

# Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (1)

por

SALOMÉ ADROHER BIOSCA

*Profesora Propia Ordinaria de Derecho Internacional Privado.*

*Directora del Departamento de Derecho Privado*

*Universidad Pontificia Comillas. Madrid*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. CAPACIDAD, IDONEIDAD Y ELECCIÓN. TRES CATEGORÍAS DIFERENCIADAS:
  - 2.1. CAPACIDAD:
    - A) *Estado civil.*
    - B) *Edad.*
    - C) *Prohibiciones para adoptar.*

---

(1) Trabajo realizado en el marco del proyecto I+D nacional n.º SEJ 2006-1286 titulado «Adopción internacional: la integración familiar y social de los menores adoptados internacionalmente. Perspectivas interdisciplinarias y comparativas». Las conclusiones generales de este trabajo fueron objeto de una conferencia pronunciada en el primer Forum Internacional de Infancia y Familias titulado *De filias y fobias: del parentesco biológico al cultural. La adopción, la homoparentalidad y otras formas de construcción de familias diversas*. Organizado por el CIMU, la Universidad Autónoma de Barcelona y la Secretaría de Familias e Infancia de la Generalidad de Cataluña los días 29-30 de septiembre y 2-3 de octubre de 2006. Anexo al presente estudio un listado de la bibliografía utilizada (de forma que las citas mencionarán únicamente el nombre del autor y la fecha en su caso), un listado de las normas autonómicas reguladoras de la selección de los adoptantes (de manera que citaré dichas normas únicamente según su procedencia sin referirme a fecha ni publicación y al resto de normas de forma completa) y un listado de Jurisprudencia (de forma que citaré las sentencias por el nombre —provincia— de la Audiencia y fecha de la sentencia).

2.2. IDONEIDAD:

- A) *Regulación estatal generalista y autonómica fragmentada.*
- B) *Análisis de la Jurisprudencia española más reciente sobre idoneidad adoptiva.*

2.3. ELEGIBILIDAD.

3. LA SELECCIÓN DE LOS ADOPTANTES EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL:

3.1. APLICACIÓN CUMULATIVA DE DOS SISTEMAS JURÍDICOS.

3.2. IDONEIDAD *EX ANTE* O *EX POST* LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

4. CONSIDERACIONES FINALES.

BIBLIOGRAFÍA.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE CAPACIDAD, IDONEIDAD Y ELEGIBILIDAD.

JURISPRUDENCIA DE AUDIENCIAS PROVINCIALES ESPAÑOLAS EN MATERIA DE IDONEIDAD.

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los sectores del Derecho Civil que más profundamente se ha transformado en los últimos años es el Derecho de protección de menores que ha acusado una progresiva «administrativización» o publicación de su estatuto jurídico que algunos han denominado «metamorfosis socializante». Tradicionalmente se había estimado que la protección de los incapaces era una materia que incumbía por entero al Derecho Privado: el componente eminentemente patrimonialista de las instituciones de «guarda», el bien jurídico protegido y su reglamentación en los Códigos Civiles eran elementos que avalaban por sí solos este punto de partida (2).

En la actualidad, sin embargo, se asiste a una creciente intervención del Estado en este ámbito, evolución que ya se apuntó proféticamente en el conocido caso Boll, resuelto por el Tribunal Internacional de Justicia el 28 de noviembre de 1958. En él se evidenció la diferente concepción entre un sistema, como era en aquel momento el holandés, que frente a situaciones de desprotección respondía básicamente a través de instituciones como la tutela y las nuevas formas de protección de menores que en países como Suecia tenían ya un carácter esencialmente público (3). El Estado ha irrumpido por

---

(2) ADROHER BIOSCA, S. (2005).

(3) Una extensa explicación y comentario a dicho caso puede verse en DURÁN AYA-GO, 181-192.

tanto en el Derecho Civil, sobre todo en los países de Estado del bienestar, reclamando para sí la protección del más débil que no siempre se da en el seno familiar, y que desde luego ya no se presupone.

Pues bien, la institución que ha acusado de forma más importante esta transformación ha sido la adopción. En Europa, la progresiva publicación de las normas sobre protección de menores en general y sobre adopción en particular han convertido en esencial la intervención de las entidades públicas en los procesos de constitución de una relación adoptiva (4). Esta intervención tiene lugar en varios momentos y en relación a diversas cuestiones que básicamente pueden resumirse en tres: la declaración de los que se ofrecen para adoptar como aptos para ello, la declaración del niño abandonado como adoptable y la asignación de los adoptantes elegidos al niño.

Este trabajo versa sobre la primera de las cuestiones, la elección y selección de los futuros padres adoptivos y la reciente y controvertida responsabilidad de las autoridades públicas en dicha función, responsabilidad que, sin embargo, no tiene como único cauce la verificación de la capacidad, idoneidad y elegibilidad de los mismos. En otros países europeos con larga experiencia en esta materia se ha optado por concentrar los esfuerzos en la información y preparación preadoptiva y en el apoyo postadoptivo o al menos en darle a estas otras fases el mismo peso específico que a la idoneidad (5): ¿no es mejor que un potencial adoptante desista de su pretensión de convertirse en padre tras una preparación adecuada que sea la Administración quien tras un «examen» le declare inidóneo? ¿No podrían desaparecer algunas causas de no idoneidad si fueran trabajadas con seriedad en una preparación? ¿No podrían evitarse muchos problemas posteriores de adaptación de la familia y el niño a través del apoyo post-adoptivo? La información y la preparación preadoptiva, obligatoria ya en diversas Comunidades Autónomas (CCAA), es a mi juicio la mejor «autoevaluación» sobre la propia idoneidad. Los datos comienzan a hablar por sí solos: en la Comunidad de Madrid en 2004 pidieron información 2.000 familias, acudieron a la formación 1.400 y solicitaron idoneidad 1.350 (6). Parece, por tanto, que la inversión fundamental debe realizarse en estas dos cuestiones de la pre y la post-adopción.

Hay países en cambio que ponen el acento en la verificación de la idoneidad. En Alemania, por ejemplo, en un estudio de 1986 se señalaba que uno de cada tres solicitantes eran declarados no idóneos por su incapacidad para comprender las especiales necesidades de los niños provenientes del tercer mundo o por su situación familiar o motivaciones. A juicio de su autor,

---

(4) PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., 156-7.

(5) PALACIOS, J. (2006).

(6) Datos ofrecidos por el Director Gerente del Consejo de Administración del Instituto Madrileño del Menor y la Familia en una reunión del Consejo en 2005 (Consejo del que formo parte).

este riguroso control de los adoptantes explica que el índice de adopciones fracasadas fuera en aquel momento tan solo de un 2 por 100 (7).

Pero incluso acogiendo un modelo basado en la preparación y post-adopción, éstas nunca van a sustituir la necesidad y exigencia legal de la decisión final de la administración en la selección de los futuros padres adoptivos (8). Debe tenerse en cuenta la experiencia de otros países, según la cual muchos de los fracasos se han dado en adopciones privadas en las que no ha existido un estudio de idoneidad de los adoptantes (9).

Voy a centrar mi estudio, por consiguiente, en la verificación que el Estado realiza de la capacidad, idoneidad y elegibilidad, que en España «es la estrella del proceso y la que más recursos moviliza y causa más preocupaciones» (10). En este contexto es fácilmente comprensible que el sistema jurídico imponga unas limitaciones objetivas, como son la edad o el estado civil como condiciones de «capacidad» para realizar cualquier acto jurídico como es la adopción o el matrimonio. Sin embargo, la verificación por parte de una autoridad de las cualidades, características o competencias de los interesados para permitirles adoptar o para considerarles mejor o peor situados en la «lista de espera de futuros adoptantes» no es siempre comprendida y asumida. Podríamos comparar esta exigencia a la que en los últimos años, y debido a la existencia de matrimonios de conveniencia, ha llevado a los encargados del Registro Civil a analizar la veracidad del consentimiento matrimonial de quienes van a contraer matrimonio con extranjeros (11). En ambos casos, la intervención de una autoridad pública se puede percibir como una intromisión en la vida privada, como un «examen» de cuestiones muy difícilmente valorables objetivamente (voluntad de fundar una familia, en un caso, cualidades y competencias para ser padres adoptivos en otro) y además cuestiones que deben predecirse *a priori*, ya que la autenticidad del consentimiento se verifica cuando los cónyuges todavía no se han casado y la idoneidad cuando todavía los solicitantes no son padres adoptivos (12), y sin embargo, en el caso de la adopción, esta intervención está plenamente justi-

---

(7) KÜHL, W., WINTER-STEIN, A.

(8) En este sentido reviso afirmaciones mías anteriores, ADROHER BIOSCA, S. (1999-2).

(9) HOKSBERGEN, R. A. C.

(10) PALACIOS, J. (2006).

(11) Puede verse al respecto la Instrucción de 31 de enero de 2006 de la DGRN sobre los matrimonios de complacencia (BOE, núm. 41 de 17 de febrero de 2006).

(12) Así se expresa en las sentencias de las Audiencias Provinciales (AP) de Asturias (15-3-2004) y de Málaga (6-4-2005): «La apreciación de si unas personas tienen capacidad o disposición para el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad, que no es otra cosa que la aptitud o idoneidad, presenta evidentes dificultades, no ya tanto porque ha de hacerse previamente a su ejercicio y por ello sin que los mismos hubieran tenido oportunidad de demostrar en la práctica tal idoneidad, sino, muy especialmente, porque incide en comportamientos humanos de futuro y por ello, no siempre previsibles».

ficada por la gravísima responsabilidad en la que incurre el Estado al decidir a quién entrega un niño que ha sufrido un abandono.

La exigencia de la idoneidad, como he señalado, es relativamente reciente. Se ha afirmado (13) que su obligatoriedad deriva de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (14), si bien este importantísimo convenio multilateral de carácter universal, que han ratificado gran parte de los países del mundo, regula en su artículo 21 la adopción sin mencionar de forma específica esta responsabilidad estatal, que podría deducirse, no obstante de la exigencia genérica de que en la adopción «el interés superior del niño sea la consideración primordial» (15).

Es sin embargo el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (16), el que alude de forma precisa a esta necesidad en sus artículos 5 y 15.

Si bien España sólo ha tenido una obligación jurídica internacional de verificar la aptitud de los adoptantes en la adopción internacional desde la entrada en vigor de este Convenio (que para España fue en 1995), con anterioridad a esta fecha, nuestro Derecho ya exigía la intervención de la Administración en la selección de los adoptantes. Fue la Ley 21/1987 por la que se modificó el Código Civil (CC) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en materia de adopción y otras formas de protección de menores, la norma estatal que por primera vez introdujo esta exigencia ya anunciada en su preámbulo (17), si bien no utilizó el término «idoneidad» y además no lo hizo modificando el articulado del CC, sino el de la LEC (18). «La selección

---

(13) CALZADILLA MEDINA, A., 114.

(14) BOE, núm. 313, de 1 de diciembre de 1990.

(15) Así lo señala CALVO BABÍO, F., 270, justificándolo en el carácter programático de esta norma.

(16) BOE, núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

(17) Preámbulo: *Se acusaba, sobre todo en la legislación anterior, una falta casi absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción, necesario si se quiere que ésta responda a su verdadera finalidad social de protección a los menores privados de una vida familiar normal. Esta ausencia de control permitía en ocasiones el odioso tráfico de niños, denunciado en los medios de comunicación, y daba lugar, otras veces, a una inadecuada selección de los adoptantes. (...) Cabe señalar que, con esta mira, la adopción no será ya un simple negocio privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza, sino que se procura la adecuada selección de aquél de modo objetivo, con lo que también se contribuirá a la supresión de intermediarios poco fiables bien o mal intencionados. En esta misma línea, pieza clave de la nueva Ley, son las instituciones públicas o las privadas que colaboren con ellas y a las que se encomienda, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción.*

(18) Artículo 1.829: *En la propuesta de adopción, formulada al Juez por la entidad pública, se expresarán especialmente: a) 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.*

de los adoptantes y la forma de llegar los niños eran, en 1987, la principal razón para modificar la ley de adopción» (19).

Algunas normas autonómicas de rango diverso posteriores a esta Ley recogieron también esta exigencia, en algún caso con formulaciones, todavía en aquellos años, muy genéricas (20).

Fue sin embargo la Disposición Final décima de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor (LOPJM), la que introdujo esta exigencia en el artículo 176 del CC, señalando en su prólogo que era una exigencia nueva derivada de nuestros compromisos internacionales (21).

Por tanto, aunque los legisladores autonómicos habían regulado con anterioridad la exigencia de idoneidad, fue 1996 la fecha en la que el texto legal que simbólicamente representa el «Derecho de adopción», el CC la incorporó legalmente. Esta novedad coincidió con dos circunstancias importantes. Por un lado, la progresiva definición de las competencias autonómicas en la materia, fruto de la concepción territorialmente descentralizada del Estado, y por otra con la irrupción en este contexto de un fenómeno entonces nuevo en España, la adopción internacional, que contribuye a hacer más compleja la tarea de la «selección» de los adoptantes. Analizaré ambas cuestiones en los siguientes epígrafes.

## 2. CAPACIDAD, IDONEIDAD Y ELECCIÓN. TRES CATEGORÍAS DIFERENCIADAS

La determinación de la aptitud de los que se ofrecen para la adopción para ser finalmente padres adoptantes, requiere en el ordenamiento jurídico español, como sucede con los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que se den tres condiciones:

1. Ser considerado capaz conforme a las exigencias de capacidad objetivas previstas en el CC. La capacidad para adoptar se tiene o no se tiene, es absoluta en unos casos o relativa en relación con un determinado menor en otros, y no es preciso que nadie la declare.

---

(19) MARRE, D. BESTARD, J., 34.

(20) Algunas de ellas fueron normas con rango de Ley, como es el caso del artículo 22.1 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre mesures de protecció dels menors desparats i de l'adopció de Catalunya.

(21) *En materia de adopción, la Ley introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que habrá de ser apreciado por la entidad pública, si es ésta la que formula la propuesta, o directamente por el Juez, en otro caso. Este requisito, si bien no estaba expresamente establecido en nuestro Derecho positivo, su exigencia aparece explícitamente en la Convención de los Derechos del Niño y en el Convenio de La Haya sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional y se tenía en cuenta en la práctica en los procedimientos de selección de familias adoptantes.*

2. Ser declarado idóneo por la administración autonómica competente y en base a normativa o pseudo-normativa de origen autonómico. La administración realizará un estudio psico-social a los adoptantes capaces para determinar el grado de adecuación de sus capacidades, recursos y proyecto adoptivo a la realidad de la adopción. No todos los adoptantes capaces serán declarados idóneos. Como veremos, si los requisitos de capacidad son objetivos, los de idoneidad no lo son siempre y suponen una valoración de determinadas circunstancias de quienes se ofrecen para adoptar.

3. *Ser elegido*. De todos los que se ofrecen como adoptantes y que son considerados capaces y declarados idóneos, sólo serán elegidos para ser asignados a niños adoptables aquellos que mejor se ajusten a las necesidades de dichos niños (22). En muchos casos hay más adoptantes que se ofrecen que niños adoptables que esperan una familia, y por tanto los sistemas jurídicos establecen criterios de preferencia o de *elegibilidad* (23).

Es importante distinguir con nitidez estos tres aspectos: en ocasiones se confunden los dos primeros, considerando que la idoneidad es la verificación de que los adoptantes reúnen requisitos objetivos de capacidad (24) y en ocasiones se considera que la idoneidad se concede para un niño en concreto cuando esto es la elegibilidad que conduce a la asignación (25).

Pues bien, cuando la adopción es internacional, estas tres condiciones o «exámenes» deben verificarse tanto con arreglo al Derecho español como al Derecho del país del que proviene el niño. Por tanto en estos casos hay que ser doblemente examinado con la mayor dificultad consiguiente. Veamos estas cuestiones por separado.

---

(22) En ocasiones el empleo de la terminología no es pacífico. Así en el Decreto extremeño, la elegibilidad se denomina selección (título II, capítulo II).

(23) Es llamativo que la guía para solicitantes de adopción elaborada en 1995 por el MTAS confundiera idoneidad con elegibilidad: «Uno de los documentos más importantes es un informe psico-social que tiene que ser elaborado por los servicios de menores de su Comunidad Autónoma. Este informe no consiste en una especie de examen que hay que aprobar, sino que su finalidad es proporcionar la información lo más completa posible a los profesionales del otro país para poder seleccionar la familia más adecuada a cada menor buscando los mejores condiciones de adaptación por ambas partes» (29).

(24) Así lo ha señalado recientemente la DGRN en su Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (BOE de 30 de agosto de 2006): «El certificado de idoneidad debe acreditar la capacidad jurídica del solicitante, siempre con arreglo a la Ley material española (art. 9, núm. 1 y núm. 5-I del Código Civil)». Así se recoge también de forma expresa en el manual técnico de la Comunidad de Madrid (CASALILLA GALÁN y cols., 2006, 53).

(25) CALVO BABÍO, F., 281-4.

## 2.1. CAPACIDAD

La capacidad para adoptar supone la concurrencia de una serie de requisitos objetivos previstos en el CC (26), ya que debe recordarse en este punto que la legislación civil (a salvo los derechos forales) es competencia exclusiva del Estado según el artículo 149 de nuestra Carta Magna. Los requisitos previstos por el CC que, en la actualidad (27), hacen referencia básicamente al estado civil, la edad y el parentesco, responden a la premisa de que la familia adoptiva es una familia igual que la biológica y por tanto debe serlo también en su configuración (28).

### A) *Estado civil*

En España pueden adoptar personas casadas o solteras y también desde 1987 las parejas de hecho heterosexuales (29). A estas últimas la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley 21/1987 (30) les reconoció la capacidad adoptiva a través de una técnica jurídica cuestionada y criticada por dos razones: en primer lugar, porque no modificó de frente el CC sino «a escondidas» a través de una Disposición Adicional, y en segundo lugar por la no concreción del concepto «pareja de hecho», que puede dar lugar a fraudes y que ha obligado a algún legislador autonómico a una definición más cerrada (31). En todo caso la pareja o el matrimonio debe ser estable y la estabilidad se concretará en las normas autonómicas de idoneidad, bien exigiendo un tiempo de convivencia determi-

---

(26) Artículo 175.1: *La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado. 3. No puede adoptarse: 1.º A un descendiente. 2.º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad. 3.º A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.*

(27) En la redacción originaria del CC existían otras limitaciones para adoptar que han desaparecido. Así se prohibía a los eclesiásticos o como en 1970 se reformuló «a las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio», entre otros.

(28) «La filiación natural determina las condiciones de posibilidad de la filiación adoptiva. La filiación biológica constituye el modelo a cuya imagen se crean los vínculos artificiales de filiación adoptiva. Para crear una relación semejante a la jurídico-natural, la relación creada debe asemejarse a la natural». MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., 179.

(29) En otros países de nuestro entorno, como Italia, sólo pueden adoptar matrimonios. Así se señala en el artículo 6.1 de la Legge n. 184 de 1983 ([http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/1184\\_83.html](http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/1184_83.html)) que además exige tres años de convivencia matrimonial.

(30) «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal».

(31) Ver todos los autores citados por CALZADILLA MEDINA, A. (124-5), críticos con esta disposición.



nado en unos casos, bien señalando genéricamente en otros que debe existir dicha estabilidad.

En relación a las parejas homosexuales, la regulación jurídica española es también compleja. Por una parte, a las parejas homosexuales *casadas*, la reciente reforma del CC (32) les reconoce capacidad adoptiva, aunque como veremos, si éste fue uno de los eslóganes de la polémica reforma, tal y como el propio preámbulo de la Ley reconoce (33), se trata en la práctica de una posibilidad vacía de contenido, toda vez que en la adopción internacional (la más significativa en España) es imprescindible tomar en consideración la cultura jurídica del país de origen del niño y muy pocos países de origen reconocen capacidad adoptiva a los matrimonios homosexuales.

