a menos claro es que cupiera la calificación de “pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”. En cualquier caso, como venía afirmando autorizada doctrina (con anterioridad a la reforma de 2015), en determinados supuestos -así en el caso del menor que ha vivido acogido por ambos-, la adopción conjunta por los ex cónyuges, y al margen ya de que estén unidos por análoga relación de afectividad a la conyugal, se ofrecería como deseable. El legislador de la reforma de 2015 (Ley 26/2015, de 28 de julio), ha venido a dar acertada respuesta normativa al planteamiento expuesto en el párrafo 5 del art. 175 CC:

“En caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción”. Al margen ahora de las graves deficiencias expresivas del legislador, atropellado quizá por las prisas en colocar la norma en el BOE, el resultado parece plausible.

quizá más por el deseo de la obtención del resultado (adopción conjunta) que se considera beneficioso, aun a riesgo de ubicar ese resultado en un marco ciertamente conflictivo y, quizá, por ello no del todo conveniente para el adoptado, circunstancia esta desde luego que deberá ser apreciada por el Juez (art. 176.1 CC), el tenor literal del citado apartado 5 es el siguiente:

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

### 3. Requisitos que han de concurrir en el/los adoptante/s. La edad.

Aunque suela ser habitual iniciar la exposición de tales requisitos por los referidos a la edad del adoptante o adoptantes, es completamente obvio que la exigencia de aquellos en modo alguno supone que no sea necesaria la concurrencia de plena capacidad de obrar del adoptante. Quizá se deba precisamente a esa misma obviedad que no quepa encontrar referencia expresa a aquélla en el Código civil. Consecuencia indubitada, pues, de lo que se acaba de decir es la imposibilidad de adoptar por parte de los incapacitados (siquiera habrá que estar desde luego a lo dispuesto en la propia sentencia judicial que les incapacitó)<sup>6</sup>, y de los menores de edad, estén o no incapacitados o emancipados. Y es que, no pudiendo adoptar los menores de veinticinco años, aun siendo mayores de edad desde los dieciocho, mal podría plantearse la hipótesis de que pudieran hacerlo quienes ni siquiera hubieren cumplido dieciocho años.

---

<sup>6</sup> En los supuestos de incapacitación, obviamente, habrá de estarse (siquiera la cuestión pertenezca casi exclusivamente al plano puramente teórico) a los términos de la sentencia. En cualquier caso, la posibilidad misma de adoptar del incapacitado dependerá de su posibilidad de emitir el consentimiento, por sí, con plena conciencia; lo cual en los incapacitados por anomalías psíquicas puede ocurrir en un intervalo lúcido. De otra parte, dado el carácter personalísimo de los efectos, ni cabe un consentimiento por sustitución – por el representante legal – o completado – haría falta norma especial que lo autorizara – por padre, tutor o curador. Con todo, no resulta fácil imaginar supuestos en que, pese a la existencia de una resolución de incapacitación, aun así la adopción pudiese resultar conveniente para el adoptando.

No obstante, la incapacitación misma, así como otras circunstancias de distinta naturaleza (por ejemplo, el concurso), serán circunstancias que habrán de ser ponderadas por el juez a efectos de decidir si, en el caso concreto, procede la adopción por convenir al adoptando. Pero mucho cabría temer que la ponderación judicial no llegue a tener lugar precisamente por la inexistencia de una declaración de idoneidad, que impedirá la formulación de propuesta de adopción de la entidad pública competente a favor del adoptante.

El art. 175 CC, en la redacción que ha recibido por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dispone en el inciso final de su primer párrafo, que “No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este código”.

Finalmente, la exclusión como adoptantes de las personas jurídicas no parece merezca mayores detenimientos.

En cuanto al requisito de la edad, a tenor del art. 175.1 CC (conforme a la redacción dada al mismo por la citada Ley 26/2015), “la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años<sup>7</sup>. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será, de al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el art. 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior”.

Ciertamente, la exigencia de que el adoptante tenga al menos veinticinco años constituye una señalada excepción a la regla general del art. 322 CC, según la cual “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

De conformidad, pues, con lo dispuesto en el precepto que se acaba de transcribir, las exigencias de carácter cronológico que han de concurrir en quien/quienes pretenda/n adoptar, son las siguientes:

De una parte, haber cumplido los veinticinco años. Requisito este que deberá entenderse cumplido a partir de las cero horas del día del aniversario, por cuanto para el cómputo de la edad ha de incluirse completo el citado día. A partir de ese mismo momento, se ha cumplido la edad requerida, o lo que es igual, se es ya mayor de veinticinco años. Ello no obstante, el art. 175 (en su nueva redacción, al igual que en la anterior) dispone que, en el supuesto de que sean dos los adoptantes, “bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad”. En consecuencia, tratándose de adopción por un matrimonio o “por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”, el citado requisito sólo será exigible en su caso a uno de los miembros (de este modo, el legislador facilita que, cuanto antes, reciba el adoptado un estado de filiación completo)<sup>8</sup>, subsistiendo, en todo caso, la exigencia

---

<sup>7</sup> Ciertamente, la exigencia ordinaria de la edad de veinticinco años en orden a la adopción es signo de qué tipo de capacidad natural se exige en el adoptante.

<sup>8</sup> Regirá, asimismo, la regla excepcional (la de que el adoptante no haya cumplido los veinticinco años) en la adopción que hace sólo el consorte, cuando el adoptado es el hijo del otro; y ello, porque es evidente que no se requerirían los veinticinco años si el vínculo de filiación preexistente fuere sólo adoptivo (dado que se trataría de una adopción por ambos cónyuges); y, como ha sido

de que cualquiera de los adoptantes haya de tener, al menos, *dieciséis* años más que el adoptado.

De otra parte, el legislador ha venido exigiendo una diferencia de edad *mínima* entre adoptante/ o adoptantes y el adoptado. Diferencia de edad mínima que ha experimentado elevación tras la reforma del CC por la citada Ley, por cuanto pasa de catorce a dieciséis años.

A diferencia de lo dispuesto para el requisito de los veinticinco años, en el que, como se ha dicho, siendo dos los adoptantes bastará con que uno de ellos hubiere alcanzado dicha edad, tratándose de esa diferencia *mínima* de edad (ahora fijada en *dieciséis años*), el legislador exige que, siendo dos los adoptantes, se dé respecto de ambos, por lo que, si concurriera solamente respecto de uno de ellos, la adopción conjunta o sucesiva no sería posible. No parece necesario detenerse, por evidentes, en los argumentos que militan en apoyo de la dicha exigencia en cuanto a esa diferencia *mínima* de edad se refiere.

Escribiendo para la regulación vigente con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 26/2015, se consideraba acertado por algunos que el legislador no hubiere establecido edad máxima más allá de la cual no fuere posible la adopción, en cuanto permitía al juez acordar una adopción, por avanzada que fuere la edad del adoptante, siempre, claro es, que la adopción, en ese caso singular, resultare ventajosa para el adoptando (piénsese, p. ej., en el hijo afectado por una minusvalía psíquica del cónyuge del adoptante). Ello no obstante, y pese a esa regla de principio a la que acaba de hacerse referencia, no se ocultaba que, en orden a la expedición del certificado de *idoneidad*, cabría una valoración negativa, aunque no tendrían *per se* carácter excluyente, en base a la presencia de determinados problemas de salud (física o psíquica) en los solicitantes, que podrían afectar al proceso de adopción y a la crianza de un menor, y cuya mayor probabilidad de aparición parece se conecte a edades avanzadas.

La reforma de 2015, aun sin establecer desde luego una edad *máxima* más allá de la cual no sea posible en absoluto la adopción, sí ha dado algún paso (siquiera no del todo en este sentido) al introducir la exigencia de una diferencia de edad *máxima* entre adoptante y adoptando, que “no podrá ser superior a *cuarenta y cinco años*” (art. 175. 1 CC). Consecuentemente, los que tengan esa edad no podrán adoptar a recién nacidos (los más demandados). Tres son, sin embargo, las excepciones que a la antedicha regla establece el legislador de la reforma:

1º) Los casos previstos en el art. 176. 2 CC.

---

observado por la doctrina, el hecho de que el vínculo sea por naturaleza no parece que deba ser aquí motivo de discriminación.

2º Cuando fueren dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia *máxima* de edad con el adoptando.

3º) Si los futuros adoptantes estuvieren en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia *máxima* de edad podrá ser superior.

El sentido y fundamento mismos de las excepciones a la dicha exigencia, no parece precisen de aclaración alguna. En todos los supuestos referidos en el art. 175.1, y en los que el legislador excepciona la exigencia de esa diferencia *máxima* de edad, encuentran su razón de ser en el cúmulo de efectos beneficiosos que la autorización de la adopción habrá de reportar en todos ellos, y que vienen a exceder con mucho la relajación de la regla general.

#### 4. El adoptado.

El precepto clave es el art. 175 CC, apartados segundo, tercero, cuarto y quinto, en la redacción que a los mismos viene dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

“Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de una mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año” (art. 175, párrafo segundo)<sup>9</sup>.

Con todo, no parece haya razón suficiente para no haber extendido la posibilidad de adopción a los *mayores incapacitados*, al menos en determinados casos (p. ej., hijos del consorte), aunque quizá sea lógico pensar que la solución venga dada por la circunstancia de que, normalmente, respecto del hijo incapacitado del consorte se dará la circunstancia de acogimiento o convivencia estable respecto del otro a la que se refiere el párrafo segundo del art. 175.

Y, obviamente, a esta misma excepción (siquiera ahora contemplada desde otro ángulo, el de la no necesidad de propuesta por parte de la Entidad Pública), hay que entender se refiere asimismo el art. 176.2, circunstancia cuarta, al eximir de tal propuesta (bastando entonces la solicitud privada de adopción) el caso en el que en el adoptando concurra la circunstancia de “*Ser mayor de edad o menor emancipado*”.

---

<sup>9</sup> No cabe la adopción del *nasciturus*, al ser necesario el asentimiento de la madre; y éste (por imperativo del art. 177 CC, en su redacción por la Ley 26/2015, de 28 de julio) no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto, en lugar de los 30 días vigentes con anterioridad a la reforma, con lo se viene a dar cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Adopción de Estrasburgo de 27 de noviembre de 2008, y ratificado por España. Obviamente, y con mayor razón, no cabe la adopción del *concepturus*.