Por otra parte, la mencionada Disposición Adicional limita la capacidad adoptiva a las parejas de hecho heterosexuales y por tanto las *parejas de hecho* homosexuales no tienen capacidad adoptiva según el Derecho Común español (teniéndola sin embargo en algunos territorios forales) (34), norma que algunas disposiciones autonómicas reproducen casi de forma textual (35) y otras desarrollan de manera ambigua que sin embargo debe interpretarse en el sentido del Derecho Común (36). En este sentido es llamativa la reciente Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, que en sus artículos 27 y 29 y de forma innecesaria y reiterativa (porque ya está regulada en

---

(32) Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio.

(33) Preámbulo: *En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones, cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.*

(34) Es el caso del artículo 8.1 de la Ley navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BON 82, de 7 de julio de 2000) y del artículo 115.2 del Código de Familia catalán (Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família, DOGC, núm. 2687, de 23 de julio de 1998), así como en esta misma CA de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de diversas disposiciones (DO de la Generalitat de Catalunya, de 19 de abril de 2005, núm. 4366 [pág. 9935]) en cuyo preámbulo se señala: *«Lo que hace esta Ley es equiparar a las personas homosexuales que conviven more uxorio con los convivientes heterosexuales, y les reconoce el derecho a ser valorados como posibles padres o madres adoptivos».*

(35) Decreto 81/1994, de 4 de noviembre, de la Región de Murcia, Disposición Adicional tercera, modificada por Decreto 48/2002, de 1 de febrero.

(36) Es el caso del artículo 32.1 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega, de la Familia, la Infancia y la Adolescencia (BOE de 11 de julio de 1997, núm. 0165) y del artículo 28 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia de la Comunidad Autónoma Valenciana (BOE de 25 de enero de 1995, núm. 0021) que señala: *No será en ningún caso considerada una medida discriminatoria para conceder una adopción, el tipo de núcleo de convivencia familiar por el que hayan optado libremente aquéllos o aquéllas que soliciten la adopción.*

el CC que además es el texto legal que debe regularlo) reproduce textualmente el CC (si no lo hubiera hecho incurriría en inconstitucionalidad), pero sin incluir a las parejas de hecho heterosexuales que, como acabo de señalar, pueden adoptar en España desde 1987 (37); ciertamente la ignorancia de algunos legisladores autonómicos es particularmente llamativa. No se trata del único caso (38), pero sí del más reciente de lo que alguna autora ha denominado piadosamente «normas de repetición» (39).

## B) *Edad*

Se establecen dos requisitos de edad, uno absoluto y otro relativo. En relación al primero, el CC (40) fija la edad mínima de veinticinco años (que en la redacción originaria se situaba en los cuarenta y cinco, en la reforma de 1958 se rebajó a los treinta y cinco y en la reforma de 1970 a los treinta) siguiendo una práctica consolidada en otros países de fijar una edad mínima como presunción de madurez [dieciocho en Italia (41) y Holanda, veintiuno en el Reino Unido, veinticinco en Alemania y Portugal y veintiocho en Francia (42)], madurez que deberá ser ratificada a través de la idoneidad. En caso de adopción por un matrimonio o pareja, uno de los dos debe tener dicha edad. Sin embargo, nuestro Código no determina una edad máxima, como sin embargo, establecen normas de países de nuestro entorno [cuarenta años en Italia (43), cuarenta y dos en Holanda y cuarenta y cinco en Suecia (44), sesenta en Portugal (45)].

En relación a la «edad relativa», el Derecho español común y foral exige que el adoptante tenga catorce años más que el adoptado, pero de nuevo no señala una diferencia de edad máxima. La conveniencia de fijar una edad máxima de los adoptantes o una diferencia de edad relativa de los mismos y el niño

---

(37) (DO de Galicia, de 29 de junio de 2006, núm. 124 [pág. 10393]). Artículo 27: *La adopción requiere que la persona adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, al menos, catorce años más que el adoptado. Artículo 28: No podrán ser adoptados: 1) los descendientes. 2) los parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad. Excepto los casos de adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona.*

(38) También se recoge disposición similar, por ejemplo, en el Decreto extremeño (art. 8).

(39) CARRILLO CARRILLO, B. L., 158.

(40) Y las normas forales existentes en el mismo sentido (art. 115 de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família).

(41) Legge n. 184 de 1983 ([http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/l184\\_83.html](http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/l184_83.html)).

(42) CALZADILLA MEDINA, A., 108.

(43) Legge, n. 184 de 1983.

(44) PALACIOS, J. (2006).

(45) CALZADILLA MEDINA, A., 109.

que se ajuste más a la realidad social y al interés superior del niño no se ha recogido nunca por nuestro legislador estatal, y por ello se está estableciendo en las normas autonómicas bien de idoneidad en unos casos, o de elegibilidad o selección en otros, adoptándose de modo general la diferencia de edad de cuarenta años más que el adoptado, si bien se suele establecer la salvedad de las adopciones especiales (46). Haré referencia a ello enseguida.

Desde mi punto de vista sería conveniente que este criterio se estableciera en el CC por varias razones: primero, porque si es el CC el que establece las normas generales de capacidad que intentan responder al criterio de *adoptio imitatur naturae*, la edad máxima o diferencia de edad es un criterio claramente biológico (47). Segundo, porque se aseguraría una homogeneidad en la aplicación de este criterio objetivo en todo el territorio nacional que evitaría el fraude de algunos solicitantes de adopción que se desplazan a otra Comunidad Autónoma distinta de la de su residencia para adoptar, obviando las limitaciones de edad que unas tienen y otras no. Tercero, para evitar la interpretación jurisprudencial divergente. Y cuarto, para evitar en los casos de adopciones internacionales que los españoles no residentes en España puedan obviar esta exigencia en virtud del artículo 9.5 del CC, como veremos más adelante.

### C) *Prohibiciones para adoptar*

El Derecho español prohíbe adoptar a un descendiente, a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad y a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

## 2.2. IDONEIDAD

### A) *Regulación estatal generalista y autonómica fragmentada*

Si bien, como acabo de analizar, los requisitos y presupuestos de capacidad son objetivos, y en España competencia exclusiva del Estado a salvo la legislación foral, la declaración de idoneidad supone exigencia de que la familia que se ofrece sea objeto de un informe psico-social que deriva en una reso-

---

(46) Es el caso del artículo 25 del Decreto extremeño, el 87 del Decreto catalán y del 59 de la Ley de infancia de la Comunidad de Madrid, y el artículo 8 del Decreto asturiano.

(47) Así se ha reclamado ya hace años por la doctrina civilista clásica. Así CASTÁN (310) señalaba en 1985: «no hay, en cambio, una edad máxima, lo que no deja de resultar contradictorio si se parte del ya anotado mayor control por el ordenamiento de los requisitos de capacidad (...) parece lógico que entre padres e hijos adoptivos deba existir una diferencia de edad que haga verosímil la generación».

lución administrativa positiva o negativa de idoneidad, exigencia recogida en nuestro Derecho en virtud de obligaciones jurídico-internacionales y que supone un complejo proceso valorativo imprescindible para garantizar el superior interés del menor que se les va a entregar (48). No puede por tanto minorarse su importancia a pesar de algunas afirmaciones que pretenden vaciarla de contenido, como en ocasiones ha hecho la Dirección General de Registros y del Notariado calificándola de «requisito formal fácilmente subsanable» (49).

El CC exige, pero no define la idoneidad (50), y la LEC la define de forma muy generalista. Este carácter programático de la legislación estatal es característico también de otros sistemas jurídicos (51) y responde a la dificultad de regular pormenorizadamente una cuestión de naturaleza psico-social, prefiriendo en ocasiones el legislador establecer unos principios mínimos indispensables (52). El anteproyecto de ley de adopción internacional recientemente presentado por el Ministro de Justicia saliente (López Aguilar), a cuyo contenido he podido tener acceso, concreta algo más los aspectos que deben valorarse, pero todavía de una forma muy general y pudiendo inducir a la confusión en la definición de idoneidad haciendo alusión en ella a la capacidad, categoría que, como he señalado, es diversa (53).

---

(48) Como señala ALONSO CRESPO, E. (868), esta exigencia es imprescindible en atención al superior interés del niño y no supone en ningún caso «buscar superhombres, el matrimonio ideal o que los solicitantes hayan de soportar intromisiones desproporcionadas con los fines perseguidos».

(49) Ver las Resoluciones citadas y la crítica a dichas afirmaciones en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B., 216.

(50) Artículo 176 del CC. 1. *La adopción se constituye 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.* 2. *Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta.*

(51) Es el caso de Italia, cuya citada Ley de 1983 señala en su artículo 29 bis, en relación a las adopciones internacionales: *I servizi socio-assistenziali degli enti locali singoli o associati, anche avvalendosi per quanto di competenza delle aziende sanitarie locali e ospedaliere, svolgono le seguenti attività (...) c) acquisizione di elementi sulla situazione personale, familiare e sanitaria degli aspiranti genitori adottivi, sul loro ambiente sociale, sulle motivazioni che li determinano, sulla loro attitudine a farsi carico di un'adozione internazionale, sulla loro capacità di rispondere in modo adeguato alle esigenze di più minori o di uno solo, sulle eventuali caratteristiche particolari dei minori che essi sarebbero in grado di accogliere, nonché acquisizione di ogni altro elemento utile per la valutazione da parte del tribunale per i minorenni della loro idoneità all'adozione.* Es también el caso de Francia cuyo Decreto num 98-771 de 1 de septiembre de 1998 relatif à l'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'Etat ou un enfant étranger (Revue critique de Droit international privé 1998, 4, 735-8) exige la salud y nivel económico y capacidad educativa y psicológica de los adoptantes.

(52) ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I., 67-8.

(53) Artículo 9: 1. *Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para asumir las consecuencias y responsabilidades que conlleva la adop-*

En España, sin embargo, son las normas autonómicas las que, en virtud de la competencia constitucional y legalmente reconocida (54) regulan esta cuestión, en ocasiones también de forma muy genérica y en el caso de algunas comunidades de manera cada vez más detallada. Esta progresiva concreción también manifiesta otra clara tendencia: inicialmente el acento se situaba en elementos objetivos de la familia y paulatinamente se van incorporando en las normas exigencias que tienen que ver con las capacidades y actitudes personales de los futuros adoptantes (55).

La normativa autonómica que regula esta cuestión no tiene el mismo rango normativo en las diversas comunidades: en algunos supuestos se trata de una ley que no ha tenido desarrollo reglamentario (en ocasiones por su carácter reciente), pero en general es una cuestión regulada reglamentariamente (56); sin embargo en muchos casos son normas no publicadas (documentos o manuales técnicos) las que establecen los criterios de manera más pormenorizada, lo cual resta seguridad jurídica y aumenta la discrecionalidad de los tribunales al revisar las decisiones administrativas (57). Es evidente la

---

*ción internacional. 2. A tal efecto la declaración de idoneidad recogerá además la valoración sobre la situación personal y familiar de los adoptantes, su aptitud para atender al niño en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional.*

(54) El artículo 148 de la Constitución reconocía a las Comunidades Autónomas competencias para legislar en materia de asistencia social. Sobre la base de este precepto, los diversos Estatutos de autonomía fueron progresivamente asumiendo dicha competencia y en desarrollo de los mismos las normas sobre asistencia social o servicios sociales de las diversas Comunidades Autónomas. La entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, ratifica esta competencia delegada toda vez que en su artículo 25 reconoce a las entidades públicas autonómicas de protección de menores la competencia para declarar la idoneidad de los que se ofrecen para la adopción internacional, en línea con el instrumento de ratificación del Reino de España al Convenio de La Haya de 1993, que señala como autoridades centrales en la aplicación del Convenio en España los diferentes organismos autonómicos con competencia en materia de protección de menores.

(55) CALVO BABÍO, F. (268-9), por ejemplo, ha consultado informes psico-sociales para la idoneidad realizados tras la entrada en vigor de la Ley de 1987, y señala que el apartado correspondiente a la vivienda familiar era mucho más extenso que el resto de cuestiones exploradas.

(56) Leyes autonómicas que regulan sin desarrollo reglamentario la idoneidad son la de Madrid de 1995, en 2005 la de Navarra y la del País Vasco y en 2006 la de La Rioja. La técnica normativa es sin embargo diversa: mientras que la Ley navarra se remite directamente a la futura definición reglamentaria de la idoneidad en su artículo 77, la de la Rioja, remitiéndose al futuro Reglamento recoge en su artículo 97 criterios generales e indiciarios, y la de Madrid y el País Vasco contienen un listado de los elementos a tomar en consideración en los informes.

(57) Así, por ejemplo, en Madrid, la Comisión de Tutela del Menor ha elaborado un documento que se entrega a los que formulan el ofrecimiento que contiene criterios de no idoneidad de los adoptantes no recogidos en la legislación madrileña, como es el relativo a la edad de los mismos. Esta situación, debida sin duda a la todavía inexistencia de Decreto en esta Comunidad Autónoma no es, desde luego, la más deseable. Así lo señalaba el señor Núñez Morgades (Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid) en su

necesidad de homogeneizar los criterios de los profesionales de la psicología y del trabajo social que elaboran los informes psico-sociales (es decir, los manuales técnicos), y en ello está empeñado el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS) hace años. Sin embargo, es también evidente que con carácter previo sería urgente armonizar la normativa autonómica en la materia para evitar no sólo la diversa interpretación de los criterios sino la existencia de criterios distintos en las diversas CCAA.

Esta necesidad de que el reparto competencial en España no suponga una fragmentación excesiva en la definición y verificación de la idoneidad, ha conducido al MTAS a impulsar diversos intentos de homogeneizar la definición de los criterios que se toman en cuenta para declarar idóneos a los futuros adoptantes. Es el caso de un documento elaborado ya en 1991 por la Dirección General de Protección Jurídica del Menor (58); siete años después la cuestión fue tratada en Jornadas interautonómicas en la materia (cuando ya estaban en vigor diversas Leyes y Decretos autonómicos a los que haré referencia) (59), y en ellas se concluyó que existen algunos criterios favorables para considerar idónea a una familia (60). En todo caso parece urgente la necesidad de la elaboración de un manual técnico que defina de forma clara y precisa cuestiones tan importantes como las motivaciones para la adopción, la toma de decisión conjunta en la pareja, la posición de la familia extensa, etc... (61) y en este proyecto está trabajando actualmente el MTAS. Un posible documento orientativo podría ser el elaborado por el Servicio Social

---

comparecencia en el Senado ante la Comisión de Adopción Internacional: «Actualmente en la Comunidad de Madrid se vienen utilizando unos criterios internos que determinan, por ejemplo, que no puede iniciarse el estudio de idoneidad si los solicitantes son mayores de cincuenta y seis años, si no acreditan una convivencia mínima de dos años, en el caso de matrimonios o parejas, si han sufrido algún suceso traumático en la unidad familiar durante el año anterior, etc. La lógica puede aconsejar desde luego que se apliquen estos criterios, pero la seguridad jurídica exige que los mismos se plasmen en una regulación y sean conocidos por quienes se plantean la vía de la adopción, más teniendo en cuenta que la idoneidad es concluyente en el proceso y que la resolución que la deniega puede ser objeto de recurso» (CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Año 2003. VII Legislatura. Comisiones. Núm. 504. COMISIÓN ESPECIAL SOBRE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL celebrada el lunes, 15 de septiembre de 2003).

(58) Citado por ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I., 64, en el que se sugería se incluyeran los siguientes aspectos: motivaciones, aceptación de las diferencias étnicas y culturales del menor, aceptación de posibles enfermedades o patologías psicológicas y edad del niño, existencia de hermanos...

(59) MTAS 1998, 134-5.

(60) Rasgos psicológicos de buen pronóstico (como la flexibilidad, entre otros), claridad en la motivación, recursos educativos, emocionales, económicos, de tiempo, relaciones con la familia extensa, respeto al pasado y a la cultura del niño, diferencia de edad de cuarenta años como máximo con el niño) criterios excluyentes (esperanza de vida incierta, entre otros) criterios no excluyentes pero que requieren una valoración global (decisión de adoptar no compartida por la pareja, entre otros).

(61) PALACIOS, J. y cols. (2005), 227.

internacional en 1999 y actualizado en 2004 (62). Este impulso institucional es también respuesta a las demandas de las asociaciones de padres adoptivos y de las propias ECAIs (63).

En las páginas siguientes voy a analizar la diversa normativa autonómica en la materia que en general adopta un sistema flexible y abierto, por una parte, y diverso por otra, lo cual es en ambos casos preocupante. Como se ha señalado, la flexibilidad y en ocasiones indeterminación es positiva ya que permite adecuar la intervención profesional a las exigencias del país del que proviene el niño, pero tiene serios inconvenientes: «el sistema parece adolecer de unos criterios claros que aporten elementos decisivos para la toma de decisiones profesionales en cosas tan trascendentes como la valoración de la idoneidad, el tipo de niño o niña para el que la idoneidad se considera adecuada, el tipo de apoyos o recursos que en su caso se considerarían necesarios para determinadas situaciones, etc.» (64). Se trata de una compleja tarea de configurar legalmente categorías y procedimientos tomados de otras cien-

---

(62) La encuesta, de carácter confidencial, debe recoger, en la medida de lo posible, informaciones sobre: 1. la composición de la familia; 2. la situación civil, legal y jurídica de los padres adoptivos potenciales; 3. el nivel de estudios, la situación profesional, la situación económica, el lugar de residencia, la identidad social, etno-cultural y lingüística de los PAP. El nivel de estudios, la holgura económica o un estatus social alto de los PAP no son, en sí mismos, garantías suficientes para el interés superior del niño; una familia de medio modesto puede ser muy satisfactoria para el niño. Es indispensable evaluar la capacidad psicoafectiva de la familia adoptiva para criar al niño que se le podría llegar a confiar, y su ética en relación a los derechos de este niño, recogiendo informaciones sobre: la salud física, mental y emocional de cada uno de los PAP; el aspecto general de cada uno de los PAP, su personalidad, su historia personal, los elementos de su historia con sus padres y sus hermanos y hermanas que ayudan a comprender cómo estas relaciones podrían reforzarlo/la en su papel de padre/madre; la historia y la relación de la pareja; su grado de integración en la sociedad que le rodea; sus ámbitos de interés; su posibilidad y la probabilidad de tener hijos biológicos en el futuro; su experiencia con niños, su capacidad educativa, su capacidad de enfrentarse a dificultades que podrían producir eventuales diferencias del niño con el entorno familiar y social; si procede, la personalidad de los hijos de los PAP y su relación con sus padres y su entorno, así como su actitud en relación a la adopción considerada; el entorno social en el cual el niño adoptado deberá integrarse (familia ampliada —medio social en el que se mueve la familia—, sociedad circundante) y su actitud previsible en relación al niño, particularmente si él es portador de diferencias con este entorno; posibilidades de apoyo emocional o de otra índole que los PAP y el niño pueden esperar de este entorno; dificultades que se pueden contemplar; su deseo de tener un hijo y las razones por las cuales cada uno de los PAP desea adoptar; su concepción y ética acerca de la adopción, su conciencia sobre las dificultades que podrían enfrentar en las distintas etapas de su vida con el niño adoptado, su actitud en relación a lo vivido por el niño, a su historia y a sus secretos, a sus diferencias, a la revelación de la adopción y a la búsqueda de orígenes por el niño; el perfil del niño que se desea adoptar y las razones de ello; los planes de los PAP para su futuro y el del niño que desean adoptar.

(63) CORA. Documento titulado: *Reivindicaciones y propuestas de actuación en materia de adopción y acogimiento (2005)* ([www.coraenred.org](http://www.coraenred.org)).

(64) PALACIOS, J. y cols. (2005), 226-7.



cias sociales, como la psicología, en la cual el trabajo interdisciplinar resulta imprescindible (65).

Por otra, la diversidad normativa y de aplicación práctica que voy a analizar a continuación es también preocupante y los propios jefes de Servicio de las diversas Comunidades Autónomas así lo han manifestado (66).