En el adoptado no han de concurrir, pues, más requisitos que el de haber nacido, alcanzando así en consecuencia capacidad jurídica, y no haber alcanzado aun la emancipación. La regla general es, pues, que pueden ser adoptados los *menores no emancipados*.

### III. PROHIBICIONES.

Inciendo desde luego tanto en el adoptante como en el adoptando, las prohibiciones recogidas en el párrafo tercero del art. 175 son las siguientes:

“No puede adoptarse: 1º A un descendiente. 2º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad. 3º A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela”.

Por cuanto se refiere a la ausencia de determinadas relaciones familiares para que sea posible la adopción, procede incluir aquí la imposibilidad de que un cónyuge adopte al otro<sup>10</sup>. No es posible, asimismo, la adopción de un descendiente<sup>11</sup>, ni de un pariente en segundo grado de línea colateral por consanguinidad<sup>12</sup> o afinidad<sup>13</sup> (art. 175.3 CC).

En lo atinente a la prohibición relativa a tutor y pupilo, claramente se infiere la razón de su existencia que no es otra que la protección de los intereses del tutelado. Para la consecución de este objetivo, el legislador no duda en posponer la eventual adopción hasta la aprobación definitiva de las cuentas de la tutela. Con todo, la doctrina no es concorde en cuanto a si, prescrita la acción para exigir la rendición de esta cuenta, desaparecería la prohibición al desaparecer su *ratio*. Dada la naturaleza de la norma, es obvio que la sanción de los actos en contravención de aquella será la de nulidad radical o de pleno derecho.

### IV. LA DECLARACIÓN DE IDONEIDAD.

---

<sup>10</sup> No es posible un acto cuyo resultado – matrimonio entre parientes en línea recta por adopción – es objeto de prohibición expresa por el art. 47. 1 CC.

<sup>11</sup> La prohibición de adoptar al propio hijo no sólo impide una institución inútil en cuanto a su fin primario (dar una relación de filiación legal *sustitutiva* de una filiación por naturaleza), sino que además evita que se utilice la adopción para efectos contrarios a ese fin: la extinción de los vínculos de filiación entre el adoptado y el otro progenitor.

<sup>12</sup> La prohibición de adoptar a un hermano se apoya, obviamente, en la utilidad y conveniencia de evitar una adopción que, al fin y a la postre, produciría efectos análogos a los de una unión incestuosa (art. 125 CC).

<sup>13</sup> La prohibición, referida a los cuñados, resulta excesiva (a juicio de autorizada doctrina). De otro lado, no resulta del todo congruente con el criterio legal restrictivo adoptado por el legislador que no se excluya que pueda ser adoptante el suegro o el que es hermano por adopción; o que no se excluya por ley la adopción de la persona con la que el adoptante tiene un hijo.

Más que como “requisito” para la adopción, la *declaración de idoneidad* se presenta como verdadero presupuesto de aquella. “Para iniciar el expediente de adopción será necesaria – afirma el art. 176.2 CC – la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública *haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta*”.

Mérito de la reforma del régimen de la adopción por la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha sido el de llevar al articulado del Código una amplia definición de lo que el propio legislador entiende por *idoneidad*:

“Se entiende por *idoneidad* – afirma el párrafo 3 del art. 176 CC, en su nueva redacción – 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<sup>14</sup>.

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

De otra parte, la introducción por la Ley 26/2015 en el art. 178 surgido de aquélla de la denominada *adopción abierta*, se deja sentir asimismo en el ámbito de la *declaración de idoneidad*, por cuanto “deberá hacerse constar (en ella) si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen” (art. 178, 4, último párrafo).

Aunque cada Comunidad Autónoma había venido regulando, de modo similar en lo sustancial, los criterios para la concesión del llamado “certificado de idoneidad”, constituyendo denominador común en orden a la obtención, en su caso, de dicho certificado, una valoración positiva (tras los estudios pertinentes) acerca de una serie de extremos (en lo fundamental, aptitud psicológica y social en consideración a la situación personal, familiar y médica de la persona que pretendiere adoptar, medio social, motivos que le animaren y aptitud para asumir una adopción), no resulta improcedente el establecimiento de un margo general de referencia, contenido ahora en el articulado del Código.

## V. EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN.

---

<sup>14</sup> En tema de idoneidad para la adopción nacional e internacional, valorando como serias y realistas las expectativas de la demandante, capacidad para atender a las necesidades educativas y emocionales e ingresos económicos adecuados para hacer frente a la maternidad, y concurrencia de las características necesarias para optar a la solicitud de adopción, SAP Valencia 3 diciembre 2015 (JUR 2016, 127402).

## 1. Diversidad de elementos.

El procedimiento para la adopción consta de elementos de diversa naturaleza: administrativos unos, judiciales otros.