Son diversas las cuestiones que se podrían tratar en relación a esta abundante reglamentación: procedimiento administrativo de declaración de idoneidad, tramitación de las solicitudes, posibilidad de apertura de dos expedientes: uno de adopción nacional y otro de internacional, duración del certificado de idoneidad (67)...

Así, es diverso el «coste económico» del proceso en las diversas Comunidades Autónomas (68), es diversa también la duración en la elaboración de los informes en las diversas Comunidades (69), duración que está en función en muchos casos de que en las Comunidades (70) existan acuerdos con los Colegios profesionales de psicólogos y trabajadores sociales a través del turno de oficio (TIPAI) o con otras entidades tales como Cruz Roja en Aragón o ADSIS en Cataluña que agilicen el proceso, pero con un mayor coste. La coordinadora de asociaciones de adoptantes (CORA) ha planteado la reivindicación de que el plazo máximo para la idoneidad sea de seis meses (71). Además es diverso el porcentaje de no idoneidades en las diversas Comunidades Autónomas (72).

---

(65) Existen diversos trabajos psicológicos que intentan sistematizar cómo se debería elaborar este informe psico-social. Dado que el presente trabajo tiene contenido fundamentalmente jurídico, cito sin pretensión de exhaustividad: PALACIOS, J. (2006). GALLI, J. D. y VOLPE, B; FONTANA ABAD, M., MUÑEZ GUILLÉN, M. T.

(66) PALACIOS (2006). Así se reconoce expresamente en el Manual Técnico de la Comunidad de Madrid, que califica la situación como «difícil de entender» (CASALILLA GALÁN y cols., 2006, 47).

(67) Esta es una de las cuestiones no reguladas, por ejemplo, en el Derecho italiano, y más problemáticas en este sistema jurídico en el cual la idoneidad es «*ad aeternum*», como el sacerdocio». BEGHÈ LOETI, 19.

(68) CALZADILLA, 115, señala que «la tramitación del proceso de valoración y obtención, en su caso, del certificado de idoneidad, es gratuita en algunas Comunidades Autónomas, pero en otras la Administración cobra por estos servicios. Por ejemplo, en Aragón, Canarias, Cantabria, Navarra o el País Vasco los trámites aludidos son gratuitos, mientras que por el contrario en Andalucía, Cataluña y Madrid los adoptantes deben pagar un promedio de 600 euros, llegando a 900 en el caso de Cataluña».

(69) En el «Estudio interautonómico sobre plazos en adopción internacional» realizado por CORA ([www.coraenred.org](http://www.coraenred.org)) se presentan cuadros con la evolución de los plazos de obtención del certificado de idoneidad que en 2003 van de los 16,5 meses de La Rioja a los 6 de Madrid.

(70) En Madrid el 85 por 100 de los estudios los realiza el TIPAI, y el 15 por 100 la Administración.

(71) Documento titulado *Reivindicaciones y propuestas de actuación en materia de adopción y acogimiento* (2005) ([www.coraenred.org](http://www.coraenred.org)).

(72) CORRAL GARCÍA (2004) señala que el porcentaje total es de 8 a 10 por 100 de no idoneidades, pero no parece que represente la media nacional, y desde luego la media por CCAA es diversa.



Sin embargo, dada la imposibilidad de abordar con profundidad y de forma comparativa todos los posibles aspectos, voy a fijarme en la regulación de los criterios establecidos para la declaración de idoneidad.

En primer lugar, la estructuración de los criterios valorativos es diversa: en algunas normas autonómicas se establece un criterio abierto y ambiguo (73), en otras, un listado no clasificado de criterios objetivos/subjetivos, sociales/psicológicos... meramente enunciativo (art. 97 de la Ley de La Rioja, 58 de la Ley madrileña, 83 de la Ley vasca, 77 del Decreto gallego, 35 del Decreto canario, 36 del Decreto cántabro y 104 de la Ley de Castilla-León), aunque en el caso del artículo 16 de la norma castellano-manchega, especialmente prolijo.

Sin embargo lo más habitual es ofrecer una relación estructurada de criterios, lo cual parece más adecuado porque precisa el contenido de los mismos y mejora y afianza la seguridad jurídica. Así en el artículo del Decreto aragonés y en los artículos 24 y 25 del extremeño se clasifican en criterios negativos y positivos, en el artículo 14 y 16 del andaluz se establecen criterios generales para acogedores y adoptantes y específicos para adoptantes, en el artículo 5.a) del Decreto asturiano se distingue entre requisitos objetivos y criterios subjetivos y con diversos términos se expresan los artículos 76 y 77 del Decreto catalán al referirse a circunstancias para iniciar el proceso (que son de cumplimiento imperativo) y criterios de idoneidad que al igual que el Decreto balear en sus artículos 29 y 30, los clasifica en las siguientes categorías: circunstancias personales, circunstancias familiares y sociales, circunstancias socioeconómicas, aptitud educadora, motivación, y cuestiones relativas al menor y su familia biológica. Básicamente estas categorías son las principales áreas de exploración propuestas en algunos manuales autonómicos que pretenden recoger y sistematizar toda la literatura científica en la materia (74). Parece oportuna, por tanto, una diferenciación entre criterios de inadmisión de la solicitud y criterios propiamente de idoneidad.

Tomaré esta clasificación catalana y balear como referencia para comparar la reglamentación estudiada, señalando las diversas condiciones, cualidades, características y competencias de los padres adoptantes a explorar. A las características que haré alusión a continuación, debe añadirse la prevista en todas las normas autonómicas analizadas, cuando la adopción es internacio-

---

(73) Es el caso del artículo 64 del Decreto valenciano. *Podrá solicitar la adopción nacional y/o internacional toda persona física residente en la Comunidad Valenciana que, ostentando capacidad legal para ello y cumpliendo los requisitos establecidos en la normativa vigente, acepte ser sometida a un estudio sobre sus circunstancias personales, sociales y psicológicas de forma que pueda valorarse su idoneidad para el ejercicio de la patria potestad en la filiación adoptiva, preste su consentimiento a recibir la formación necesaria para poder ofrecer a un menor la estabilidad, atención y respeto que permitan su desarrollo integral y, en su caso, acepte prestar la colaboración necesaria para realizar los compromisos de seguimiento de la adopción internacional.*

(74) CONSELLERIA DE BENESTAR SOCIAL, 24.

nal: que los solicitantes o quienes se ofrezcan para la adopción cumplan con las condiciones previstas en el Derecho del país de origen de su hijo y en ocasiones se añade que estén capacitados para asumir el «hecho diferencial» de una adopción internacional (75).

El resto de circunstancias contempladas son las siguientes:

A) **CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DE LOS SOLICITANTES.** En relación a las características de los que se ofrecen para adoptar, algunos Decretos incorporan expresiones generalistas e imprecisas (76), pero tanto en esos casos como en los demás (salvo excepciones) recogen determinadas circunstancias objetivas o subjetivas a tener en cuenta que en unos casos reciben una redacción enunciativa y en otros como requisitos ineludibles para ser declarados idóneos:

a) **Objetivas:**

- i) *Residencia en la Comunidad Autónoma.* En casi todos los Decretos se exige la residencia en la Comunidad Autónoma de quienes se ofrecen para adoptar y solicitan la idoneidad. Esta primera exigencia es importante, toda vez que las diferencias existentes en la reglamentación autonómica y que se van a exponer a continuación, pueden llevar a algunos adoptantes a acudir a otra Comunidad Autónoma con un sistema menos exigente a obtener la idoneidad negada en la suya. Esta actividad no es infrecuente a pesar de la exigencia de este «punto de conexión» de la residencia que lleva a algunos adoptantes a establecer temporalmente su residencia en una Comunidad diversa a la suya de origen en claro «fraude de ley».
- ii) *Actitud ante el proceso administrativo.* En muchas Comunidades se exige actitud colaboradora hacia el proceso de adopción internacional de formas diversas: actitud positiva de colaboración y compromiso (País Vasco), aceptación de dicho proceso (Cataluña), y de su

---

(75) Así el artículo 53.3 del Decreto andaluz señala: «*El estudio y valoración para la declaración de idoneidad se llevará a cabo de acuerdo con los criterios y procedimientos establecidos para el acogimiento preadoptivo. Adicionalmente, se prestará atención a la aptitud de los solicitantes para asumir una adopción internacional, a su capacidad para tratar adecuadamente las cuestiones relativas a la diferencia étnica y cultural, y a su actitud respecto a los orígenes del menor, además de a aquellas otras circunstancias que se establezcan por la autoridad competente del Estado de aquél*». Por su parte, el artículo 44 del Decreto de Aragón señala: «*En la valoración de idoneidad para la adopción internacional, además de los criterios establecidos para la adopción nacional, se tendrán en cuenta otros criterios exigidos por el país de origen del menor*».

(76) Así por ejemplo, según el Decreto extremeño: serán declarados no idóneos «*los solicitantes que no ofrezcan garantías suficientes para la adecuada atención del niño; los solicitantes que no reúnan los requisitos adecuados de capacidad, actitudes y motivación necesarios para la paternidad adoptiva*».

seguimiento (Extremadura, Castilla-La Mancha, Canarias, Baleares), asistencia a la sesión informativa en los últimos seis meses (Cataluña), actitud colaboradora (Asturias, Extremadura, Castilla-La Mancha), actitud positiva y disponibilidad (Andalucía), aceptación de los procesos administrativos y judiciales que conlleva la adopción (Extremadura), actitud positiva para la formación, el seguimiento y la búsqueda de apoyo técnico (Cataluña, Madrid). Se valorarán negativamente a aquellos que realicen cualquier conducta que suponga ocultación, falseamiento y obstrucción a la instrucción del expediente (Extremadura, Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias, Cantabria) y «la incomparecencia o falta de colaboración reiterada sin causa justificada en los procesos de valoración o de actualización de la valoración realizada» (Aragón).

- iii) *Diferencia de edad con el adoptado.* En algunas Comunidades se señala que un criterio valorativo será la edad sin más precisiones (Castilla-León, La Rioja) o se recoge en términos indeterminados (77). Sin embargo, en general, se especifica una determinada distancia generacional: cuarenta años (Extremadura, Galicia, Asturias, Madrid, País Vasco, Canarias), o cuarenta y dos (Andalucía, Aragón), es lo más frecuente, si bien alguna llega a los cuarenta y cinco (Castilla-La Mancha). Algunas especifican que tener por encima de una determinada edad puede ser una limitación importante (78). La forma de «medir» la edad en los casos de parejas es diversa: en la mayoría cuenta la del más joven, en otras se hace el promedio (79), y por otra parte en algunos supuestos es un criterio de inadmisión de la solicitud y en otros de idoneidad.
- iv) *Duración de la vida en pareja.* En algunos casos se exigen tres años (Cataluña, Asturias, Madrid) y en otros dos (Baleares, País Vasco). Sin embargo, en muchos otros Decretos únicamente se señala la necesidad de la «estabilidad de la pareja» (como veremos) sin más precisiones.
- v) *Inexistencia circunstancias de riesgo objetivables.* En algunos Decretos se establecen como causas tasadas de no idoneidad la exis-

---

(77) Ley vasca: «Contar el o los adoptantes con una edad que, previsiblemente, no pueda suponer una limitación para el conveniente desarrollo del adoptando». Decreto balear: «Que la edad solicitada del menor se adecúe a la de los solicitantes».

(78) El Decreto catalán señala: *Las solicitudes de adopción hechas por personas que tienen más de cincuenta y cinco años sólo se tramitarán en casos excepcionales en los que concurran circunstancias específicas en relación con el menor a adoptar.* En la Comunidad de Madrid se establece como impedimento «ser mayor de cincuenta y seis años (en caso de matrimonios o parejas se considerará la media de la edad de ambos, siempre que ninguno de los dos supere los sesenta años)» (CASALILLA GALÁN y cols., 2006, 104).

(79) PALACIOS, J. (2006).

tencia de antecedentes penales (Cataluña, Castilla-La Mancha), la privación de patria potestad o estar incurso en causa de privación (Asturias, Aragón, Castilla-La Mancha), las historias personales de episodios que impliquen situación de riesgo para el menor (Asturias, Madrid, País Vasco), o el haber sido condenado por sentencia firme por malos tratos en el ámbito familiar o en el ámbito de menores (Aragón, Castilla-La Mancha). Llama la atención la no mención como causa de inidoneidad el haber «devuelto» a un menor anteriormente adoptado (o biológico) a los Servicios Sociales en ningún Decreto autonómico.

- vi) *Salud*. La salud de los adoptantes se exige en términos generalmente ambiguos y poco precisos y normalmente referida tanto a la salud física como a la psíquica (Andalucía, Asturias, Cataluña, Extremadura, La Rioja, Galicia, Canarias, Cantabria, Castilla-León), «en la medida en que puedan afectar al proceso de adopción y crianza del menor» (precisa el Decreto aragonés, la Ley vasca, la Ley madrileña y el Decreto de Castilla-La Mancha) o que impidan la atención completa que requiere un menor (precisa el Decreto balear). En casos de infertilidad alguna Comunidad exige la presentación de un certificado médico (80). Es causa de no idoneidad la existencia de una psicopatología grave (Aragón).
- vii) *Otros hijos*. En algunas normas se hace referencia a la presencia o ausencia de otros hijos como criterio valorativo. En unas ocasiones de forma imprecisa o genérica sin señalar el sentido de esta valoración: «existencia de hijos de edad similar al adoptando», señala por ejemplo el Decreto canario. En otros estableciendo preferencias en virtud de la edad del adoptado en relación a la de sus futuros hermanos. «Con carácter general, se tendrá en cuenta que el menor a adoptar tenga una edad inferior a la del hijo de menos edad de los adoptantes, así como que medie entre ambos una diferencia de edad mínima de un año, salvo casos debidamente justificados» (Castilla-La Mancha). Finalmente en un Decreto dicha exigencia se traduce en unos casos en no haber perdido un hijo en un determinado período (81). En diversas Comunidades se exige un plazo mínimo entre la constitución de otra adopción o el nacimiento de un hijo

---

(80) En Cataluña, por ejemplo, se exige «*presentar un informe médico de la causa de esterilidad o infertilidad, las parejas que opten por la paternidad adoptiva y que no tengan hijos biológicos*».

(81) En Cataluña en los últimos dos años y se añade: «*no haber recibido en adopción o guarda un menor, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/1995, de 27 de julio, sin que haya intervenido la entidad pública competente en Cataluña en materia de menores desamparados*».

biológico cuando se tramite la adopción para la que ahora se solicita la idoneidad (Andalucía, Aragón, Baleares, La Rioja, Cataluña o Castilla-La Mancha).

b) *Subjetivas*: En las diversas normas autonómicas, con mayor o menor precisión se exigen determinadas características del perfil psicológico de los adoptantes que se consideran necesarias para valorar positivamente la idoneidad. Dichas condiciones tienen que ver con su estabilidad personal, su capacidad para ser padres y la superación de posibles duelos. En general no se precisa cómo valorar técnicamente estos aspectos, «con excepciones que especifican pruebas psicológicas concretas» normalmente en los manuales técnicos (82). Se aprecia por el lenguaje empleado, la participación de equipos técnicos de psicólogos en la elaboración de algunas normas. Las características personales subjetivas son las siguientes:

- i) *Estabilidad emocional de los solicitantes* (pareja en su caso): estabilidad y madurez emocional de los solicitantes que permitan el desarrollo armónico del menor y capacidad para satisfacer las necesidades y garantizar los derechos del menor (Aragón); estabilidad emocional y de pareja (Cataluña, Asturias, Castilla-La Mancha, Baleares), «relaciones de pareja» (La Rioja).
- ii) *Competencias psicológicas de los solicitantes como padres*: Capacidad de cubrir las necesidades de todo tipo del niño (Madrid) y de que sus necesidades prevalezcan (83); habilidades personales para abordar las situaciones nuevas (Andalucía, Madrid, Baleares, Cataluña); capacidad afectiva (Andalucía); autonomía personal y capacidad de tomar decisiones y elaborar criterios propios (Baleares).
- iii) *Superación de los duelos*: Si existe infertilidad, aceptación y vivencia madura de esta circunstancia (Andalucía, Madrid) que no interfiera en la adopción (Cataluña, Castilla-La Mancha, Baleares); capacidad de elaboración de las experiencias traumáticas vividas por la persona o familia, valorando el grado de superación y las posibles repercusiones en la futura adopción (Cataluña, Baleares).

B) **CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES Y SOCIALES**. Se recogen algunos criterios que he agrupado bajo este epígrafe que hacen referencia, por una parte, a la estabilidad y «normalidad» del núcleo familiar, y por otra al

---

(82) PALACIOS, J. (2006). Es el caso del manual valenciano (CONSELLERÍA, 1999) y del madrileño (CASALILLA GALÁN y cols., 2006), que detallan con precisión los medios de diagnóstico.

(83) Decreto balear: «Capacidad de respetar las necesidades afectivas del menor y hacerlas prevalecer ante sus necesidades inmediatas de gratificación afectiva; es decir, un grado importante de tolerancia a la frustración».

no aislamiento de este núcleo valorando la existencia de un entorno que favorezca la integración:

- a) *Estabilidad y normalidad del núcleo familiar*. Se exige en los siguientes términos: vida familiar estable y algunos añaden activa (Canarias, Cataluña, Madrid, Andalucía, Asturias, País Vasco, Galicia, Baleares) o «momento de estabilidad personal y familiar adecuado para la incorporación de un nuevo miembro» (Baleares); relación estable y positiva de pareja (Castilla-León, Aragón, Cantabria) o inexistencia de desajustes graves en la relación de pareja (Aragón); ambiente familiar normalizado que favorezca el desarrollo integral del menor (Extremadura, Aragón).
- b) *Apoyos socio-familiares*. Entorno social y familiar, con actitud positiva respecto a la integración del menor (Andalucía, Baleares, Cataluña, Asturias, Castilla-La Mancha, País Vasco); apoyo social y de la familia extensa (Andalucía) o relaciones con la misma (Canarias), soporte del entorno familiar (Cataluña); integración social de la familia (Canarias, Galicia, Andalucía, Castilla-La Mancha, Cantabria, Castilla-León); entorno relacional amplio y favorable (Madrid) o existencia de familia extensa con capacidad y voluntad de apoyo, con la cual se mantienen relaciones estables y positivas (Baleares).

C) **CIRCUNSTANCIAS SOCIOECONÓMICAS**. Se exige en todas las normas estudiadas pero con bastante imprecisión y falta de concreción (particularmente llamativa son, por ejemplo, las normas castellano-leonesa, riojana o cántabra que señalan como criterio «la situación socioeconómica y las condiciones de vivienda y del entorno» sin más), traducándose en los siguientes conceptos:

- a) *Estabilidad económica* o medios estables y suficientes (Madrid, País Vasco, Galicia) y laboral (Cataluña, Andalucía, Asturias, Extremadura, Castilla-La Mancha, Baleares).
- b) *Vivienda adecuada* (Cataluña, Aragón, Galicia, Baleares), y acceso a equipamientos colectivos (Asturias, Extremadura), condiciones adecuadas de habitabilidad de la vivienda e infraestructura del hábitat (Andalucía), habitabilidad e higiene de la vivienda, la infraestructura de la zona de residencia (Canarias).
- c) *Conciliación de la vida familiar y laboral*: disponibilidad de tiempo para el cuidado y ocio del niño (Cantabria, Andalucía, Castilla-La Mancha, Canarias) (84).

---

(84) Algunas Comunidades especifican el número de horas diarias de disponibilidad del tiempo en función de la edad del menor (PALACIOS, 2006).