## 2. El procedimiento judicial.

Las fases más importantes del procedimiento judicial son sustancialmente coincidentes tanto en el supuesto en el que el expediente se inicie por *propuesta previa* de la entidad pública, como en aquél otro en el que sea posible su iniciación en virtud de una solicitud privada. La diferencia, supuesto que se produzca, afecta únicamente a la que cabría denominar “fase de iniciación” del expediente: en vez de iniciarse este por *propuesta previa*, lo será en virtud de *solicitud privada*.

### A) Propuesta previa de la entidad pública e iniciación del expediente

Salvo que concurra en el adoptando alguna de las cuatro circunstancias enumeradas en el art. 176. 2 CC (a las que se hará referencia posteriormente), será necesario en todo caso en orden al inicio del expediente de adopción la *propuesta previa* de la entidad pública correspondiente a favor del (los) adoptante (es) que la entidad pública haya declarado *idóneos* para el ejercicio de la patria potestad.

En la propuesta de adopción se harán constar especialmente las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados.

Con la propuesta se presentarán, en su caso, los informes de la entidad colaboradora, y cuantos informes o documentos se juzguen oportunos.

En definitiva, la/s persona/s interesada/s en adoptar deberá/n dirigirse a la entidad pública competente en la comunidad autónoma en que resida, y esa misma entidad determinará la “idoneidad” del solicitante para la adopción pretendida (presupuesto, claro es, el carácter favorable de los estudios e informes pertinentes). Una vez declarado “idóneo”, la entidad puede realizar propuesta de adopción a favor del adoptante y, con esa propuesta se inicia el procedimiento de adopción.

Importa señalar aquí, por cuanto constituye una de las principales novedades de la reforma por la Ley 26/2015, siquiera solo tangencialmente incida en la materia que nos ocupa, la regulación ex novo de la *guarda con fines de adopción*, figura esta que hace posible que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia

provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial. Se trata así de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia.

A *la guarda con fines de adopción* se refiere el art. 176 bis.1:

“La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el art. 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto, la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela”.

## B) Intervenciones.

Las intervenciones en el procedimiento, entendidas como actos procesales previos a la resolución judicial, son susceptibles de clasificación en tres grupos: a) los consentimientos; b) los asentimientos; c) las audiencias<sup>15</sup>.

### a) *Los consentimientos.*

Han de consentir la adopción, en presencia del juez<sup>16</sup>, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años<sup>17</sup>.

Tales consentimientos implican la aceptación libre y plena, en concepto de parte, de la relación jurídica paterno-filial adoptiva<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Refiriéndose a la triple distinción entre “consentimiento”, “asentimiento” y “mera audiencia” por parte del art. 177 CC, SAP Murcia 23 diciembre 2015 (AC 2015, 1841).

<sup>16</sup> V. este respecto SAP Castellón, A 57/2012, 4 Octubre (LL 231370/2012), la cual se pronuncia en los siguientes términos: “La falta de consentimiento (del adoptante o adoptantes en presencia del Juez) no puede ser suplida por el hecho de que los fallecidos se hubieran hecho cargo del solicitante como si se tratara de un hijo, ni de que en el testamento notarial abierto le instituyeran como heredero universal, incluso denominándole ‘hijo adoptivo’, pues los documentos privados en los que se expresa la voluntad de entrega por parte de la madre biológica de su hijo en acogimiento con la posibilidad de recuperarlo, no pueden suplantar el consentimiento de los adoptantes”.

<sup>17</sup> Si fuere capaz naturalmente para prestar ese consentimiento.

<sup>18</sup> Como ha sido observado por la doctrina, el propósito práctico – causa – de tales consentimientos debe ser la constitución de una relación de filiación (en el caso, adoptiva), por lo que si el propósito práctico fuere otro no habría verdadero consentimiento para la adopción.

La prestación de aquellos es requisito imprescindible. Sin ellos, la adopción no es posible, de una parte, y de otra, aun existiendo esos consentimientos, no vinculan al juez, quien podrá denegar la adopción si existiere causa para ello. A su vez, tales consentimientos son revocables en tanto el juez no dicte resolución.

*b) Los asentimientos.*

Deberán “asentir” a la adopción:

1º. El cónyuge del adoptante o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta (remisión al art. 175. 5 CC)<sup>19</sup>.

2º. Los progenitores del adoptando<sup>20</sup> que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad<sup>21</sup> por sentencia firme o incursos en causa

---

La STS 18 enero 2012 (*Tol 2441274*) contempla “una adopción ficticia, porque no sólo el consentimiento de la madre biológica menor de edad sino también el de los abuelos adoptantes venía afectado por los motivos sociales y personales que les impulsaron a celebrar un negocio jurídico familiar, la adopción, sin desear realmente los efectos de la misma”.

<sup>19</sup> Exigencias estas que, parece, “desentonan” de la línea general seguida por las últimas reformas del CC en materia de Derecho de familia y de sucesiones por causa de muerte. En especial, la Ley 15/2005. Quizá por ello urgiría su concordancia o armonización.

De otra parte, una vez más se deja sentir la carencia de corrección gramatical por parte del legislador, al referirse al “divorcio legal”. ¿Acaso existe otro que no lo sea?