D) **APTITUD EDUCADORA.** Se recoge, exigiendo en algunos casos capacidades y en otras aptitudes y competencias, ya sean generales o en algunas normas, valorando las actitudes flexibles, por una parte y de contención por otras:

- a) *Condiciones personales y socio-familiares* que hagan posible una educación adecuada: nivel de madurez intelectual suficiente para proporcionar al menor un desarrollo integral y entorno familiar que pueda dar apoyo al trabajo educativo (Balears).
- b) *Aptitudes y competencias generales:* capacidad para satisfacer adecuadamente las necesidades educativas y de desarrollo de un menor (Asturias, Galicia, La Rioja, Balears); aptitud básica para la educación del menor (Cataluña, Cantabria, Canarias, Aragón) y capacidad de cubrir las necesidades para el desarrollo del niño (Cataluña); buena capacidad afectiva y empática con los menores (Castilla-La Mancha, Balears).
- c) *Flexibilidad:* Actitud positiva y flexible para la educación del menor (Andalucía, Castilla-La Mancha, Cataluña), o flexibilidad de actitudes (Madrid, Aragón, País Vasco, Cataluña, Balears).
- d) *Contención:* Capacidad de contener y poner límites, poca rigidez educativa y buena capacidad de comunicación con los menores (Balears).

E) **MOTIVACIÓN.** Se trata de un apartado que aparece en general pero con bastante imprecisión. Es especialmente indeterminado el Decreto canario y el cántabro que señalan que «se valorará positivamente la existencia de motivaciones para la adopción». En otros sin embargo, se califica la motivación:

- a) Se exige *motivación «madurada»* (Asturias), «adecuada» (Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Galicia, Castilla-León, Extremadura, La Rioja). Algunas normas se comprometen más en concreto a señalar cuáles son las motivaciones adecuadas: adecuado ajuste entre el deseo de los solicitantes de ser padres y el de dar respuesta al derecho del menor de tener una familia (Aragón) o, como señala la norma vasca: «manifestar una motivación en la que prevalezca el interés superior del niño». El Decreto catalán señala: «que la motivación incluya la voluntad de ejercer funciones de parentesco y de cubrir las necesidades y carencias de un menor susceptible de adopción». En el caso del balear se exige «motivación que implique la inclusión del menor como hijo propio».
- b) *Motivación compartida.* En general se exige (o en algunos casos como Cantabria no es exigencia sino criterio de valoración) en el caso de matrimonios o parejas que la motivación sea compartida



(Canarias, Cataluña, Asturias, Aragón, Castilla-la Mancha, Galicia, Cantabria, Castilla-León) y en algunos casos compartida (y comprendida se precisa en Baleares) por los miembros que convivan en la familia (La Rioja, Baleares), de los hijos «con juicio» (Canarias) o de todos los miembros de la unidad familiar (País Vasco).

F) ACTITUD ANTE LA PATERNIDAD ADOPTIVA. Este aspecto se concreta en la normativa autonómica en los aspectos que voy a señalar a continuación. No obstante, es especialmente completo y prolijo el reciente manual técnico de la Comunidad de Madrid que concreta la exploración de este tema en el ofrecimiento y las actitudes, aptitudes y expectativas respecto de la adopción, detallando con precisión cada uno de estos aspectos (85):

- a) En relación a las *demandas* acerca de las características del niño, en algunos casos se excluye a quienes escogen el sexo de manera excluyente (Cataluña) o a quienes condicionan además la adopción a la aceptación o rechazo de menores con determinadas características físicas (Extremadura) o procedencia socio-familiar (Cantabria). En el Decreto gallego se hace referencia a trazos físicos, sexo o antecedentes socio-familiares, y de forma similar en el canario. En el caso del Decreto balear se valora la flexibilidad en el proyecto de adopción (sexo, edad, salud, etnia y hermanos).
- b) En relación a las *peculiaridades de la paternidad adoptiva*: comprensión y aceptación de los hechos diferenciales de ser padre o madre adoptivos y la capacidad para hacerles frente de manera adecuada (Castilla-León); comprensión de las posibles dificultades de adaptación del menor (Asturias, Castilla-La Mancha, Madrid) y capacidad y habilidad para adaptarse a los niños susceptibles de ser adoptados y para comprender sus necesidades especiales (Cataluña, Baleares); expectativas apropiadas y realistas hacia el proceso de adopción y el menor a adoptar (Castilla-La Mancha); rechazo a asumir los riesgos inherentes a la adopción (Aragón).
- c) En relación a la «*mochila*» del niño: aceptación de la historia personal del menor y de sus necesidades especiales (Cataluña, Madrid, Andalucía, Extremadura, La Rioja, País Vasco), aceptación de su identidad y cultura (Baleares), de sus diferencias étnicas, culturales y sociales (Andalucía) y de su herencia biológica (Cataluña). Actitud positiva y de respeto hacia el menor, sus antecedentes e historia familiar y hacia el abordaje de las especificidades y dificultades del proceso (Castilla-La Mancha). Valoración de la revelación y la posible búsqueda de orígenes del niño y su relación con la familia

---

(85) CASALILLA GALÁN y cols., 2006.



biológica (86) [Cataluña, Castilla-León (87), Andalucía, Asturias, Madrid, Baleares (88)].

- d) En relación a la *asignación*: expectativas rígidas respecto al menor y a su origen socio-familiar (Aragón); rechazo injustificado de un menor que se adapte a los perfiles y características valoradas para el certificado de idoneidad (Aragón).

Si este es el esquema general de regulación autonómica de la idoneidad, la práctica administrativa arroja los siguientes resultados: si bien existe bastante heterogeneidad entre las diversas Comunidades Autónomas sobre los motivos que con mayor frecuencia dan lugar a una no idoneidad, los principales motivos por orden de importancia son los siguientes: motivaciones inadecuadas, escaso apoyo familiar y social, problemas importantes de salud, personalidad que implica riesgo para el niño, habilidades educativas inadecuadas, expectativas no realistas, no aceptación de la historia del menor y diferencias de edad. Siendo las motivaciones no adecuadas, los jefes de servicio consideran que este es uno de los criterios de concreción más problemática (89).

¿Tienen en cuenta los legisladores autonómicos lo que desde las ciencias sociales se van alumbrando como criterios a tener en cuenta en la valoración de la idoneidad?, ¿existen criterios científicamente incontrovertidos?

PALACIOS (2006) señala que «la práctica profesional de cada país está relacionada con los consensos profesionales y los valores sociales dominantes más que con evidencias científicas incontrovertibles. Si la base fueran evidencias científicas de ese tipo habría mucha más similitud de unos países a otros».

Por ello, este mismo autor advierte la existencia de dos modelos de valoración. El español, basado en cualidades o características personales que pone el énfasis en cuestiones psicológicas y es más fácilmente objetivable (90), y el de los países con más tradición en la materia basado en competencias, es decir, en la capacidad de respuesta ante situaciones concretas relacionadas con la vida cotidiana, habilidades educativas o retos de la adopción, con independencia de determinados rasgos de la personalidad de los adoptantes. En España, sigue afirmando PALACIOS, mientras la preparación pre-adoptiva se centra en las com-

---

(86) La importancia de esta cuestión ha sido recientemente tratada por GÓMEZ BENGOCHEA, B.

(87) En algunas normas se especifica de forma precisa. Es el caso de la castellano-leonesa que señala: «*aceptar, cuando se considere necesario en atención a su interés, las relaciones con la familia biológica o con personas significativas en su vida*».

(88) En este Decreto se precisa «*capacidad de la familia para acompañar al menor en todo el proceso evolutivo del conocimiento y aceptación de la adopción, y actitudes que favorezcan una identificación positiva del menor y de sus orígenes*».

(89) PALACIOS, J. (2006).

(90) Se deduce claramente de la propia jurisprudencia española. Así la AP de Barcelona, en sentencia de 16 de febrero de 2006, define la idoneidad como «la solvencia personal, social y económica de las personas que solicitan la adopción».

petencias, la idoneidad está centrada en las cualidades y características personales, divorcio que no es adecuado ni conveniente.

Ciertamente no existen evidencias científicas sobre los elementos que favorecen el éxito en las adopciones, pero los estudios que ya existen en España avalan este planteamiento de la idoneidad desde la evaluación de las competencias. Así una reciente investigación realizada en la Comunidad de Madrid demuestra que los factores familiares que favorecen mejor el manejo adecuado del estrés adoptivo son por orden de importancia los siguientes: aumento de trabajo en casa, transición a la parentalidad normativa, dificultades de integración social y familiar, dificultades en el proceso, dificultades de inserción cultural, el estigma asociado a la adopción, las dificultades entre hermanos, dificultades de vinculación, dificultades por monoparentalidad, desequilibrio en la aceptación de los miembros de la pareja, necesidades especiales en el menor, no superación de la infertilidad y dificultades por las minusvalías en el menor (91).

Estas diferencias en el proceso y en los criterios de idoneidad han generado la percepción, o certeza en algunos casos, de que unas Comunidades son más exigentes que otras en la valoración de la idoneidad. Sin embargo, no se puede atribuir esta circunstancia no deseable solo y exclusivamente a la estructura territorial del Estado español, ya que también se produce en otros países con un marco jurídico diverso (92).

#### B) *Análisis de la jurisprudencia española más reciente sobre idoneidad adoptiva*

He analizado en este trabajo 40 muy recientes sentencias de Audiencias Provinciales que resuelven recursos de apelación frente a sentencias de juzgados a los que se ha recurrido una no idoneidad administrativa. Las conclusiones de dicho análisis son las siguientes:

- a) *Disparidad de criterios administrativos y judiciales.* Lo primero que resulta sumamente llamativo son los datos que muestran el divorcio existente entre los criterios de idoneidad adoptados por la administración (que como acabo de analizar tampoco son comunes en todo el territorio nacional) y los de los jueces: Sólo cinco de las sentencias analizadas muestran un total acuerdo (administración-juzgado-Audiencia) en el juicio de no idoneidad (93). En siete el juzgado revo-

---

(91) BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. (2005), 329-31.

(92) En Italia sucede lo mismo, como señala BEGUÉ LORETI, 19: «le idoneita all'adozione concesse in questi ultimi anni ...vanno dal 49% al 99% con una collocazione dei tribunali per il minore più "intransigenti" prevalentemente ma no esclusivamente al nord Italia».

(93) Sentencias de las Audiencias de Barcelona (26-7-2005), Valencia (23-2-2006 y 11-10-2005), Málaga (30-12-2004) y Madrid (29-1-2004).

ca la no idoneidad administrativa y la Audiencia revoca el fallo del juzgado dando la razón a la administración (94). En otras siete es el juzgado quien confirma la decisión administrativa de no idoneidad y la Audiencia considera idóneos a los solicitantes (95). En las 21 restantes, juzgado y Audiencia consideran idóneos a quienes la administración había declarado no idóneos. Esta mayor o menor coincidencia con la administración no tiene un sesgo territorial: se trata de Audiencias de toda España en cada caso, aunque en algunos supuestos sí se aprecia un sesgo personal por la especial tendencia de algunos magistrados a restar importancia a los criterios administrativos de idoneidad.

- b) *Comprensión de la filosofía de esta exigencia.* En la jurisprudencia analizada se detecta en algunos casos una nítida comprensión del principio del superior interés del menor como inspirador de toda la normativa en la materia (96) por encima del legítimo interés de los que se ofrecen para adoptar (97) y un desenmascaramiento de algunas concepciones que confunden la solidaridad y la cooperación al desarrollo con la intervención administrativa en la adopción internacional (98). Sin embargo son varias las sentencias, particularmente

---

(94) Badajoz (27-12-2005 y 11-12-2005), Barcelona (22-9-2005 y 4-2-2005), Murcia (4-7-2002), Zaragoza (11-12-2002) y Asturias (15-3-2004).

(95) Valencia (14-3-2005; 22-4-2004; 10-2-2004; 4-3-2003), Toledo (2-2-2005), Cádiz (30-10-2003) y Lérida (19-3-99).

(96) «Se trata de buscar una familia para un menor, no de buscar un menor para una familia, lo que justifica que la Administración competente se muestre exigente y escrupulosa a tal fin» (Badajoz, 27-12-2005 y 11-12-2005).

«Es notorio que a través de la adopción, máxime si se trata, como en el caso de autos, de adopción internacional, la situación del menor previsiblemente va a ser mejor que la preexistente, pero también es claro que el interés, siempre preferente, del menor, exige también el control de las aptitudes de sus adoptantes para el ejercicio de la patria potestad» (Málaga, 30-12-2004 y Valencia 23-2-2006).

(97) *Lo que hay que proteger, el supremo interés del menor, por muy legítimos y plausibles que sean los deseos de aquéllos. Tal interés superior reclama no sólo la simple aptitud para guardar y educar a un menor, sino también la adecuación de los padres adoptivos a las necesidades específicas del menor, debiendo destacarse que los niños no tienen capacidad ni posibilidades de decidir, por lo cual los ordenamientos jurídicos disponen de los mecanismos adecuados (especialmente la declaración de idoneidad) para determinar que existan las garantías de éxito en el paso trascendente que la adopción supone para sus vidas, de manera que deben observarse las máximas cautelas con tal de evitar que se pueda ver abocado a la problemática derivada de un segundo fracaso en su corta trayectoria vital* (Barcelona, 22-9-2005).

(98) «No puede confundirse, en primer lugar, lo que puede ser un acto loable de solidaridad con las obligaciones inherentes a la maternidad o paternidad que, a la postre, se solicita, igualmente no puede sobredimensionarse el derecho, también atendible, de ser madre con los intereses del menor que deben ser el objetivo primordial a dilucidar como establece la LO 1996, no cabe, finalmente, acudir a consideraciones demagógicas sobre la situación real de los menores en los países de origen en comparación con el status que se disfruta en países como el nuestro, precisamente se trata de garantizar que las con-

provenientes de la Audiencia Provincial de Valencia, que caen en el lugar común de que «mejor estará el niño aquí que en su país de origen», reivindicando desde este confuso paradigma el «derecho constitucional a la formación de una familia de los adoptantes» (99).

- c) *Principales capacidades/competencias/circunstancias de idoneidad valoradas por la jurisprudencia.* Conviene advertir como primera cuestión que de la lectura de varias de las sentencias citadas no se deducen con claridad las causas de idoneidad o de no idoneidad. En ocasiones los tribunales (quizá por respeto a la intimidad de los interesados) se remiten al expediente citando los folios en los que aparecen circunstancias que se consideran relevantes en este complejo análisis. Por ello, la siguiente exposición no recoge el contenido de la totalidad de la jurisprudencia analizada. Voy a seguir en su análisis el mismo esquema expositivo que he seguido al recoger los criterios previstos en la normativa autonómica.

#### A) Circunstancias personales:

- a) *Objetivas:* la edad elevada de los solicitantes es considerada en algunos casos como circunstancia de no idoneidad, pero normalmente unida a otros factores (100), ya que en caso contrario los tribunales

---

*diciones de la familia adoptante sean las más adecuadas, por cuanto el menor asignado puede presentar diversas y serias dificultades»* (Zaragoza, 11-12-2002).

(99) «*Quien, en multitud de ocasiones por imposibilidad de generación natural de un hijo, aspira a la realización personal y social que supone la crianza y educación de un menor no está sino satisfaciendo su derecho constitucional a la formación de una familia, derecho legalmente amparable y que no debe quedar, en aras a un exagerado concepto del interés del menor, de tal modo postergado que llegue a perder todo contenido efectivo. A la vez, no puede desconocerse el beneficio que la adopción supone, por principio, para el propio adoptado, en muchas ocasiones sin familia conocida o en situación de abandono en su atención y cuidado y, en el caso de supuestos, como el presente de adopción internacional con escasas posibilidades de recibir, de los propios centros de atención del país correspondiente, atención, cuidados y educación al nivel de los países con superior nivel de desarrollo»* (Valencia, 22-11-2004 y 25-10-2004, 44-11-2004, 10-2-2004, 2-7-2003; Lérida, 19-3-99).

(100) «*La relativamente elevada edad de los demandantes, nacidos en 1943 y 1949; los serios problemas de salud física del marido, afectado de minusvalía de un 55 por 100, con considerables alteraciones coronarias y renales; la incapacidad de ambos solicitantes para cumplimentar el cuestionario de análisis de personalidad utilizado en esta clase de expedientes, por razón de analfabetismo funcional y, en general, de notable escasez de recursos culturales; la cortedad de medios económicos del matrimonio en atención a las necesidades añadidas que se desprenderían de la adopción; las dudas que en cuanto a motivación personal última en orden a la adopción se suscitan por el hecho de que, hace unos veinte años este matrimonio sin hijos abandonase su iniciativa de ser calificados como idóneos para la adopción (en un ámbito, entonces, nacional), y el razonable temor de los técnicos de la Junta, en vista de las manifestaciones de la esposa solicitante, cuya*

suelen ser laxos con esta exigencia (101). Lo mismo sucede con determinadas minusvalías o enfermedades que se consideran causa de inidoneidad unidas a otras circunstancias (102), pero no por sí solas (103). En caso de la existencia de otros hijos no parece causa de inidoneidad la edad elevada de estos (104), pero sí se considera como tal el someterse a un tratamiento de reproducción asistida tras la resolución denegatoria y antes de recurrirla (105). Es causa de no idoneidad la sospecha (aunque no evidencia) de que otro hijo de la

---

*madre había fallecido en fechas no lejanas, de que al menos ella pueda concebir la adopción como un modo de sustitución afectiva»* (Badajoz, 11-12-2005).

Es también el caso de la sentencia de la AP de Barcelona, de 22-9-2005, en la que se señala respecto de la edad: *«Su edad, cincuenta y dos y cincuenta y seis años, les debería hacer pensar que un proyecto de filiación es un proyecto de acompañamiento vital y que para cualquier niño es necesario y deseable que éste sea lo más largo posible, en cambio se han limitado a mostrarse optimistas sobre el particular, sin considerar que cualquiera de ellos, o los dos, tengan problemas de salud o cualquier otro conflicto cuando más les necesite su hijo»*.

(101) *«El marido cuenta en la actualidad cincuenta y dos años y la esposa cincuenta y cinco, edades que, cara a la adopción de un menor de hasta once años son, bien que elevadas, en modo alguno, atendiendo a las expectativas actuales de vida y de calidad de ésta pueden considerarse absolutamente inadecuadas y perjudiciales para el menor, por lo que, por sí mismas, no pueden, a juicio de la Sala, dar lugar a la declaración de inidoneidad»* (Lérida, 19-3-99).

*«En relación a la edad, además de que tal circunstancia propiamente sólo concurriría en el esposo, en todo caso no puede reputarse sea un obstáculo que les impida asumir las funciones inherentes a la patria potestad, siendo un hecho notorio de la actual realidad social el cada día mayor retraso con que las parejas afrontan la decisión de la paternidad»* (Asturias, 15-3-2004).

(102) *No se trata de afirmar que una persona con minusvalía (hipoacusia severa) no esté capacitada para adoptar, sino de ponderar además su condición de peticionaria monoparental, a ello se añade una circunstancia que también nos parece que contribuye de manera negativa en su petición, cual es el hecho de que su trabajo de funcionaria, lo sea de carácter interno, la recurrida puede disponer de vivienda propia en Huesca, pero su trabajo le puede obligar a residir de manera anual en distinto lugar, con las dificultades que para el cuidado y estabilidad de la adoptada ha de tener esta circunstancia. Otra cuestión también a tener en cuenta es el hecho de carecer de un apoyo familiar cercano o próximo que le podría ayudar a afrontar alguna de las dificultades que en el cuidado de la menor ineludiblemente se le presentarían* (Zaragoza, 11-12-2002).

(103) *Los solicitantes sufren infección por VIH, pero la referida enfermedad, debidamente tratada y sometida a las exigibles precauciones, no impide a los propios interesados la prosecución de una vida normal y perfectamente idónea para el desempeño de sus obligaciones como padres adoptivos* (Cantabria, 5-3-2003).

(104) *No se observa ningún desajuste emocional en la persona declarada inidónea quien por tener un hijo biológico mayor de dieciocho años, ya hubo de tenerse en cuenta ese llamado ahora «desajuste generacional», cuando se aprobó y permitió la adopción de un niña de origen chino de sólo seis años de edad. En aquel entonces ese desajuste generacional no impidió la adopción que resultó, sin duda, un éxito cuando se reconsidera la posibilidad de nueva adopción* (Valencia, 14-3-2005).