<sup>20</sup> La STS 18 junio 1998 (*Tol 1749*) declara la improcedencia de la acción de extinción de adopción de menor a favor de su tío abuelo, interpuesta por su madre biológica, al no acreditarse la no intervención de esta en el expediente de adopción, de la falsedad de su firma en el acta aprobatoria de su consentimiento, y de su inasistencia a la comparecencia: consideración prioritaria del interés del menor.

La STS 21 septiembre 1999 (*Tol 72869*) califica de nula de pleno derecho, por contravención frontal del art. 177.2.2º CC, la renuncia anticipada de la madre a los derechos-deberes expectantes sobre la nacida. “El sentido de este precepto es meridiano. No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación al parto, y ni siquiera en el periodo de treinta días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día treinta y uno; y nunca con anterioridad al momento del parto” (fundamento de derecho cuarto). En la actualidad, como ya se ha expuesto, el párrafo 3 del art. 177 CC, dispone que “el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido *seis semanas* desde el parto”. No antes, pues, de las cero horas del día cuarenta y tres.

<sup>21</sup> De interés al respecto, la SAP Asturias 10 marzo 2016 (AC 2016, 431), en cuyo fundamento de derecho cuarto se afirma: “tres son las cuestiones que deben ser abordadas por esta Sala, a saber, si está doña Tamara incurso en causa de privación de la patria potestad en relación con la necesidad de asentimiento, si doña Tamara está capacitada para asumir la custodia de su hijo Jesús María y lo más importante, el interés del menor, principio que debe ponderarse por encima de todas las circunstancias”. El fallo afirma no estar “doña Tamara incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto está en condiciones de pronunciarse sobre la situación preadoptiva de su hijo Jesús María”. De sumo interés, como se ha dicho, el pormenorizado relato de los hechos contenido en el fallo: “la recurrente, nacida el 4 de abril de 1997, estando tutelada por la Consejería de Bienestar Social –al hallarse en situación de desamparo desde el mes de octubre de 2008 – se quedó embarazada a la edad de 14 años, dando a luz el 4 de junio de 2012 a Jesús María. La

legal para tal privación<sup>22</sup>. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

---

Administración desde el mismo día del parto, decidió separar a la madre, aquí apelante, del recién nacido, sin que conste se barajaran otras opciones, que, como puso de manifiesto el psicólogo adscrito a los Juzgados de Gijón en su informe posibilitaran o propiciaran la relación madre/hijo, aclarando en el acto de la vista que “la institución proporcione, si tú no sabes, si eres menor de edad, cómo afrontar una maternidad”. En la situación objeto de enjuiciamiento, esa labor preventiva (“enséñame a ser madre”, en palabras del psicólogo) no se desplegó en ningún momento, y en ese contexto se decide, durante un periodo de 7 meses que el contacto entre doña Tamara y Jesús María se circunscriba a una visita semanal de una hora. En dicha época ciertamente constan incidencias protagonizadas por doña Tamara que se reflejan en el expediente remitido a esta Sala, y que sirven de base a la Administración para negar las correctas aptitudes y actitudes de dicha recurrente para ejercitar su condición de madre. Debe realizarse una precisión que no se debe olvidar y puso de manifiesto el psicólogo, y es que sobre dicha falta de aptitudes y actitudes, teniendo en cuenta la edad de Tamara, 15 años en conjunción con la ya referida falta de labor preventiva de la Administración, resulta lógica (la ausencia de actitud y aptitud) en atención a las especiales circunstancias, pero no son base objetiva suficiente para denegar o frustrar la relación madre/hijo. En todas las incidencias siempre se observa el comportamiento de una adolescente que pide disculpas y ayuda, petición que podía haber sido atendida por los organismos competentes, a través de otros mecanismos menos drásticos, conducentes a la reunificación física y emocional madre/hijo. Junto a ello tampoco debe perderse de vista que en el informe que se hace sobre este primer periodo de siete meses se describe a una niña de 15 años que no muestra rechazo hacia su hijo, aunque sí inexperiencia. Pero es que además, en este contexto, consta la intervención de doña Tamara al recurrir la decisión de la Consejería en el mes de julio de 2012, cuando Jesús María contaba apenas un mes de vida, solicitando un aumento de visitas, ayuda de un psicólogo y la mediación ADHOC. Lo sorprendente es que, ante esa actitud de Tamara, el 10 de enero de 2013, se resuelva iniciar la situación de acogimiento preadoptivo de Jesús María que conlleva la drástica reducción de las visitas de la madre una vez al mes, suspendiendo las de la abuela y tía materna. En esta nueva situación doña Tamara sigue asistiendo a las visitas (una al mes) salvo la del mes de mayo, y se describe su actitud como la de alguien que “sí tiene más autonomía”, pero se refiere una actitud distante y desinteresada. Ello no se concilia muy bien con la actitud de Tamara de una cita con “Florián”, trabajador social de la sección de Centros de Menores, a propósito de la preadopción de Jesús María, y su disconformidad, manifestada el 11 de marzo de 2013. En esta dinámica se suceden las actuaciones de la recurrente en aras de mantener la relación con su hijo (defensor judicial, recursos y solicitudes) y las de la Administración que se dirigen a proseguir con la ruptura de la relación madre/hijo en beneficio de la figura de la adopción. De lo anteriormente expuesto no se puede deducir sin más que Tamara esté incurso en causa de privación de patria potestad para obviar el requisito de necesidad de asentimiento. En definitiva el interés del menor se satisface con la decisión de que se reintegre teniendo en cuenta el Principio de restitución a la familia biológica”.