(105) Madrid, 29-11-2004.

solicitante ha sido víctima de malos tratos (106) y también la no aceptación previa de la asignación de otro menor en un proceso anterior (107).

- b) Subjetivas y educativas. Se hace referencia en algunas sentencias a la elaboración de duelos previos como condición de idoneidad, ya sea en un caso en el que la solicitante fue adoptada y además ha perdido un hijo (108), o en el caso del fallecimiento de un hijo (109). En otras, que el hijo venga a cubrir carencias de la pareja no se considera causa de no idoneidad (110). La excesiva seguridad personal,

---

(106) *Si bien las diligencias penales por malos tratos fueron archivadas, se hace referencia al informe del Hospital en que se indica que «sí se han apreciado dificultades en la interacción educativa entre la madre y el niño, motivo por el que se aconseja tratamiento en el CSMIJ», es decir, se reitera la constatación de la falta de consolidación del primer proceso adoptivo, con lo que un segundo proceso, como señala la Juez de la instancia y el Ministerio Fiscal, podría poner en peligro no sólo esta nueva incorporación, sino incluso la situación del primer adoptado»* (Barcelona, 26-7-2005).

(107) *«El matrimonio de los hoy apelantes, formularon en 19 de abril de 2001, solicitud de adopción internacional de una niña sana de hasta nueve años de edad, sin padecimiento de algún tipo de minusvalía psíquica o sensorial. Tras los correspondientes informes social y psicológico del matrimonio, obtuvieron la declaración de idoneidad para la adopción internacional de una niña de las citadas características, por Resolución administrativa de 18 de octubre de 2001. En agosto de 2002 se les asignó una niña colombiana de nueve años de edad (Bárbara). Ante ello, los apelantes dirigen una carta a la Consejera de Asuntos Sociales, diciendo que no podría existir empatía entre ellos y una niña de nueve años, toda vez que ellos solamente estaban preparados psicológicamente para la adopción de una niña entre 0 y 24 meses, pues en el núcleo familiar existen varones que tampoco podrán adaptarse fácilmente, pidiendo la asignación de una niña de entre 0 y 24 meses, declinando la preasignación de la niña Bárbara. Ello motivó que la entidad pública tomase la decisión de revisar la idoneidad, declarándoles no idóneos para adoptar una niña de la edad solicitada, por no cumplir el requisito de la edad, pues superaban el límite de los cuarenta y dos años entre la edad del adoptante y la del adoptado»* (Málaga, 30-12-2004).

(108) *La apelante fue adoptada cuando tenía ocho meses de edad y pretende dar a otros niños la oportunidad que sus padres adoptivos le ofrecieron; no tiene superada la pérdida de los biológicos, aunque ha conocido a su madre y, sobre todo, ha padecido la pérdida de un hijo»* (Barcelona, 4-2-2005).

(109) *En relación a la motivación, se insiste en el informe psico-social en que la de los actores viene condicionada por el hecho de no haber superado el duelo que les causó la pérdida en accidente de su único hijo. Lo cierto es que el duelo por la pérdida de familiar tan allegado siempre ha de pasarse, exigiendo tiempo, siendo notorio el hecho de que la pérdida de un hijo es insustituible por otro. En todo caso, en el acto del juicio la psicóloga informante en forma tajante ha manifestado que los actores iban haciendo bien el duelo inherente a tal pérdida, no tratando en absoluto de sustituir con la adopción que pretenden al hijo fallecido, lo que por otra parte es perfectamente compatible con el deseo de tener una nueva familia y las relaciones paterno-filiales de la misma derivada* (Asturias, 15-3-2004).

(110) *«Así considerar como un concepto negativo que la adopción suponga una forma de cubrir necesidades de la pareja, no es sino una valoración muy subjetiva, puesto que el cubrir esas necesidades, por un lado, no es incompatible con el deseo de tener un*

unida a la rigidez, conduce a la no idoneidad en un caso de adopción por un solo solicitante (111). El perfil psicológico de los solicitantes aparece mencionado y analizado en diversas sentencias, si bien es frecuente que los jueces minimicen factores que para los técnicos pueden ser constitutivos de riesgo (112). Es frecuente en algunos casos que los solicitantes presenten un informe pericial alternativo al estudio psicosocial que les han hecho. En estos casos los tribunales justifican la admisión procesal y valor del informe particular frente a los informes de la entidad pública (113) y frente a algunas obje-

---

*hijo atendiendo todas las necesidades de éste, desde las puramente materiales a las afectivas, y, por otro, es una motivación que formulada de forma tan genérica, nos la encontramos en casi todas las parejas, pues el desarrollo personal o de pareja a través de la maternidad o paternidad no es incompatible, antes al contrario, con las atenciones a los hijos para el correcto desarrollo de estos»* (Ciudad Real, 11-10-2005).

(111) *Cuestiona el proyecto adoptivo del recurrente al estimar que se centra en los intereses personales del solicitante, quien además presenta una limitada capacidad empática, unas expectativas poco realistas, unos criterios rígidos y un planteamiento poco elaborado de la adopción, así como falta de conciencia de las dificultades que pueden surgir y de las implicaciones de un proyecto adoptivo en solitario, sin que haya conseguido exponer, con sobrevaloración de su capacidad, sus criterios educativos ni concretar sus estrategias de afrontamiento* (Valencia, 11-10-2005).

(112) *Es particularmente llamativa la sentencia de la Audiencia de Cádiz, de 30-10-2003: «En primer lugar, el desajuste en la relación de pareja; sirva de partida que los apelantes forman una pareja consolidada, pues su matrimonio data del 19 de septiembre de 1981, sin que consten crisis relevantes en su convivencia, tratándose de un matrimonio “tradicional”, conformando como pareja una unión estable y sin conflictos (...). Respecto a Rosario, destacan escasa capacidad de pedir ayuda profesional ante la inestabilidad emocional que le provoca sus pensamientos acerca de su esterilidad (...). Sin embargo, no puede olvidarse que la reacción de la recurrente es fruto de que habiendo consultado con su marido a diversos especialistas, sometiéndose a diversas pruebas ginecológicas y analíticas, con el propósito de conseguir el deseado hijo biológico, procedimiento arduo y costoso, no se le diagnosticó claramente el motivo de su esterilidad, dándoseles esperanza de poder lograr el hijo deseado naturalmente, es decir, obedece a una causa concreta y, en cierto modo, justificable, para persona de elemental formación integral, para lo que demandaban; de ahí su escepticismo a priori hacia los tratamientos médicos específicos —ginecológicos y mentales— (...). Tampoco es destacable, a los efectos de considerarlo como motivo valorable para desaconsejar la idoneidad preconizada, la dependencia de la mujer hacia el marido. (...) Esta diferente posición no es anormal sino que acontece con frecuencia en las parejas ante los problemas que los hijos le presentan, pareciéndonos excesiva la conclusión de que estas situaciones, caso de dificultades comportamentales del menor “desbordarian” a la apelante».*

(113) *AP de Barcelona, de 16-2-2006. «Respecto a la prueba pericial aportada por los demandantes, cabe señalar, en primer lugar, que a diferencia de lo que ocurría en la legislación procesal anterior a la Ley 1/2000, de 7 de enero, el dictamen elaborado por peritos designados por las partes es considerado como una prueba pericial en igualdad de condiciones que la pericial emitida por peritos designados por el Tribunal. La prueba pericial así aportada, como establece el artículo 348 de la LEC, debe ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica, al igual que los informes aportados por la entidad pública que han servido de base para la declaración de inidoneidad, a cuyos informes no*



ciones de falta de conocimientos especializados de los peritos particulares, consideran que dicha especialización no existe en la ciencia psicológica (114).

B) Circunstancias socioeconómicas: La escasez de recursos culturales es considerada en algunos casos como causa de inidoneidad (115), pero no se exige la pertenencia a la clase social media-alta como condición de idoneidad, so pena de que la adopción sea socialmente discriminatoria (116). Por otra parte, las eventuales dificultades derivadas de la conciliación de la vida laboral y familiar con la incorporación de un nuevo miembro a la familia suelen minimizarse (117).

C) Motivaciones: Las motivaciones que los tribunales consideran adecuadas no coinciden en todos los casos con las que los estudios psico-sociales señalan. Así se destaca en alguna sentencia que las motivaciones eran altruistas, valorándolo positivamente (118), y en otra tener un hijo que no ha podido

---

*tiene porqué otorgárseles una fuerza probatoria superior*». En idéntico sentido AP de Málaga, de 6-4-2005.

(114) AP de Barcelona, de 16-2-2006: *no consta que dentro de la psicología exista la especialidad de valorar la idoneidad de las personas para adoptar a un menor*.

(115) Marcada «asimetría de la pareja» (inseguridad e inhibición del marido frente a habilidad comunicativa de la esposa); la incapacidad del solicitante varón para cumplir el cuestionario de análisis de personalidad utilizado en esta clase de expedientes, por razón de analfabetismo funcional y, en general, de notable escasez de recursos culturales (Badajoz, 27-12-2005).

(116) «En cuanto a la disposición de medios económicos suficientes, como acertadamente recoge la sentencia de primera instancia, no cabe exigir a la adoptante unos medios económicos desahogados, que le permitan disfrutar al adoptado de un elevado nivel de vida. Por otra parte, la disposición para el trabajo de la adoptante y sus medios de vida deben llevar a considerar que, aunque con posibilidades modestas, puede alcanzar un régimen de vida digno y que, en absoluto, en caso de una filiación por cauces naturales podría obligar a la intervención de la Administración, al margen de las ayudas socio-económicas que puedan corresponderle por parte del Estado» (La Rioja, 28-7-2004).

«Se afirma también que existen importantes limitaciones intelectuales que constituyen una seria traba para hacer frente a un proceso social complejo como es el de la paternidad adoptiva, lo que resulta agravado por la baja instrucción del apelante y por algunas características emocionales; sin embargo, cabe afirmar que la deficiente preparación intelectual y cultural, no puede convertirse en un obstáculo insalvable a priori y en abstracto para la adopción, ni puede negar a los recurrentes su capacidad natural para el ejercicio razonable de la patria potestad» (Valencia, 2-7-2003).

(117) «Ciertamente, los apelantes, como por otra parte es comprensible en un matrimonio sin hijos, se han abocado a sus tareas profesionales, hasta el punto de regentar la actora cinco peluquerías en esta ciudad, hartos alejados entre sí, y de prestar su marido sus servicios en Madrid, ciudad en la que permanecía de lunes a viernes, además de otros viajes profesionales. Sin embargo, nada hace suponer que dicho peculiar, aunque no extravagante régimen de trabajo, deba mantenerse en el futuro si los apelantes consiguen ser padres adoptivos» (Lérida, 19-3-99).

(118) AP de Barcelona, de 16-2-2006: «legitimidad de la motivación que tienen para adoptar, exenta de intereses egoístas».



engendrarse naturalmente y ayudar a los menores sin familia se consideran motivaciones adecuadas (119).

D) Paternidad adoptiva: Se considera causa de no idoneidad en algunos casos el que no se asuma la realidad de la paternidad adoptiva con sus problemas adaptativos, la rigidez de expectativas y la no aceptación de la historia y «mochila» del niño (120), pero en otros el juez considera inaceptables dichas conclusiones a la vista del resto de circunstancias familiares (121). La aceptación del proyecto adoptivo por el resto de miembros de la familia se considera un factor relevante, pero se suele quitar importancia a las diversas sensibilidades u opiniones familiares (122)

---

(119) «Considera esta Sala que la búsqueda del hijo adoptivo, por no haber tenido hijos biológicos, es un motivo lícito y válido y que el mismo se complementa con el deseo de conseguir el bienestar del hijo adoptado sin que la prevalencia, incluso, de la primera causa, vicie la intención también perseguida de proporcionar bienestar a un menor desvalido» (Cádiz, 30-10-2003).

(120) «Se ha evidenciado la rigidez de sus planteamientos al negarse repetidamente a cambiar o ampliar la franja de edad del menor o aceptar los requisitos legales o una determinada colaboración desinteresada con la institución. Su proyecto adoptivo es además poco realista, como demuestran sus juicios sobre los niños susceptibles de ser adoptados cuando les califican de agradecidos y obedientes, y basan la solidez del vínculo que debería establecerse entre ellos y su hijo en ese agradecimiento y obediencia que piensan como espontáneos y derivados de las carencias que presentan, no apreciándose tampoco recursos internos suficientes para construir una relación sólida que se sustente en la libertad, confianza e independencia que el niño, sobre todo en la adolescencia, necesitará (...). En lo que hace referencia a no escoger el sexo de manera excluyente, reiteradamente han manifestado que quieren una niña y depositan buena parte de sus expectativas del éxito de la adopción en esta circunstancia. Finalmente, en cuanto a la aceptación de la herencia biológica del menor y de aceptación y respeto a su historia, identidad, cultura, entienden los técnicos que la prioridad de los solicitantes durante años fue la paternidad biológica, siendo ésta la causa, su retraso, de su proyecto adoptivo; la adopción sería así, la mera suplantación del hijo biológico no conseguido; su convencimiento es de que “estos niños no quieren ni oír hablar de su país”. Piensan los profesionales que esta afirmación y en su fantasía de que no necesitarán viajar al país de origen de su hijo se refleja también en su nulo deseo de vincularse a la historia, cultura y orígenes del menor» (Barcelona, 22-09-2005).

(121) Los actores forman un matrimonio estable y bien avenido, que se dedica a la enseñanza, que ante la imposibilidad de tener hijos decidieron, de mutuo acuerdo, adoptar uno, y cuentan con medios económicos suficientes para sufragar todas las necesidades. Los califica como un matrimonio estable responsable, moderno en todos los ámbitos de desarrollo vital y directamente relacionado con el mundo de la infancia. Por el contrario, la resolución tacha de «pueriles» y hasta cierto punto «increíbles», sin una explicación razonada y razonable, las conclusiones a las que llegan los informes de la trabajadora social y del psicólogo obrantes en el expediente administrativo, acusando de rígidos a los solicitantes en cuanto a las características del menor a adoptar, y de falta de previsión en cuanto a las modificaciones del régimen de vida que la adopción comporta, así como de falta de implicación en el proceso (Toledo, 13-5-2004).

(122) Así se desprende de cuatro casos; en los tres primeros es la pareja la renuente, en el segundo son los hijos del solicitante:

y la preferencia por un determinado sexo o edad se consideran naturales (123).

---

*«La tercera causa cabría referirla a cierta pasividad de uno de los cónyuges (en concreto del marido) hacia la adopción, a la que accedería más para satisfacer a su esposa que por propio deseo (...). Ciertamente es que cualquier acto de tanta trascendencia, como una adopción, no puede llevarse a cabo como compensación, concesión o regalo al otro cónyuge, es decir, no asumiendo la decisión como propia, y ello debe ser objeto de reflexión entre los hoy apelantes, tanto respecto del cónyuge “interesado” como del “pasivo”, mas adoptada dicha decisión por personas sobradamente adultas, la Sala llega a la convicción de que, aun siendo cierta dicha actitud, en modo alguno averada por pruebas concluyentes, de la misma no se inferiría perjuicio apreciable para el adoptando, por lo que no cabe extraer de ella la inidoneidad» (Lérida, 19-3-99).*

*«En relación con la mayor motivación de uno de los dos adoptantes, la Sala entiende que las reticencias, dudas e incertidumbres iniciales por parte de uno de los solicitantes tampoco les inhabilitan para ser adoptantes, pues son sentimientos inherentes a la naturaleza humana y no es frecuente que la decisión de ser padre adoptivo surja sin algún tipo de conflicto interior; las dudas pueden eliminarse en el proceso de decantación de la opinión propia, e incluso puede salir fortalecida la voluntad de adoptar» (Valencia, 22-4-2004).*

*«Resalta también el informe que la determinación de los recurrentes para adoptar, se ha visto demorada por los celos del señor David respecto a esta modalidad de filiación y por su falta de compromiso inicial con el proyecto adoptivo (...); la Sala entiende que las reticencias, dudas e incertidumbres iniciales por parte de uno de los solicitantes tampoco les inhabilitan para ser adoptantes, pues son sentimientos inherentes a la naturaleza humana» (Valencia, 2-7-2003).*

*«Es lo cierto que se entiende que se infringe el principio valorativo cuando se extrae la consecuencia de que la familia de origen del solicitante —dos hijas de catorce y once años de edad— son renuentes a que se incremente el núcleo familiar con una posible nueva/o hermana/o; como igualmente que se pueda motejar de inseguro al padre por la circunstancia de que consulte ese posible incremento de las unidades familiares con sus hijas. En la misma línea, produce sorpresa que se diga que la cuñada —hermana de la esposa, lamentablemente fallecida— del solicitante se oponga a la misma. Resolviendo el fondo del recurso, con los informes ratificados en autos, no existe indicio alguno de que el núcleo familiar que forman el recurrente y sus dos hijas no sea estable y equilibrado desde el punto de vista afectivo (el económico no se discute); como tampoco valora la Sala con carácter negativo que el padre —dada su edad— consulte con sus hijas sobre la adopción que proyecta, sino que muy al contrario, la entiende plenamente positiva, ya que tiene un contenido finalístico claro, que no es otro que propiciar, mediante el asentimiento que se consiga de sus hijas, una mejor integración en el núcleo familiar de la persona a adoptar» (Toledo, 2-2-2005).*

(123) La segunda causa de inidoneidad la refiere la Administración, según se deriva de los informes, de la falta de disponibilidad real a la adopción de un menor de sexo masculino y edad superior o cercana a los once años de edad. Para la Sala deben ser disculpables, por humanas, las actitudes, ya de preferencia por un hijo de uno o de otro sexo, ya de una determinada edad, pues la generación natural y la realidad de la relación paterno-filial muestra que la preferencia por tener hijos o hijas es un hecho corriente (...) no debe darse a dicho deseo, una trascendencia tal que haga inidóneos a los solicitantes, pues del mismo no deriva indicio alguno de que pueda resultar perjuicio para la persona que finalmente llegue a adoptarse (Lérida, 19-3-99).

d) *Cauces para recurrir contra una no idoneidad*

Según el procedimiento establecido en la Disposición Adicional Primera 2.º de la LOPJM, cuando la Administración Autonómica declara a una familia no idónea, se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria, quedando siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria.

Llama poderosamente la atención la canalización del sistema de garantías procesales en estos casos a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria típicamente de Derecho Privado, siendo así que «la reclamación contra la resolución que declara la inidoneidad de una persona para ser adoptante no es una acción fundada en el derecho privado, sino una pretensión que pretende la revocación de una actuación sujeta al Derecho Administrativo» (124). Sin embargo, la LJCA dispone en su artículo 1 que serán los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo los que conozcan de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo, en su artículo 3 excluye las que expresamente estén atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales, que es precisamente lo que ocurre en el caso de la no idoneidad y en virtud de la Disposición Adicional mencionada. «La competencia que tiene la Administración para declarar la idoneidad para el ejercicio de la patria potestad a los efectos de poder ser adoptante, regulada por normas administrativas, otorga a los actos que se dicten en el ejercicio de la misma una naturaleza claramente administrativa. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de la misma sólo podrán ser recurridas por vía administrativa, de ser ello posible, y una vez que adquieran firmeza produciéndose el fin de la vía administrativa, no será preciso ni cabrá reclamación previa alguna antes de reclamar en vía judicial y ello con independencia de cuál sea el orden jurisdiccional que deba conocer de la reclamación, puesto que la posibilidad de realizar una reclamación previa no depende de la jurisdicción ante la que pretenda acudir el interesado, sino de si su acción está o no fundada en Derecho Privado o Laboral» (125).

Esta imposibilidad de plantear la reclamación previa a la vía judicial ha sido criticada por los adoptantes (126), y no estaba clara en alguna de las regulaciones autonómicas (127).