<sup>22</sup> Siendo el propio juez instructor del expediente el que apreciará si se da o no esta causa. En cuanto al momento en que debe determinarse si el progenitor estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad, es el de la declaración de desamparo. V. en este sentido STS 6 febrero 2012 (*Tol 2441171*). Cfr. SAP Jaén 8 enero 2016 (AC 2016, 216), confirmando la de instancia, “La sentencia de instancia concluye que efectivamente la madre doña María Teresa está incurso en causa de privación de la patria potestad, como se desprende de los hechos que dieron lugar a la declaración de desamparo, constando la inviabilidad de la integración del menor con la misma que incluso se reconoce en la propia demanda, por lo que no se estima necesario su asentimiento para la adopción, siendo suficiente su simple audiencia ya realizada”.(fundamento de derecho primero), añadiéndose en el fundamento segundo, “es claro que siendo el interés primordial el del menor, también es un principio rector su mantenimiento en el medio familiar de origen, pero a salvo que no sea conveniente para su interés, esto es, que se derive algún riesgo para el menor ese mantenimiento”.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados<sup>23</sup> para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción. Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el art. 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada. El asentimiento de la madre<sup>24</sup> no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto<sup>25</sup> (se da así cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Adopción Estrasburgo, de 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España).

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

Importa precisar el alcance exacto de estos “asentimientos”: quienes los emiten no van a ser parte en la relación jurídica de filiación adoptiva. En consecuencia, significan “autorización” o “permiso”, lo que no obsta a que, salvo casos de imposibilidad, sean asimismo requisito *sine qua non* para la resolución judicial constitutiva de la adopción.

Por cuanto se refiere a la prestación de “consentimientos” y “asentimientos”, el art. 177.4, en su redacción por la Ley 26/2015, establece lo que cabría calificar de obviedad en el pleno sentido de la palabra: “deberán otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias”.

### *c) Las audiencias.*

Deberán, simplemente, ser oídos por el juez:

---

Contemplando asimismo un supuesto de improcedencia del asentimiento por parte de la madre biológica, incurso en causa de privación de la patria potestad, por antecedentes de consumo de drogas, inserción en un programa de mantenimiento por metadona desde hace más de diez años, ausencia de actividad laboral, dependencia crónica de recursos institucionales, niña sin lazos con la familia materna e integrada en la familia de acogida, SAP Zaragoza 1 diciembre 2015 (AC 2015, 1806). En el mismo sentido, SAAP Santa Cruz de Tenerife 8 julio 2015 (AC 2015, 1347), Cádiz 18 diciembre 2015 (JUR 2016, 45958), padre incurso en causa de privación de la patria potestad, posibles abusos sexuales, negligencias y malos cuidados en todos los ámbitos; Segovia 16 noviembre 2015 (JUR 2015, 302856); Madrid 20 octubre 2015 (JUR 2015, 276475); Córdoba 9 octubre 2015 (AC 2015, 1705); Cantabria 22 septiembre 2015 (JUR, 2015, 268987); Santa Cruz de Tenerife 22 junio 2015 (JUR 2015, 21561); Ourense 15 octubre 2014 (JUR 2015, 4717).

<sup>23</sup> Es caso de imposibilidad la incapacitación – reversible o irreversible – que impida prestar el asentimiento, y también – peligrosamente – la simple imposibilidad de hecho (enfermedad que produzca inconsciencia, incomunicación, no identificación de los padres).

<sup>24</sup> Por el contrario, el padre (matrimonial o no matrimonial) puede prestar válidamente el asentimiento sin esperar a que transcurra plazo.

<sup>25</sup> V. a este respecto STS 9 julio 2001 (*Tol 66380*).

1º. Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción<sup>26</sup>.

2º. El tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores<sup>27</sup>.

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

### C) Tramitación.

En la tramitación del procedimiento, contenido ahora en los arts. 33 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, el juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias considere oportunas en orden a asegurarse de que la adopción sea en interés del adoptando (art. 39.1 Ley 15/2015)<sup>28</sup>, viniendo atribuida la competencia para conocer del mismo “al Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante” (art. 33 de la LJV). “La tramitación del expediente de adopción – añade el art. 34. 1 de la citada LJV – tendrá carácter preferente y se practicará con intervención del Ministerio Fiscal”. “Todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva, excepto en los supuestos recogidos en los apartados 2 y 4 del art. 178 y sin perjuicio de lo establecido en el art. 180 del Código Civil” (art. 39.2 LJV).

### D) Terminación.

El procedimiento de adopción concluye con auto judicial<sup>29</sup> (art. 39.4 LJV) que, caso de ser favorable, *constituye* la adopción. Contra el auto que resuelva el expediente, cabe recurso de apelación, que tendrá carácter preferente, sin que produzca efectos suspensivos.