(124) ADROHER BIOSCA, S., ASSIEGO CRUZ, V., 424.

(125) Sevilla, 23-7-2003.

(126) CORA. Documento titulado *Reivindicaciones y propuestas de actuación en materia de adopción y acogimiento* (2005) ([www.coraenred.org](http://www.coraenred.org)).

(127) El artículo 24 del Decreto 13/1999, de 26 de enero, de Extremadura (ya derogado) señalaba: «1. *Contra las resoluciones acordadas por la Dirección General de Servicios Sociales Especializados sobre la aptitud e inaptitud de los solicitantes, los interesados podrán interponer en el plazo de un mes a partir de la notificación, reclamación administrativa previa a la vía judicial civil ante el titular de la Consejería de Bienestar Social.* 2. *Transcurrido el plazo de tres meses desde la interposición de la reclamación*

Para finalizar este epígrafe apporto dos datos finales:

La situación en virtud de la cual las declaraciones de no idoneidad que se recurren ante los tribunales, estos generalmente las revocan, no es característica de España sino que sucede también en otros países (128).

No existen todavía estudios que demuestren que las adopciones de padres inicialmente declarados inidóneos pero cuya declaración de inidoneidad fue revisada por el juez son más propensas a fracasos adoptivos; sin embargo, sí existen estudios que demuestran que una propuesta de inidoneidad por el TIPAI revisada posteriormente por la Administración tiene correlación directa en las adopciones que posteriormente se han truncado o están en riesgo de truncarse (129).

### 2.3. ELEGIBILIDAD

En Derecho español, una persona que reúna los requisitos de capacidad ya mencionados y que a través de un estudio psico-social haya sido declarada idónea por la administración autonómica puede legalmente adoptar en España, pero no siempre se convertirá finalmente en padre adoptivo, ya que existen muchas más personas que se ofrecen para adoptar que niños adoptables.

Es por ello que las administraciones competentes en materia de protección de menores, establecen determinados criterios de preferencia para seleccionar a los futuros adoptantes. En casi todos los Decretos se da preferencia a los solicitantes residentes en la Comunidad Autónoma a los no residentes. En muchas ocasiones se escoge prácticamente en función del criterio cronológico, dejando un margen de arbitrio a la administración (130), o bien introduciendo pequeñas correcciones al mismo.

---

*previa, habiendo recaído o no resolución expresa, si no satisface a los interesados, éstos podrán impugnar a través de los cauces procesales de la jurisdicción voluntaria ante el Juzgado de Primera Instancia competente».*

(128) BEGUÉ LORETI, 19, señala que en Italia los adoptantes no idóneos que recurren al tribunal de apelación son generalmente declarados idóneos, ya que los tribunales más que verificar la idoneidad prácticamente se limitan a comprobar si los solicitantes reúnen los requisitos de capacidad. Es esencial, por tanto, distinguir claramente capacidad e inidoneidad.

(129) BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. (2003), 122.

(130) Es el caso del artículo 27 del Decreto de Castilla-La Mancha que señala: *«Analizadas las familias inscritas en el citado registro por orden de antigüedad y descartadas aquellas que no se adapten a las características del menor, el Servicio de Menores de la Dirección General de la Familia analizará las familias inscritas y propondrá aquella que mejor se ajuste a las necesidades del menor. A tal fin podrán llevarse a cabo nuevas entrevistas con los solicitantes».* Es también el caso del artículo 31 del Decreto baleár.

En unos casos dicho criterio cede si los adoptantes aceptan menores con necesidades especiales, teniendo éstos preferencia absoluta (131); en otros se hace depender de la edad del niño o de los padres (132) o si han adoptado hermanos del menor que ahora se propone (133). Sin embargo en muchos otros casos se establecen determinados criterios de selección, referidos a la composición familiar [bien dando preferencia a las parejas sobre las personas solteras (134), bien teniendo en consideración la edad de los hijos (135), bien prefiriendo a las familias sin hijos (136) al respeto

---

(131) Así se expresa el artículo 18 del Decreto andaluz y el 67 del Decreto valenciano. El artículo 40 del Decreto canario distingue entre menores de ocho años (en cuyo caso «se seguirá el orden reflejado en la Sección de Lista de Espera del Registro de Adopción») o niños con necesidades especiales en cuyo caso si se establecen vagos criterios de elegibilidad: *«se propondrá de entre los solicitantes que ofrezcan mayores posibilidades para la integración y óptimo desarrollo integral del menor, a los que aparezcan inscritos con mayor antigüedad y hayan sido declarados idóneos para ser adoptantes de menores de estos grupos»*. Es también el caso del artículo 30 del Decreto extremeño que, dejando un cierto margen de discrecionalidad a la Administración (*«la Directora General de Infancia y Familia propondrá aquellos solicitantes, de entre los declarados idóneos, que ofrezcan las mayores garantías para su integración y desarrollo»*), señala como criterio el cronológico, salvo en los casos de menores en circunstancias especiales.

(132) Es el criterio del Decreto gallego, cuyo artículo 82 adopta el criterio cronológico en el caso de menores de un año y en el caso de mayores o con necesidades especiales, el criterio cronológico y el de la edad de los solicitantes sin especificar qué edad se considera preferible.

(133) Es el caso del artículo 27 del Decreto aragonés.

(134) En el artículo 59 de la Ley madrileña para niños menores de tres años, en el 8 del Decreto asturiano y en el 85 del Decreto catalán.

(135) Es el caso del Decreto catalán que en su artículo 85, además de señalar como criterio el cronológico y el genérico de reunir las características que mejor se adapten al menor, se señala que *«caso que los solicitantes tengan hijos biológicos o adoptados, que su edad sea superior a la del menor adoptado, con una diferencia mínima de dos años»*. Es también el supuesto del artículo 8 del Decreto asturiano, que tras otros criterios de carácter general establece criterios referidos a la composición familiar (*se dará preferencia, con carácter general, a los matrimonios o parejas unidas por relación de afectividad análoga a la conyugal, y en el supuesto de que la situación del menor aconseje su incorporación a una familia con otros menores, a los solicitantes que tengan hijos y no podrá asignarse un menor a una persona o pareja durante el año siguiente al nacimiento o adopción de un hijo o al acogimiento de otro menor*). Es también el caso de la ley de La Rioja, cuyo artículo 103 señala, tras establecer de forma muy abierta que la Administración seleccionará con discrecionalidad atendiendo al superior interés del menor, *se establece que no podrá seleccionarse solicitantes declarados idóneos en tanto no transcurra un año desde el nacimiento del menor de sus hijos o desde la incorporación al hogar del último menor en proceso de adopción*.

(136) Es el caso de la Ley navarra cuyo artículo 75 señala: *1. Tendrán prioridad en la adopción nacional aquellas personas o núcleos familiares sin hijos, salvo para los menores con características especiales*.

al origen del adoptado (137) o referidos a cuestiones diversas en normas complejas y ponderadas (138)].

Lo que puede deducirse de la atenta lectura de toda esta normativa es la inexistencia de criterios comunes de elegibilidad; el ejemplo claro es la preferencia del hogar con padre y madre frente al monoparental. Quizá sería conveniente una mayor homogeneidad, claridad y publicidad de estos criterios (como de los de idoneidad) que evite a los futuros adoptantes idóneos que se encuentran en la lista de espera, la sensación de arbitrariedad en el «orden de llamada».

Sin embargo, es evidente la legitimidad de la existencia de criterios de elegibilidad. Recordemos que se trata de adoptantes capaces e idóneos pero la responsabilidad de nuestra administración de tomar una decisión de tanta trascendencia como la de formular una propuesta de adopción de un niño que ya ha sufrido un abandono, justifica sobradamente que se establezcan criterios que en el fondo revelan los modelos de familia que se consideran preferibles en lugar de que el criterio determinante sea el cronológico, es decir, el del «registro de entrada» del ofrecimiento de la adopción (139). Además, por otra parte, más allá de los criterios genéricos, lo esencial en este caso es que los elegidos sean los que mejor se ajustan a un niño en concreto, y por tanto la asignación deberá tener como centro de gravedad el perfil y las características del niño para el que se buscan padres.

Los adoptantes capaces e idóneos no tienen «derecho» a adoptar; son los niños en situación de abandono los que tienen derecho a una familia en la que crecer (140). El establecimiento de estos criterios no supone una discriminación contraria al principio de igualdad consagrado constitucionalmente entre potenciales adoptantes, sino la legítima elección de quienes a juicio de la administración responden mejor al superior interés del niño. En virtud de este criterio, la administración puede preferir la adopción por una pareja a la

---

(137) Es también el supuesto del artículo 8 del Decreto asturiano que además de los criterios mencionados establece que *en los casos en los que se estime conveniente que el menor mantenga relaciones con su familia de origen, se tendrá en cuenta la aceptación de este extremo por los solicitantes*.

(138) Destacan de forma especial el artículo 40 del Decreto de Castilla-León y el 31 del Decreto murciano.

(139) «El criterio conforme al que deben ordenarse las asignaciones de niños no es simplemente el cronológico (por orden de las solicitudes) entre quienes han sido declarados idóneos, más objetivo e igualitarista, sino precisamente el de la mayor o menor aptitud de una persona, matrimonio o pareja para una concreta adopción (teniendo en cuenta, por tanto, las características tanto de los adoptantes como del adoptado cuyo interés es, como siempre, el criterio decisivo)». MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., 183.

(140) Así lo recoge textualmente alguna norma autonómica, como es el caso de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja, cuyo artículo 99 señala: «La declaración de idoneidad no reconoce derecho alguno a formalizar la adopción de un menor».

adopción por solteros, la adopción por una pareja sin hijos a la adopción por una familia con hijos biológicos, la adopción de personas de cuarenta y cinco años a la adopción de personas de sesenta, o la adopción de una pareja heterosexual a la adopción por una pareja homosexual (141).

La opinión del SSI (142) es clara al respecto: «El niño que necesita ser adoptado es un niño que ha padecido graves carencias: su historia, su situación de adoptado y a veces su aspecto físico lo hacen, de hecho, un ser diferente en el entorno de un país o del medio en el que contempla su colocación. La familia no debe aumentar sus diferencias o creencias, sino ofrecer o revalorizar las referencias maternas y paternas que le han faltado o perjudicado, asegurarle un entorno que pueda facilitar su integración social y que sea capaz de hacer frente a las dificultades específicas de la relación adoptiva.

Por estas razones el SSI estima, salvo casos particulares justificados, que una pareja integrada por un hombre y una mujer, de una edad en relación con la del niño, ofrece un entorno más favorable para el desarrollo del niño que una persona sola, una pareja del mismo sexo o una en la que la edad avanzada de uno de ellos constituya un factor de inadaptación a las necesidades del niño o de riesgo en cuanto a la duración de la protección parental» (143).

Por tanto, los criterios de elegibilidad establecen un orden de preferencia que no puede entenderse como discriminatorio. Sucede como en otras cuestiones (criterios de escolarización...) en las cuales la administración tiene que primar a unas familias frente a otras toda vez que la «demanda» supera a la «oferta». Es evidente, no obstante, que en estas situaciones es difícil que la opinión pública y la de los interesados asuma y acepte este «intervencionismo estatal» y no se perciba como sesgado y discriminatorio. La cuestión tuvo gran relevancia en los años setenta y ochenta en Estados Unidos, años en los que la adopción interracial se concebía como mal menor, toda vez que el niño negro podía sentirse «distinto» y «rechazado» si era adoptado por una familia blanca e integrado a través de ella en una comunidad en la que todavía existía un racismo larvado. En este sentido se pronunció, por ejemplo, el Tribunal Superior del Estado de Connecticut en el caso *Lusa v. State of Connecticut* en 1979: «*The court has no doubt that the plaintiffs are excellent foster parents. Unfortunately no family in our present society can be an island.*

---

(141) La homosexualidad no puede ser, en Derecho español, una condición incapacitante ni una condición para la idoneidad, pero sí puede ser tomada en cuenta en la elegibilidad de cara a la asignación, sin que ello implique una discriminación por razón del sexo. Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., 187.

(142) 2001, 21.

(143) Algunos autores, desde la teoría psicoanalítica, cuestionan también la adopción homoparental. Así, CASANUEVA, M. A., 193, señala: «No dudo que muchas mujeres homosexuales podrán ser buenas madres, como otras tantas heterosexuales. Pero ninguna puede ser padre».



*Granted that society and the community should not harbour attitudes against interracial mixture, the subject of the foster-home placement and the adoption is the child, whose life will be affected by the community values and prejudices as they exist, not as they ought to be» (144).*

### 3. LA SELECCIÓN DE LOS ADOPTANTES EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Acabamos de recorrer los presupuestos de capacidad, idoneidad y elección de los futuros adoptantes que el ordenamiento jurídico español establece. Sin embargo, como es bien sabido, la adopción nacional en España es numéricamente muy poco significativa y sin embargo, en la adopción internacional, transnacional o entre países (*intercountry adoption*, como la denomina con más precisión el Convenio de La Haya de 1993) somos el segundo país del mundo en números absolutos, el primero si comparamos el número de adopciones con la población total (145). Consideraré en este trabajo como adopción internacional aquella en la que residiendo el adoptado en un Estado es trasladado a otro en el que residen él o los adoptantes con motivo del establecimiento de la relación adoptiva (146).

Pues bien, las adopciones internacionales pueden constituirse bien ante la autoridad del país de origen del niño o bien ante una autoridad española (el cónsul español en el país de residencia del menor o el Juez español en España). La gran mayoría de adopciones internacionales se constituyen ante la competente autoridad extranjera, ya que por una parte, muy pocos países reconocen competencia a autoridades extranjeras para autorizar actos relativos al estado civil de sus nacionales en su territorio (la adopción consular suele quedar reservada para las adopciones de niños españoles por adoptantes es-

---

(144) SIMON, R., 231.

(145) SELMAN.

(146) Los Convenios internacionales más recientes sobre la materia se refieren a la adopción internacional en este sentido. Así, el Convenio de La Haya, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993 (Instrumento de ratificación español publicado en el *BOE*, núm. 182, de 1 de agosto de 1995) se considera aplicable cuando «un niño con *residencia habitual* en un Estado contratante ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante, bien después de la adopción en el Estado de origen (...) por cónyuges o por una persona con *residencia habitual* en el Estado de recepción (...), bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen» (art. 2 del Convenio). En este mismo sentido, la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores suscrita en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, en la Tercera Conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado señala en su artículo 1 que dicha Convención se aplicará cuando «el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado parte».



pañoles) y por otra, para que la adopción se constituya ante el juez español es preciso que el niño salga de su país con autorización y conocimiento de sus autoridades y eso pasa en contadas ocasiones como es el caso de la India.

En relación a esta cuestión voy a referirme a dos cosas: por una parte, la aplicación cumulativa de dos sistemas jurídicos, el del niño y el de los padres y, por otra, al momento en que dicho certificado de idoneidad debe ser exigido.

### 3.1. APLICACIÓN CUMULATIVA DE DOS SISTEMAS JURÍDICOS

El supuesto más frecuente va a ser, por tanto, aquél en el que la adopción se ha constituido en el extranjero, ante las autoridades del país de origen del niño que aplicarán su sistema jurídico de adopción. Por consiguiente, los futuros adoptantes deberán ser considerados capaces, idóneos y elegibles de acuerdo con las normas y estándares del país de origen de su futuro hijo, pero también deberán satisfacer las exigencias de capacidad e idoneidad del sistema jurídico español. Se trata de lo que en Derecho Internacional Privado se denomina «cúmulo limitativo» de normas aplicables: la adopción no podrá constituirse válidamente si los futuros adoptantes no reúnen las exigencias previstas tanto en su ordenamiento jurídico como en el del niño. La utilización de esta técnica persigue afianzar la seguridad jurídica de la relación adoptiva así creada o la denominada «armonía internacional de soluciones», es decir, el reconocimiento de pleno derecho de la adopción, tal y como se ha constituido en ambos países. La verificación práctica de que esta «doble garantía» se ha dado, está contemplada tanto en el Convenio de La Haya de 1993 como en nuestra legislación interna.

Así, el Convenio como es bien sabido, elude señalar la autoridad competente para constituir la adopción, así como determinar la ley aplicable a la misma; se trata de un Convenio de cooperación de autoridades que prevé el reconocimiento recíproco de las adopciones que se han llevado a cabo según las disposiciones convencionales, pero siguiendo el procedimiento previsto en el mismo. En este sentido, si bien la determinación de la idoneidad de los adoptantes es competencia de las autoridades del país en el que residen, el país de origen del niño debe consentir a dicha designación de la aptitud de los adoptantes a través de la preasignación y de la asignación o el *matching* regulados en los artículos 16 y 17 (147). Por su parte, el Estado de residencia

---

(147) Artículo 16. 1. *Si la Autoridad Central del Estado de origen considera que el niño es adoptable: d) Constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño.*

Artículo 17. *En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si:*

de los futuros adoptantes verifica también esta aplicación cumulativa de normas a través de dicho *matching*: así, por ejemplo, si la diferencia de edad entre adoptante y adoptado se establece en unos cuarenta años en una determinada Comunidad Autónoma, unos adoptantes de cincuenta y seis a quienes se haya preasignado un recién nacido en el país de origen del niño pueden encontrarse con que la administración autonómica no acepta dicha preasignación aplicando cumulativamente las exigencias de asignación españolas y las del país del niño (148). Se trata de lo que GARCÍA CANO ha denominado procedimiento de «codecisión» (149).

Por su parte, el artículo 9.5 del CC español condiciona el reconocimiento de la adopción constituida ante autoridad extranjera (provenga a no el niño de un país parte del Convenio de La Haya), entre otros requisitos, a la idoneidad de los adoptantes verificada de acuerdo con el Derecho español (150) y a la no

---

a) *La Autoridad Central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo.*

b) *La Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen.*

c) *Las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción.*

d) *Se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.*

(148) Así se señaló, por ejemplo, en la comparecencia de doña María del Mar Calvo Cortes, miembro fundador de la coordinadora de asociaciones en defensa de la adopción y el acogimiento (CORA) en la Comisión Especial del Senado en materia de adopción internacional: «*También existe un grave problema en la tramitación de las Comunidades Autónomas en lo que respecta a la aceptación de la preasignación de los menores por cuanto aplican los criterios que se contienen en la legislación autonómica para la adopción nacional. Casi todas las Comunidades Autónomas tienen señalado como criterio eliminatorio el que la pareja adoptante a nivel nacional haya cumplido los cuarenta años. Esa es una causa de exclusión para la adopción nacional. Así, en la práctica, cuando una pareja adoptante a nivel internacional tiene cuarenta y cinco, cuarenta y ocho o cincuenta años y por parte del país de origen se le asigna un menor de uno a tres años —eso ha ocurrido especialmente en China— el organismo correspondiente de la Comunidad Autónoma ha rechazado, o lo ha intentado, la asignación del menor por exceso de diferencia de edad entre el menor y los padres adoptantes. Como digo, este problema se ha producido realmente en China, aunque también en otros países; y si tenemos en cuenta que un valor de la cultura milenaria china es el gran respeto que existe hacia las personas mayores, imagínense lo que puede significar que se les comunique un rechazo de asignación de un bebé porque los padres tienen cincuenta años*» (año 2002, VII Legislatura Comisiones. Núm. 324, COMISIÓN ESPECIAL SOBRE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL celebrada el lunes 23 de septiembre de 2002).

(149) GARCÍA CANO, 177.

(150) *No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Tampoco lo será, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción* (el subrayado es mío). La exigencia de la idoneidad

contrariedad de la adopción con el orden público español (151), y se ha considerado por la DGRN que los requisitos ya explicados de capacidad integran el conjunto de principios fundamentales del orden público español (152).

Pero además de esta previsión del CC, la exigencia de la «doble idoneidad» se recoge en multitud de disposiciones autonómicas (153).