---

<sup>26</sup> Bastará, pues, la simple audiencia cuando los padres se encuentren incurso en causa para la privación de la patria potestad, aunque aún no se haya dictado sentencia que les prive de ella, o cuando el hijo se hallare emancipado (art. 177.2.2º CC)

<sup>27</sup> Dado que la Ley no distingue, la referencia hay que entenderla hecha tanto a los guardadores legales (incluida la entidad pública en el caso del art. 176.2.3 CC, acogidos respecto a los cuales no se exija propuesta previa) como a los de hecho.

<sup>28</sup> Y ello en atención a que, como destaca la STS 6 febrero 2012 (*Tol 2441171*), “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>29</sup> Resolución judicial, pues, que ha de ser motivada. De interés es la STS 17 julio 2008 (*Tol 1351250*), por cuanto se refiere, a las diferencias (otorgamiento de escritura pública, en cuanto a la denominada “adopción plena”, en la legislación anterior a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y la actual, auto judicial), expresivas por lo demás de una diferente concepción de la misma figura de la adopción.

Obviamente, la circunstancia de que la adopción *se constituya* por resolución judicial (tal y como afirma, de modo un tanto solemne, el párrafo primero del art. 176 CC), no significa en modo alguno sostener que el *acto judicial*, por si mismo, sea suficiente para constituir la adopción. En síntesis, sin ese *acto*, no será posible entender perfecta o constituida la adopción, pero, a su vez, sin la existencia de las pertinentes “voluntades” o “declaraciones de voluntad” (“consentimientos” y “asentimientos”), el *acto judicial* se proyectaría en el vacío y por ello se ofrecería radicalmente insuficiente en orden a constituir o declarar adopción alguna.

“El testimonio de la resolución firme en que se acuerde la adopción se remitirá al Registro Civil correspondiente, para que se practique su inscripción” (art. 39.5 LJV), al margen de la inscripción de nacimiento del hijo adoptivo (art. 46 LRC 1957, y, a partir de la inscripción, se produce el cierre registral respecto de terceros que tendrán restringido el acceso a la publicidad de la adopción (arts. 21 y ss. RRC)<sup>30</sup>.

Consecuentemente con lo que se acaba de decir, la certificación en extracto de nacimiento ordinaria: “tratándose de adoptados, mencionará únicamente el nombre del padre y madre cuyos apellidos ostentan en primer lugar” (art. 29 RRC).

El art. 46 de la LRC ha sido objeto de ligera modificación por la Ley 13/2005, que ha suprimido en el mismo la referencia a la quiebra y a la suspensión de pagos, y ello por consecuencia de la aprobación por Ley 22/2003, de la nueva Ley Concursal.

#### E) Iniciación del expediente de adopción en virtud de solicitud privada.

Por excepción, el art. 176.2, en el segundo de sus apartados, se refiere a una serie de supuestos, cuya enumeración ha de considerarse cerrada, y en los que es posible la iniciación del expediente de adopción en virtud de *solicitud privada*:

“No obstante, no se requerirá tal propuesta (la *propuesta previa* de la Entidad Pública) cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> La Instrucción de la DGRN de 15 de febrero de 1999 dispone que, en el asiento de inscripción, se haga constar como padres únicamente a los adoptivos, sin mención alguna al carácter de “adoptivos”, en plena igualdad, pues, con los biológicos. Los datos biológicos constarán en asiento diferente, con publicidad restringida, en cuanto sólo podrá ser consultado por el hijo, alcanzada la mayoría de edad, por los padres adoptivos y por aquellos terceros que obtuvieren autorización judicial.

<sup>31</sup> Excluido, obviamente, el parentesco por consanguinidad en línea recta, se impone referir aquél a la línea colateral, tíos y sobrinos, ya por consanguinidad, ya por afinidad.

b) Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal<sup>32</sup>.

c) Llevar más de un año en guarda con fines de adopción<sup>33</sup> o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.

d) Ser mayor de edad o menor emancipado, y haberse producido la situación de acogimiento o de convivencia estable a que se refiere el art. 175.2 CC.

Por su parte, el párrafo 4 del art. 176 establece que “Cuando concorra alguna de las circunstancias 1ª, 2ª o 3ª previstas en el apartado 2 podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento o el mismo hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento”

## VI. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN.

Una vez constituida la adopción, los efectos de la misma se producen en un doble plano:

1º. La extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen (art. 178. 1. CC).

No parece quepa duda en cuanto a que la premisa anterior sigue constituyendo regla general. Con todo, la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha introducido al respecto una importante novedad en el articulado del Código, “la posibilidad de que, a pesar de que al constituirse la adopción se extingan los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de procedencia, pueda mantenerse con algún miembro de ella alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones, lo que podría denominarse como *adopción abierta*. La oportunidad de introducir esta figura -añade el preámbulo de la Ley 26/2015- obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la “pérdida”, y que el

---

<sup>32</sup> La posibilidad de adopción por cualquier persona de los hijos de su cónyuge, es la que se viene utilizando en los casos de matrimonio entre personas del mismo sexo para establecer una filiación legal conjunta respecto del niño, muy especialmente, en el caso de mujeres casadas con otra mujer, que acudían a la utilización de técnicas de reproducción asistida y tenían un niño luego adoptado por su esposa, hasta que la reforma en 2007 de la Ley 14/2006, de reproducción asistida, ha permitido que las esposas presten su consentimiento a la determinación de la filiación antes del nacimiento del menor.

<sup>33</sup> Con el consentimiento de la entidad pública o por resolución judicial.

menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que aunque no estuviera formalizada continúa por la vía de hecho”.

El carácter ciertamente delicado de la novedad legislativa se deja sentir en el cúmulo de precauciones y cautelas que, aludidas asimismo en el preámbulo, se establecen de modo pormenorizado en el prolijo párrafo 4 del art. 178 surgido de la reforma de 2015, y cuya transcripción parece desde luego oportuna:

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

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

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

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

2º. El nacimiento de una relación jurídica de filiación idéntica a la biológica (art. 108. 2 CC).

1. La subsistencia excepcional de los vínculos jurídicos con la familia anterior.

Excepcionalmente, según dispone el apartado segundo del citado art. 178 CC, “subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda:

1º. Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido.

El cónyuge del progenitor (padrastra o madrastra) deviene padre adoptivo, subsistiendo lógicamente, como no podría ser de otra manera, los vínculos jurídicos del adoptado con su familia biológica, aunque el progenitor o progenitora fallezca.

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

Aquí se está haciendo referencia a un supuesto de filiación no matrimonial, pues únicamente en este ámbito es posible que uno solo de los progenitores haya sido determinado legalmente.

## 2. Persistencia de los impedimentos matrimoniales.

Por su parte, el párrafo 3 del citado art. 178 dispone que “Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales” (arts. 46 a 48 CC).

Como no podría ser de otro modo, persiste el régimen de impedimentos para contraer matrimonio entre el adoptado y su familia por naturaleza; y ello, por la obvia razón de que la adopción no puede “borrar” los vínculos biológicos (así, el adoptado no podrá contraer matrimonio con su hermana biológica).

Por cuanto se refiere al nacimiento de una relación jurídica de filiación idéntica a la biológica, y consecuentemente con ese principio de absoluta equiparación de efectos legales entre ambas clases de filiación, la adopción atribuye al adoptante (o adoptantes) el conjunto de derechos y deberes que derivan de la patria potestad: entre adoptante y adoptado se produce plenitud de derechos sucesorios (legítimas, llamamiento a la sucesión intestada); la adopción determina el régimen de los apellidos, el extranjero menor de dieciocho años adoptado por español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen (art. 19.1 CC), y si fuere mayor de esa edad, podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción (art. 19.2 CC).

### 3. El derecho del hijo adoptivo a conocer sus orígenes biológicos.

El art. 180.5 CC, introducido por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, facultaba ya al hijo adoptivo para conocer sus orígenes biológicos, consagrando, así, un derecho al servicio del libre desarrollo de su personalidad, carente de consecuencias patrimoniales.

“Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad, o durante su minoría de edad, representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos”. Este era el texto vigente hasta la entrada en vigor de la reforma por la Ley 26/2015, que viene a reforzar el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas, obligando a las Entidades Públicas a garantizarlo y mantener la información durante el plazo previsto en el Convenio Europeo de Adopción, y al resto de entidades a colaborar con las primeras y con el Ministerio Fiscal.

En el trasfondo de esta modificación parece esté el caso de los niños robados.

Las entidades públicas y privadas tendrán, pues, la obligación de guardar los datos del menor adoptado durante cincuenta años (tal y como prevé el Convenio Europeo de Adopción) y tendrán que aportarlos cuando les sean requeridos. Por lo demás, se trata de una búsqueda más habitual en los casos de adopción nacional que en los internacionales.

Los apartados 5 y 6 del art. 180, en su nueva redacción, se ocupan, aseguran y refuerzan los derechos del menor en tan delicada materia.

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

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

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

## VII. EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN.

La adopción, una vez constituida, es irrevocable (art. 180.1 CC). Fácilmente se comprende que la propia trascendencia de la adopción y el cambio de integración familiar que supone, no puede quedar sometido al albur del capricho o de los cambios de ánimo de los sujetos en ella interesados y, en particular, del adoptante. De otra parte, aunque en estrecha conexión con lo anterior, la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción (art. 180.4 CC).

No obstante, el CC prevé la posibilidad de que el juez pueda acordar la extinción de la adopción a petición de cualquiera de los progenitores que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente de adopción, en los términos expresados en el art. 177, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor (art. 180.2. CC).

Si el adoptado fuere mayor de edad, la extinción de la adopción requerirá su consentimiento expreso (art. 180.2, último párrafo).

La extinción de la adopción – precisa el art. 180.3 CC – no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.

Obviamente no parece pueda considerarse propiamente como supuesto de extinción de la adopción, y sí de privación de la patria potestad (siquiera en este caso conferida en virtud de una filiación adoptiva) el descrito en el párrafo 1 del art. 179, a cuyo tenor:

“El Juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad, quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias”.

En relación con la irrevocabilidad de la adopción, importa tener en cuenta lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 54/2007, de adopción internacional:

“En particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes.

Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia

deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil”.