Por tanto, los adoptantes españoles domiciliados en España deberán cumplir las exigencias españolas de capacidad y la valoración de la idoneidad y de la elegibilidad, así como las normas sobre capacidad, idoneidad y elegibilidad previstas en el Derecho extranjero del país del niño. El espectro de Derecho comparado es amplísimo y abarca cuestiones de lo más diversas (154):

- Estado civil de los adoptantes: lo más frecuente es que, al igual que el ordenamiento jurídico español se admita la adopción de matrimo-

---

(como condición del reconocimiento en España de adopciones constituidas ante autoridades extranjeras) sólo en el caso de adoptante español «residente en España en el momento de la adopción», explica que haya podido llevarse a cabo la adopción, por una conocida baronesa española mayor de sesenta años, de dos niñas recién nacidas en los Estados Unidos, siendo así que la Comunidad de Madrid, comunidad en la que vive aunque no reside, no admite la solicitud de idoneidad de personas mayores de cincuenta y seis años. Este requisito ha podido ser obviado, dado que el domicilio legal lo tiene fuera de España.

En este sentido, la DGRN ha señalado recientemente en su Resolución circular de 15 de julio de 2006 (BOE de 30 de agosto) lo siguiente: «Finalmente, no por tratarse de una excepción, sino por no constituir un supuesto subsumible en el tipo legal enunciado por la norma, no se precisa certificado de idoneidad en los casos en que el adoptante no esté domiciliado en España en el tiempo de la adopción (cfr. art. 9, núm. 5-IV del Código Civil), debiendo entenderse por domicilio a estos efectos el que a efectos de ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones civiles prevé el artículo 40 del Código Civil, esto es, el lugar de la residencia habitual del adoptante. Como puso de manifiesto esta Dirección General de los Registros y del Notariado, en su consulta de 2 de febrero de 1999, “la declaración de idoneidad no es exigible cuando el adoptante español es residente en el extranjero, lo que significa que ha de ser el extranjero el lugar de su residencia habitual (art. 40 del Código Civil); sin que pueda excluirse algún caso en que sea claro el propósito del adoptante de fijar su domicilio en el extranjero, es razonable entender que la residencia habitual en el extranjero se manifiesta por ser residente legal en el país de que se trate” (ibídem. Orden-Circular de la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares, núm. 3.230, de 26 de febrero de 1999)».

(151) Artículo 12.3. del Código Civil: *En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.*

(152) Vid. Resolución de la DGRN de 22 de junio de 1991 (Anuario DGRN 1991, pág. 1233) en la que se considera contraria al orden público español la adopción en Suiza de un niño por sus abuelos maternos por contravenir la prohibición expresa del artículo 175.3.1 del Código Civil.

(153) Es el caso de los artículos 44 y 48 del Decreto aragonés o de los artículos 10.2 y 11 del Decreto asturiano.

(154) Tomo para ello como fuente la página web de la Junta de Andalucía: <http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial>. Debe advertirse también que la legislación de los países de origen sufre reformas, en ocasiones importantes. Es el caso de la legislación china que a partir del 1 de mayo de 2007 ha modificado profundamente los criterios de idoneidad [ver un resumen de la misma en Boletín mensual, núm. 1/2007 del SSI (<http://www.iss-ssi.org>)].

nios o de personas solteras (en algunos países sólo si se trata de una mujer soltera, como Etiopía, India, Nepal o Mongolia). Excepcionalmente sólo se admiten por algunos países, adoptantes que estén casados (Bolivia, Chile, Eslovaquia, Estonia, República Checa, República Dominicana, Sri Lanka, Tailandia entre otros), en algunos se admite la adopción por divorciados (Brasil, Colombia, Congo, Malí, Nepal —sólo mujeres—, Perú, El Salvador, Venezuela) o por viudos (Brasil, Congo, Ecuador, Malí, Perú, El Salvador, Venezuela o Nepal, sólo viudas) y en pocos casos se admite la adopción por parte de parejas de hecho (Colombia, Ecuador y Nicaragua). En el caso de China, la nueva legislación sólo permite la adopción por matrimonios y en el caso de haber existido un divorcio previo (no más de dos), el matrimonio actual debe tener por lo menos cinco años de antigüedad.

- Convivencia previa en caso de adopción por parejas. Muchos de los sistemas jurídicos exigen un tiempo de convivencia previo del matrimonio o de la pareja, entre uno y cinco años.
- Edad de los adoptantes. Todos los países establecen una edad mínima, generalmente los veinticinco años, y algunos una edad máxima (habitualmente entre cincuenta y sesenta).
- Diferencia de edad con el adoptado. La diferencia mínima está en los quince años, pero también muchos países establecen una diferencia máxima.
- Existencia de otros hijos biológicos o adoptados: Esta cuestión no está regulada en todos los sistemas, pero en algunos se establecen limitaciones. Así hay países en los que no se puede adoptar si existen hijos biológicos (Bulgaria —salvo autorización expresa del Ministerio de Justicia búlgaro—, Camerún, Malí, India —sólo algunos Estados permiten la adopción de matrimonios con hijos—, Puebla y San Luis de Potosí —México— Senegal), pero la permiten si son hijos adoptivos (Senegal), en otros no se puede adoptar si el matrimonio tiene un determinado número de hijos (dos o más en Congo, cinco o más en China) o en ese caso sólo permiten adopciones especiales (en Sri Lanka si el matrimonio tiene más de dos hijos).
- Otras circunstancias: En Nepal no pueden adoptar familias que tengan ya dos hijos de diferente sexo y el adoptado debe ser, en todo caso, menor al más joven de los que estén en el hogar. En Filipinas, a requerimiento de las autoridades filipinas, las familias solicitantes deberán presentar una declaración jurada que incluya los siguientes aspectos relacionados con la religión católica: valores, actitudes y principios de su religión y cómo la ponen en práctica e implicación de los solicitantes en las actividades de la Iglesia

de su zona. Asimismo en este país los solicitantes deberán presentar sus planes de cuidado del menor que se pretende adoptar: permiso de maternidad/paternidad, reducción de jornada, ayudas en casa... La legislación de Mongolia indica que los padres adoptivos deben adquirir el compromiso de hacer conocer al menor la cultura y costumbres de su país de origen. En la tramitación en Ucrania se exige un certificado médico de los adoptantes en el que conste diagnóstico de venerólogo, psiquiatra, neumólogo, traumatólogo y narcólogo y análisis entre otros del VIH. En China, la legislación que entra en vigor en mayo de 2007, exige estrictas condiciones de salud de quienes se ofrecen para adoptar (155).

Todos estos requisitos previstos en los sistemas jurídicos del país del niño manifiestan una determinada cultura familiar y social subyacente que si bien no necesariamente se comparta en todos sus términos en los países en los que residen los adoptantes, ineludiblemente debe respetarse, no sólo por razones antropológicas, sino estrictamente jurídicas. El respeto escrupuloso al Derecho del país del que proviene el niño es indispensable no sólo por razones políticas (un país de origen que advierta la falta de respeto por sus leyes o el fraude a las mismas en un determinado país de residencia de los padres, puede suspender las adopciones con el mismo) sino por respeto a la naturaleza jurídico-antropológica de la adopción. La Convención de la ONU de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, recuerda en su artículo 20.3 que en la educación del niño sujeto a medidas de protección, como la adopción, debe respetarse su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico (156). De hecho, un importante criterio a la hora de elegir el país en el que adoptar es sentir cercanía y simpatía hacia la cultura del país de origen del niño. «Tanto el niño como el país de origen precisan de los padres adoptivos una mirada amorosa que transmita respeto por su realidad y sus luchas, que no pretenda absorberla, colonizarla, sal-

---

(155) Ambos cónyuges deben estar sanos física y mentalmente y no padecer las siguientes enfermedades: SIDA, discapacidad mental, enfermedad infecciosa, problemas de visión (ceguera), pérdida de capacidad auditiva o pérdida de la función del lenguaje. Queda exenta de esta limitación la adopción de menores con necesidades especiales que presenten padecimientos idénticos; falta de función o disfunción de extremidades o tronco causado por discapacidad, mutilación o deformación. Deformación facial severa. Enfermedades tales como: cáncer, lupus eritematoso, epilepsia, nefrosis, esquizofrenia, cirugía posterior al implante de órganos principales que fuera fechada en los últimos diez años. Medicación para los trastornos mentales graves, como depresión, manía o neurosis con ansiedad, que haya cesado menos de dos años atrás. Índice de masa corporal igual o superior al 40 por 100.

(156) A este principio hace también referencia el Convenio de La Haya cuando en su artículo 16.1.b), exige a la autoridad central del Estado de origen del niño el que se asegure «de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño, así como su origen étnico y cultural».

varla, ni convertirla en un adorno exótico de la familia, sino encontrarse con ella y acogerla» (157).

El alcance práctico de dicha exigencia se puso de relieve en el caso Kajil, que tuvo lugar a principios de los años noventa en Victoria (Australia) (158). Se trata de un supuesto extremo en el que el propio país de residencia de los adoptantes es el que garantiza la aplicación escrupulosa de la legislación del país de origen que, en este caso, no había sido defraudada por los adoptantes sino inaplicada por la circunstancia sobrevenida del embarazo de la madre.

Cuestión diferente puede ser un ocultamiento o incluso fraude deliberado a las normas del país de origen. Es lo que ha sucedido en algunos casos en las kafalas islámicas. Como es bien conocido, en el Derecho islámico la adopción está prohibida, existiendo otras figuras de protección de menores, singularmente la kafala (159). Pues bien, a pesar de que no estamos en presencia de una

---

(157) ADROHER BIOSCA, S., BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. (2000).

(158) Los señores Wagner, una pareja de australianos sin hijos, fueron declarados idóneos por sus autoridades para adoptar a un niño en la India. La ley del Estado en el que constituyeron la tutela exigía que el menor adoptado fuera el más pequeño de la familia y fueron informados de este extremo. En 1989 viajaron a la India, obteniendo la tutela de Kajil; posteriormente la señora Wagner se quedó embarazada, pero no informó de esta circunstancia a los servicios sociales de Victoria que al conocerlo retiraron la custodia del niño a la familia Wagner y se lo dieron a otra pareja, los Morgan. El Ministro federal intervino criticando la decisión de los Servicios Sociales, ya que Australia se había comprometido con la India a garantizar la adopción por los Wagner o, en caso contrario, a devolver al niño a su país de origen y en interés del menor devolvió al menor a la familia Wagner. CHARLESWORTH, S., 258.

(159) Que recientemente ha sido definida por la DGRN en su Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (BOE de 30 de agosto de 2006): «La kafala del Derecho de los países de inspiración coránica es una institución que no crea un vínculo de filiación entre el “kafil” o persona que asume la “Kafala” del menor y este último, y que se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación, de forma similar a la situación de acogimiento o prolijamiento del Derecho español (cfr. Resoluciones de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993, 14 de mayo de 1992, 13 de octubre de 1995, 25 de abril de 1995, y 27-5.<sup>a</sup> de febrero y 21 de marzo de 2006). En efecto, el Derecho islámico clásico no regula ninguna institución como la adopción plena del Derecho español, esto es, equiparando la posición jurídica del hijo adoptivo con la propia de la filiación natural en cuanto a la creación de vínculos de parentesco y cambio subsiguiente en el estado civil de las personas. Ello se debe a que el Corán prohíbe que el hijo adoptivo se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales (vid. versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII), tan sólo se admite que el niño acogido, que no adoptado, se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia de acogida. No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio (cfr. arts. 121 a 123 del Código de Familia argelino, y arts. 83.3

adopción, sino más bien de una especie de acogimiento familiar, algunos menores magrebíes musulmanes llegan a Europa para una adopción internacional: los padres constituyen una *kafala* en el país de origen y posteriormente una adopción en el país de destino. Esta práctica deviene en ocasiones complicada debido a que en los países de origen para dar a un menor en *kafala* se exige la profesión de fe islámica de quienes le acogen (160), razón por la cual en algunos de los casos los adoptantes son emigrantes magrebíes asentados en dichos países, pero en otros son europeos que se convierten «temporalmente» al Islam (161). Recientemente Marruecos ha advertido al Gobierno español contra esta práctica que resulta, cuanto menos, fraudulenta.

En todo caso, si la administración es consciente durante el estudio de la idoneidad, de la ocultación o falseamiento de algún dato relevante (por ejemplo, el que el adoptante aparezca como soltero viviendo en pareja) esta actitud puede conducir a una no concesión de la idoneidad, y así se recoge en multitud de disposiciones autonómicas (162).

Se ha señalado que «es importante que en la familia adoptiva las diferencias del hijo adoptado sean tratadas con aceptación y respeto, queriéndole y ayudándole en la construcción de un autoconcepto sano y fuerte» (163). Condición imprescindible de esta aceptación de sus diferencias raciales (en ocasiones) y culturales siempre es respetar la idiosincrasia de su Derecho y las condiciones que éste exige para la adopción.

---

de la “Mudawana” marroquí, y arts. 2 y 17 del “Dahir”, núm. 1-02-172, de 13 de junio de 2002, relativo a la promulgación de la Ley núm. 15-01, relativa a la toma a cargo —“Kafala”— de niños abandonados».

(160) Es el caso del artículo 9 del Dahir, n.º 1-02-172 du 1 rabii II 1423 (13 juin 2002) portant promulgation de la loi n.º 15-01 relative à la prise en charge (la kafala) des enfants abandonnés. Article 9: La kafala des enfants déclarés abandonnés par jugement est confiée aux personnes et aux organismes ci-après désignés: 1. *Les époux musulmans* remplissant les conditions suivantes: a) avoir atteint l’âge de la majorité légale, être moralement et socialement aptes à assurer la kafala de l’enfant et disposer de moyens matériels suffisants pour subvenir à ses besoins; b) n’avoir pas fait l’objet, conjointement ou séparément, de condamnation pour infraction portant atteinte à la morale ou commise à l’encontre des enfants; c) ne pas être atteints de maladies contagieuses ou les rendant incapables d’assumer leur responsabilité; d) ne pas être opposés à l’enfant dont ils demandent la kafala ou à ses parents par un contentieux soumis à la justice ou par un différend familial qui comporte des craintes pour l’intérêt de l’enfant. 2. La *femme musulmane* remplissant les quatre conditions visées au paragraphe I du présent article. 3. Les établissements publics chargés de la protection de l’enfance ainsi que les organismes, organisations et associations à caractère social reconnus d’utilité publique et disposant des moyens matériels, des ressources et des compétences humaines aptes à assurer la protection des enfants, à leur donner une bonne éducation et à les élever conformément à l’Islam.

(161) ADROHER BIOSCA, S. (1999).

(162) Por ejemplo, en el Decreto aragonés una de las causas de denegación de la idoneidad es la ocultación, falseamiento o alteración consciente de la información que se ha tenido en cuenta para la valoración de la idoneidad (art. 20).

(163) MARTÍN SÁNCHEZ, L., 13.



### 3.2. IDONEIDAD EX ANTE O EX POST LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

En la reforma del artículo 9.5 del CC, operada por la LOPJM, se introdujo la «idoneidad» como condición de reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero en los siguientes términos: «*Tampoco lo será (reconocida como adopción) mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción*» (164). Este nuevo requisito que ha hecho ya denegar la inscripción de diversas adopciones internacionales en las que no se ha dado (165), responde, como se señala en la propia Exposición de Motivos de la LOPJM, a la adaptación de nuestra legislación tanto al Convenio de Naciones Unidas como a la Convención de La Haya (166).

El principal problema a que ha dado lugar esta nueva condición es la necesidad de determinar si los adoptantes deben haber sido declarados idóneos *ex ante* la constitución de la adopción, o pueden serlo *ex post* a dicha constitución, pero obviamente antes de la solicitud de inscripción en el registro, es decir, en los casos de adopciones independientes. La cuestión reviste bastante trascendencia práctica y se puso de manifiesto nada más entrar en vigor la LOPJM y en relación con los casos transitorios. Al margen de estos casos ya resueltos, la cuestión doctrinalmente debatida es: ¿Puede admitirse la inscripción, es decir, puede reconocerse en España una adopción cuando el certificado de idoneidad se ha emitido con posterioridad a la constitución de la adopción? Lamentablemente en el régimen general y según lo dispuesto en la Ley, la respuesta debe ser afirmativa (167), a pesar de que evidentemente éste no fue el propósito del legislador español, y no es una solución compatible con el superior interés del niño (168). Sin embargo el Anteproyecto de Ley termina con esta situación (169).

---

(164) La falta de declaración de idoneidad como «impedimento» para proceder a la inscripción se apunta, por ejemplo, en la Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 1997 (*BIMJ*, núm. 1823, pág. 90).

(165) Así, por ejemplo, Resolución (2.ª) de 19 de septiembre de 1998 (*BIMJ*, núm. 1846, pág. 126 y sigs.).

(166) Cuestión tratada en ADROHER BIOSCA, S. (2004).

(167) Así lo reconoce expresamente la Resolución-Circular, ya citada, de 15 de julio de 2006 (*BOE* de 30 de agosto): «*No obstante, este rigor queda atenuado por el reconocimiento de la posibilidad de que el certificado de idoneidad se obtenga después de constituida la adopción en el extranjero, no siendo necesario que sea previo*» (cfr. Resolución de 25-3.ª de junio de 1999).

(168) Así se señala por AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B., 237 y sigs. Estos autores documentan sobradamente cómo esta interpretación planeó en los debates parlamentarios, y cita diversa doctrina crítica con esta solución.

(169) Artículo 24.3: «La entidad pública española competente deberá declarar la idoneidad del adoptante en los casos previstos por la Ley previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero».

Ello supone en la práctica que generalmente dicho certificado se concederá, ya que las autoridades competentes se encuentran ante el hecho consumado del niño ya en España y con la familia, y justamente su superior interés no aconseja, salvo casos muy graves, retirarlo de la guarda de quienes lo han traído a nuestro país (170). Quizá para evitar estas situaciones, los criterios para la actuación consular en materia de adopción internacional de 1996, intentan evitar que esta hipótesis pueda plantearse por la vía de la política de visados (171).

Sin embargo en el caso de adopciones de menores procedentes de países que han ratificado el Convenio de La Haya, es evidente que no cabe la expedición del certificado de idoneidad *ex post* a efectos de reconocimiento. El Convenio establece un procedimiento de reconocimiento automático (a salvo la contrariedad con el orden público del foro) pero obviamente las adopciones deben haber tenido lugar de acuerdo con el procedimiento convencional, y el «impulso» parte del Estado de residencia de los adoptantes con la emisión del certificado de idoneidad.

Curiosamente, sin embargo, ha habido países parte del Convenio de La Haya, como Rumanía, que en algún momento han hecho caso omiso del mencionado instrumento autorizando adopciones sin el certificado de idoneidad, lo cual ha dado lugar a adopciones «claudicantes» (172).

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

En este trabajo he analizado el tratamiento de la selección y elección de los que se ofrecen para adoptar a un menor del sistema jurídico español vigente tanto en sus normas como en la aplicación jurisprudencial de las mismas. Se trata, sin ninguna duda, de una de las cuestiones relativas al Derecho de adopción más polémicas. Propongo algunas reflexiones finales como cuestiones o consideraciones abiertas:

1. La responsabilidad ineludible del Estado en países como España y a diferencia de otros sistemas jurídicos más privatistas, en la decisión de quie-

---

(170) GONZÁLEZ BEILFUSS, C., 504.

(171) AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B., 842-3, exponen con detalle este extremo. Vid. también, al respecto, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ.

(172) En este sentido, en la Resolución de 29 de noviembre de 1996, ya citada (*BIMJ*, núm. 1808, pág. 62): «esta colaboración (entre autoridades de los distintos países) es el eje al que responde el Convenio de La Haya de 1993, por lo que es llamativo que Rumanía, para quien entró en vigor el Convenio el 1 de mayo de 1995, haya prescindido del mismo en estas adopciones constituidas en agosto de 1995». En idénticos términos se expresan las Resoluciones de 17 de enero de 1997 (*BIMJ*, núm. 1814, pág. 137 y sigs.), (1.ª) de 22 de enero de 1998 (*BIMJ*, núm. 1826, pág. 125 y sigs.), (2.ª) de 22 de enero de 1998 (*BIMJ*, núm. 1826, pág. 128 y sigs.) y (3.ª) de 22 de enero de 1998 (*BIMJ*, núm. 1826, pág. 131 y sigs.).

nes son aptos para adoptar y quienes no, en su preparación y en la asignación de la familia a un determinado niño es hoy un hecho incuestionable. A pesar de los argumentos de quienes en nombre de la progresiva penetración de la autonomía de la libertad en el Derecho Privado reclaman su derecho y su libertad para crear una familia sin cortapisas (173), es evidente que (a diferencia del liberalismo que inspira la Ley española de reproducción asistida) en el caso de la normativa reguladora de la adopción, la existencia de un menor que ya ha sufrido un abandono y que está bajo la tutela del Estado, exige de éste todas las cautelas antes de entregarlo a una familia.

2. Sin embargo, la concreción de dicha responsabilidad parece que debería traducirse y concretarse progresivamente en las siguientes líneas:

- Adopción de un modelo de intervención con la familia adoptante no centrado exclusivamente en la valoración y evaluación de la misma sino de forma complementaria en la preparación preadoptiva y el seguimiento postadoptivo.
- Actualización de los criterios de capacidad adoptiva en Derecho español, introduciendo en el CC cuestiones ya incluidas hace años «por la puerta de atrás» (como la adopción por las parejas de hecho) e incluso otras de carácter objetivo (como es la edad máxima para adoptar) que en Derecho comparado se consideran requisitos de capacidad y no de idoneidad.
- Armonización de la normativa autonómica y de los manuales técnicos sobre los criterios de valoración de la idoneidad y de elegibilidad y otras cuestiones relativas a este delicado momento del proceso (procedimiento, duración del certificado, tiempo de expedición del informe psico-social...) en dos direcciones: regulación detallada y pormenorizada que evite una interpretación de los profesionales, las administraciones autonómicas y los jueces diversa y dispersa, y regulación que refleje la comprensión de lo que significa la idoneidad para otras ciencias sociales y de los tipos de familia que se estiman favorecen mejor el desarrollo integral del menor para determinar los criterios de elegibilidad que necesariamente deben priorizar unos núcleos familiares frente a otros.

---

(173) Es llamativo el perfil de los demandantes resumido en el reciente manual técnico publicado por la Comunidad de Madrid: la velocidad en conseguir el niño es uno de los factores principales de decisión, los solicitantes se presentan como «cargados de derechos», se produce una «cosificación del menor» (niño en buen estado), la adopción es percibida rodeada de mitos y fantasías (hay muchos niños necesitados esperándome, el niño nos estará eternamente agradecido...) y con dificultades para reconocer los riesgos de la adopción (CASALILLA GALÁN y cols., 2006, 26-9).

3. La valoración de la capacidad, idoneidad y elección de los futuros adoptantes cuando la adopción es internacional, pone en conexión, y en ocasiones en conflicto, dos sistemas jurídicos diversos que responden a culturas familiares también diversas. En estos casos, el Convenio de La Haya y la legislación española obligan, naturalmente, a tomar en consideración ambos sistemas, lo que supondrá en la práctica que «ganará» el más restrictivo. Esta realidad puede ser percibida por los futuros adoptantes como una limitación sin sentido y sin embargo el superior interés del niño exige esta seguridad jurídica que, por otra parte, es un reflejo de la necesaria interculturalidad que debe existir en estas nuevas familias.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, Salomé (2004): «Algunas cuestiones en torno a la adopción internacional», en ADAM MUÑOZ, M. D. y GARCÍA CANO, S. (coord.): *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. Colex, Madrid.
- (2005): «La privatización versus la publicación de las relaciones familiares de parentalidad y conyugalidad», en ROSSI, G. (coord.): *Interventi a favore della conyugalita e della genitorialità*. Milán. Vita e pensiero (17-28).
- (1999): «Adopción de menores africanos en Europa», en AA.VV.: *Derecho Internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*. BOE, Universitat Illes Balears; Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales; Fundación la Caixa.
- (1999-2): «Marco jurídico de la adopción internacional», en VV.AA.: *Puntos capitales del Derecho de familia en su dimensión internacional*. Dykinson.
- ADROHER BIOSCA, Salomé y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana (2000): «La adopción internacional: una nueva migración», en *Revista Migraciones*, 8, 251-284.
- ADROHER BIOSCA, Salomé y ASSIEGO CRUZ, Violeta (2002): «La adopción internacional», en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.): *Los menores en el Derecho español*. Tecnos, Madrid.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano y CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz (2001): «El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español», en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: *Estudios sobre adopción internacional*. México, págs. 205-250.
- ALONSO CRESPO, Evelia (2004): «Adopción nacional e internacional. Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos. Formularios y anexos», en *La Ley*, Madrid.
- BEGHÈ LORETI, Adriana (1996): «Problemi e prospettive dell'adozione interanazionale», en E. SCAMBINI e P. DONATI, *Famiglia e adozione interanazionale: esperienze normativa e servizi. Sturid interdisciplinari sulla famiglia*. Vita e pensiero, Milán.
- BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana (2003): *Adopciones internacionales truncadas y en riesgo en la Comunidad de Madrid*. Consejo Económico y Social. Madrid.

- (2005): *La adaptación familiar en adopción internacional: una muestra de los adoptados mayores de tres años en la Comunidad de Madrid*. Consejo Económico y Social. Madrid.
- CALVO BABÍO, Flora (2003): *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.
- CALZADILLA MEDINA, Aránzazu (2004): *La adopción internacional en el Derecho español*. Madrid, Dykinson.
- CARRILLO, CARRILLO, Beatriz, L. (1993): *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*. Comares, Granada.
- CASALLA GALÁN, José Antonio; BERMEJO CUADRILLERO, Fernando Antonio; ROMERO GONZÁLEZ, Asunción (2006): *Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional*. Consejería de Familia y Asuntos Sociales. Comunidad de Madrid.
- CASANUEVA ROYO, Marfa Antonieta (2006): «Homosexualidad femenina y adopción», en CID, Milagros y PÉREZ GALDÓS, Silvia: *La adopción, un tema de nuestro tiempo*. Psicoanálisis, Asociación Psicoanalítica de Madrid. Biblioteca Nueva.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1985): *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo V. Derecho de Familia. Vol. 2: Relaciones paternofiliales*, 9.<sup>a</sup> ed. REUS, Madrid.
- CHARLESWORTH, S. (1993): «Ensuring the rights of children in intercountry adoption: australian attitudes to access to adoption information», en EEKELAAR, J. SARCEVIC (Eds.): *Parenthood in modern society*. Kluwer academic publishers. Holanda.
- CONSELLERÍA DE BENESTAR SOCIAL (1999): *Bases para la valoración psicosocial de solicitantes de adopción*. Generalitat Valenciana. Valencia.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo (2004): «Comentarios sobre algunos aspectos problemáticos y polémicos referentes a la adopción nacional e internacional», en *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio de 2004, págs. 270-299.
- DURÁN AYAGO, Antonia (2004): *La protección internacional del menor desamparado. Régimen jurídico*. Colex, Madrid.
- ESQUIVIAS JARAMILLO, José Ignacio (1998): *Adopción internacional*. Colex, Madrid.
- FONTANA ABAD, Mónica (2001): «Instrumentos de evaluación en la adopción», en POLAINO, A.; SOBRINO MORRÁS, A. y RODRÍGUEZ SEDANO, A (Eds.): *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*. Ariel.
- GALLI, J. D. y VOLPE, B. (1991): «Estudio psicológico de candidatos en adopción internacional: una propuesta de protocolo», en *Infancia y sociedad*, 12, 49-69.
- GARCÍA CANO, Sandra (2003): *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*. Colex, Madrid.
- GARCÍA SANZ, Fernando (1999): «El informe psicológico en las adopciones internacionales», en *Papeles del psicólogo*, 73.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2006): *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*. Dykinson (en prensa).
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina (1996): «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la LEC: normas sobre adopción internacional», en *REDI*, XLVIII 1, 504.
- HERRÁN, Ana Isabel (2000): *Adopción internacional*. Dykinson, Madrid.

- HOKSBERGEN R. A. C. (1991): «Understanding and presenting failing adoptions», en HIBBS, E.: *Adoption: international perspectives*. Madison.
- KÜHL, W., WINTER-STEIN, A. (1986): «Foreign adoption in the Federal Republic of Germany», en HOKSBERGEN, R. A. C.: *Adoption in a worldwide perspective. A review of programs, policies and legislation in 14 countries*. Sweets North America INC Berwyn, 1, 173.
- MARRE, D., BESTARD, J. (2004): «Sobre la adopción y otras formas de constituir familias: a modo de introducción», en MARRE, D., BESTARD, J.: *La adopción y el acogimiento. Presente y perspectivas*. Universitat de Barcelona.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Laura (2004): *Las diferencias étnicas y culturales. Un reto en la adopción internacional*. Junta de Andalucía. Sevilla.
- MARTÍNEZ AGUIRRE, Carlos (2001): «La adopción. Entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes», en POLAINO, A.; SOBRINO MORRÁS, A., RODRÍGUEZ SEDANO, A. (Eds.): *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*. Ariel.
- MTAS (1995): *Adopción de niños de origen extranjero. Guía para solicitantes de adopción*. MTAS. Madrid.
- (1998): «Situación y perspectiva de futuro de los programas de información. Preparación y valoración de solicitantes de adopción internacional. Materiales aportados a las jornadas interautonómicas sobre preparación de solicitantes de adopción internacional». *Materiales de trabajo*, 58.
- MUÑOZ GUILLÉN, María Teresa (2006): «Padres adoptivos, ¿padres idóneos?», en CID, Milagros y PÉREZ GALDÓS, Silvia: *La adopción, un tema de nuestro tiempo*. Psicoanálisis, Asociación Psicoanalítica de Madrid. Biblioteca Nueva.
- PALACIOS, Jesús (2006): «Idoneidad en la adopción internacional». Ponencia no publicada en *VIII Jornadas de Coordinación entre Entidades públicas y Entidades colaboradoras en Adopción Internacional. Corresponsabilidad en la tramitación de las adopciones internacionales* (Murcia, 14 de marzo de 2006).
- PALACIOS, Jesús; SÁNCHEZ SANDOVAL, Yolanda, LEÓN, Esperanza (2005): *Adopción internacional en España: un nuevo país una nueva vida*. MTAS. Madrid.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel (2001): «La adopción en el sistema vigente de protección de menores», en POLAINO, A.; SOBRINO MORRÁS, A., RODRÍGUEZ SEDANO, A. (Eds.): *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*. Ariel.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, María Ángeles (2001): «Algunos aspectos del derecho de extranjería en la adopción internacional», en N. GONZÁLEZ MARTÍN, A. RODRÍGUEZ BENOT: *Estudios sobre adopción internacional*. México.
- SARIEGO MORILLO, José Luis (2000): *Guía de la adopción internacional*. Tecnos.
- SELMAN, P. (2005): *The «quiet migration» in the new millennium: trends in intercountry adoption 1998-2003*. Paper presented at the 8th global Conference Manila, 10-12 August 2005.
- SIMON, R. (1984): «Adoption of black children by white parents in the USA», en BEAN, P.: *Adoption. Essays in social policy law and sociology*. Tavistock Publ. London & N. York, 1984.
- SSI (2001): «Derechos del niño y adopción nacional e internacional. Marco ético y orientaciones para la práctica». *Materiales de trabajo*, 73. MTAS. Madrid.

## LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE CAPACIDAD, IDONEIDAD Y ELEGIBILIDAD

- ARAGÓN: Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, de protección de menores (BO de Aragón, de 7 de octubre de 2005, núm. 120).
- ANDALUCÍA: Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento de menores y adopción (BO de la Junta de Andalucía, de 19 de noviembre de 2002, núm. 135, rect. BO de la Junta de Andalucía, de 23 de noviembre de 2002, núm. 137).
- ASTURIAS: Decreto 46/2000, de 1 de junio, de acogimiento de menores y adopción (BO del Principado de Asturias, de 14 de junio de 2000, núm. 137).
- BALEARES: Decreto 40/2006, de 21 de abril, que regula los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad (BO de las Illes Balears, de 29 de abril de 2006, núm. 62).
- CANARIAS: Decreto 54/1998, de 17 de abril, que regula las actuaciones de amparo (BO de Canarias, de 6 de mayo de 1998, núm. 55).
- CANTABRIA: Decreto 58/2002, que desarrolla los procedimientos relativos a la protección de menores y a la adopción y regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia (BO de Cantabria, de 16 de julio de 2002, núm. 136, rect. BO de Cantabria, de 23 de agosto de 2002, núm. 162).
- CASTILLA-LA MANCHA: Decreto 45/2005, de 19 de abril, que regula la adopción de menores (DO de Castilla-La Mancha, de 29 de abril de 2005, núm. 86).
- CASTILLA-LEÓN: Ley 14/2002, de Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León (BO de Castilla y León, de 29 de julio de 2002, núm. 145; BOE de 17 de agosto de 2002, núm. 197; rect. BO de Castilla y León, de 17 de enero de 2003, núm. 11).
- CASTILLA-LEÓN: Decreto 37/2005, de 12 de mayo, que regula los procedimientos administrativos y otras actuaciones complementarias en relación con la adopción de menores (BO de Castilla y León, de 19 de mayo de 2005, núm. 95 [pág. 8614]; rect. BO de Castilla y León, de 13 de julio de 2005, núm. 135).
- CATALUÑA: Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción (DO de la Generalitat de Catalunya, de 13 de enero de 1997, núm. 2307) modificado por Decreto 127/1997, de 27 de mayo; Decreto 62/2001, de 20 de febrero, y Decreto 243/2005, de 8 de noviembre.
- EXTREMADURA: Decreto 5/2003, de 14 de enero, por el que se establece el procedimiento de valoración de las solicitudes de adopción y acogimiento familiar y de selección de adoptantes y acogedores (DO de Extremadura, de 1 de febrero de 2003, núm. 14).
- GALICIA: Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (DO de Galicia, de 6 de marzo de 2000, núm. 45) modificado por Decreto 406/2003, Galicia, de 14 de noviembre de 2003, núm. 222, rect. DO de Galicia, de 3 de diciembre de 2003, núm. 235; DO de Galicia, de 3 de diciembre de 2003, núm. 235; DO de Galicia, de 3 de diciembre de 2003, núm. 235).
- LA RIOJA: Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (BO de La Rioja, de 9 de marzo de 2006, núm. 33).
- MADRID: Ley 6/1995, de Garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (BO de la Comunidad de Madrid, de 7 de abril de 1995, núm. 83, BOE de



2 de agosto de 1995, núm. 183; rect. BO de la Comunidad de Madrid, de 28 de junio de 1995, núm. 152; BO de la Comunidad de Madrid, de 8 de mayo de 1995, núm. 108).

MURCIA: Decreto 81/1994, de 4 de noviembre, de adopción (BO de la Región de Murcia, de 15 de febrero de 1995, núm. 38).

NAVARRA: Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de protección de menores (BO de Navarra, de 14 de diciembre de 2005, núm. 149).

PAÍS VASCO: Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y protección a la Infancia y la Adolescencia (BO del País Vasco, de 30 de marzo de 2005, núm. 59).

VALENCIA: Decreto 93/2001, que aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana (DO de la Generalitat Valenciana, de 28 de mayo de 2001, núm. 4008).

#### JURISPRUDENCIA DE AUDIENCIAS PROVINCIALES ESPAÑOLAS EN MATERIA DE IDONEIDAD

Asturias. 15-3-2004. JUR 2004/445

Badajoz. 11-11-2005. AC 2006799

Badajoz. 27-12-2005. Marginal: 06083370032005100420

Barcelona. 16-10-2000. AC 2001/40

Barcelona. 26-7-2005. Marginal: 08019370182005100739

Barcelona. 4-2-2005. Marginal: 08019370182005100055

Barcelona. 15-3-2005. JUR. 2005/115825

Barcelona. 16-2-2006. JUR 2006/111567

Barcelona. 22-9-2005. Marginal: 08019370182005100439

Barcelona. 7-11-2005. AC 2006/148

Cádiz. 31-10-2003. JUR 2004/56876

Cantabria. 5-3-2003. JUR 2003/187335

Ciudad Real. 11-10-2005. AC 2005/2013

La Rioja. 28-7-2004. JUR 2004/243399

Lérida. 19-3-1999. AC 1999/7699

Madrid. 5-10-2005. Marginal: 28079370242005100467

Madrid. 29-1-2004. JUR 2004/263350

Málaga. 30-12-2004. JUR 2005/150222

Málaga. 6-4-2005. JUR 2005/202090

Murcia. 21-6-2002. AC 2002/1270

Murcia. 22-7-2002. JUR 2002/246517

Murcia. 30-9-2002. JUR 2002/265383

Murcia. 4-7-2002. JUR 2002/243267

Sevilla. 23-7-2003. AC 2003/1431

Toledo. 13-5-2004. AC 2005/182

Toledo. 2-2-2005. AC 2005/182

Valencia. 11-10-2005. Marginal: 46250370102005100560

Valencia. 22-11-2004. JUR 2005/21712

Valencia. 22-4-2004. Marginal: 46250370102004100003

Valencia. 23-2-2006. Marginal: 46250370102006100148

Valencia. 4-11-2004. TOL 525555

Valencia. 5-3- 2003. Marginal: 46250370102003100174  
Valencia. 10-2-2004. JUR 2004/169768  
Valencia. 14-3-2005. JUR 2005/131254  
Valencia. 25-10-2004. JUR 2005/23249  
Valencia. 2-7-2003. JUR 2003/191550  
Zaragoza. 11-12-2002. TOL 418801  
Zaragoza. 11-12-2002. AC 2002/2253  
Zaragoza. 30-4-2002. JUR 2002/157204  
Zaragoza. 7-1-2004. JUR 2004/60731

## RESUMEN

### ADOPCIÓN INTERNACIONAL

*Las leyes de los diferentes países regulan el proceso de selección de los posibles padres adoptivos a través de tres categorías distintas: capacidad, idoneidad, elegibilidad. La definición de dichas categorías, es decir, de la capacidad para adoptar, de la idoneidad de los adoptantes y de la selección y asignación de unos padres adoptivos a un niño, es una de las cuestiones jurídicas más controvertidas en la regulación actual de la adopción internacional en España por tres razones:*

— *Porque se trata de definir jurídicamente conceptos de carácter psico-social.*

— *Porque en esta materia, como en otras, están en juego el Derecho del país de origen del niño y el del país de destino y pueden producirse conflictos de leyes derivados de la diversa cultura jurídica familiar subyacente.*

— *Por la distribución competencial prevista en el ordenamiento jurídico español, que conduce a una diversa concreción autonómica de los criterios de idoneidad y de los de preferencia, a la que se suma la diversa calificación de estos conceptos por parte de la administración y de los tribunales.*

## ABSTRACT

### INTERNATIONAL ADOPTION

*Different countries' laws regulate the prospective parent screening process using three different categories: capability, suitability, eligibility. The definition of these categories (i.e., definition of the capacity to adopt, the suitability of the adoptive parents and the selection and assignment of adoptive parents for a particular child) is one of the most controversial legal issues in current regulations on international adoption in Spain, and that is so for three reasons:*

— *Because what is at issue is the legal definition of psycho-social concepts.*

— *Because in this matter, as in others, the law of the child's country of origin and the country of arrival are both involved, and conflicts of law may spring from the differences in the underlying culture of family law.*

— *Because of the distribution of powers under Spanish law, which leads to variation in the weight that regional governments' opinions have on the criteria of suitability and preference; furthermore, there are differences in the ways these concepts are seen by the administration and the courts.*

*(Trabajo recibido el 14-11-2006 y aceptado para su publicación el 30-4-2007)*