

La regulación de la adopción
nacional: interpretación
jurisprudencial y doctrinal
de algunos de sus aspectos más
conflictivos

*The regulation of national adoption:
jurisprudential and doctrinal
interpretation of some or its most
conflicting aspects*

por

LIDIA NORIEGA RODRÍGUEZ

Prof.^a contratada Doctora de Derecho civil de la Universidad de Vigo

RESUMEN: El legislador ha abordado la última reforma de la regulación de la adopción nacional mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, introduciendo ciertos cambios que habían sido reclamados desde distintos estamentos. El objetivo de este trabajo no es el estudio exhaustivo de la regulación actual de la adopción, por exceder de los límites de esta memoria, sino el análisis, a la luz de las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales emitidas desde la promulgación de la nueva normativa, de algunas de las cuestiones más

controvertidas que la aplicación práctica ha puesto de manifiesto e intentar poner de relieve la implementación de esta institución. De esta forma, nos ha sido posible observar los aciertos legislativos, así como exponer las deficiencias o carencias de las que, a nuestro juicio, adolece esta regulación. Esta circunstancia nos ha permitido, en su caso, realizar propuestas de *lege ferenda* para la mejor consecución de su fin último: la integración de los menores que se encuentren en una especial situación de vulnerabilidad en un núcleo familiar de forma estable, creando un estado de filiación entre ellos y los adoptantes.

*ABSTRACT: The passage of several years since the reform of the regulation of adoption operated by Law 26/2015, of July 28, of 28 July Amending the system for the protection of children and adolescents and Law 15/2015, of 2 July, on Voluntary Jurisdiction, introducing certain changes that had been demanded from different levels. The objective of this work is not the exhaustive study of the current regulation of adoption, because it exceeds the limits of this report, but the analysis, in the light of the doctrinal and jurisprudential interpretations issued since the promulgation of the new regulations, of some of the most controversial issues that practical application has revealed and try to highlight the implementation of this institution. In this way, it has been possible for us to observe the legislative successes, as well as to expose the deficiencies or shortcomings of which, in our opinion, this regulation suffers. This circumstance has allowed us, where appropriate, make *lege ferenda* proposals for the best achievement of its ultimate goal: the integration of minors who are in a particularly vulnerable situation in a stable family nucleus, creating a state of filiation between them and the adopters.*

PALABRAS CLAVE: Adopción. Adoptante. Adoptado. Idoneidad. Consentimiento. Asentimiento. Audiencia.

KEY WORDS: Adoption. Adopter. Adopted. Suitability. Consent. Assent. Hearing.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTUALIZACIÓN.—III. LOS ELEMENTOS PERSONALES DE LA ADOPCIÓN: 1. Los ADOPTANTES O EL ADOPTANTE. 2. EL ADOPTANDO.—IV. REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN: 1. EDAD MÍNIMA EXIGIDA AL ADOPTANTE. 2. DIFERENCIA DE EDAD ENTRE EL ADOPTANTE Y EL ADOPTANDO.—V. PROHIBICIONES: 1. PROHIBICIONES ABSOLUTAS: *A) Los que por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o par-*

cialmente, de los derechos de guarda y protección: a) Privación de la patria potestad. b) Suspensión de la patria potestad. B) Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. C) A quien haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela. D) Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. E) Aquellos que tengan conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela. 2. PROHIBICIONES RELATIVAS: A) No se puede adoptar a un descendiente. B) No se puede adoptar a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad. C) No se puede adoptar a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela. D) Los que hayan sido excluidos por los progenitores del tutelado.—VI. CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN: 1. LA DECLARACIÓN DE IDONEIDAD. 2. LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN. 3. LA PROPUESTA PREVIA DE LA ENTIDAD PÚBLICA. 4. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE LA ADOPCIÓN: A) Consentimientos. B) Asentimientos: a) Asentimiento del cónyuge o pareja de hecho. b) Asentimiento de los progenitores: a') Progenitores privados de la patria potestad. b') Progenitores incurso en causa de privación de la patria potestad. c') Progenitores suspendidos de la patria potestad por declaración de desamparo. c) Asentimiento de la madre. C) El trámite de audiencia. a) Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción. b) El tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores. c) El adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la adopción ha sido objeto de numerosas reformas desde la promulgación del Código Civil que han ido configurando el contenido de esta institución. Así, se aprobaron la Ley 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de 4 de julio de 1979, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción. Sin embargo, la norma que instauró el régimen actual fue la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (en adelante, Ley 21/1987). Estableció los principios rectores imperantes hasta la actualidad como la intervención administrativa en el proceso adoptivo para evitar el tráfico de menores. De esta forma, como regla general, la entidad pública competente debe presentar la propuesta de adopción al juez, que será quien determine,

o no, su constitución. Asimismo, equiparó a todos los efectos la filiación adoptiva a la biológica. Con posterioridad, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección jurídica del menor (en adelante, Ley Orgánica 1/1996) estableció el requisito de la idoneidad de los adoptantes que debe valorar la entidad pública. Por otro lado, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (en adelante, Ley 13/2005), permitió la adopción por los matrimonios homosexuales. En otro orden, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (en adelante, Ley 54/2007) reguló el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos. La reciente aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021) reformó la tutela que, como se expondrá, afectó a las prohibiciones para poder adoptar.

En relación al procedimiento formal, debemos señalar que han sido numerosas las normas que han incidido, en mayor o menor grado, en su regulación. Entre otras, cabe mencionar la Ley 1/2000, de 1 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) que modificó el asentimiento que deben presentar algunos sujetos regulado con anterioridad en la LEC de 1881. En otro orden, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, (en adelante, Ley 13/2009), reformó el artículo 781 LEC que configuró su redacción vigente (ya había sido objeto de reforma por la citada Ley 54/2007). Por último, debemos destacar la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, Ley 15/2015) que, nuevamente, procedió a la modificación del sistema procesal de la adopción, recogido en sus artículos 33-42.

Esta amalgama de normas estatales que han ido reformando parcialmente distintos preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a veces sin una perspectiva integral sobre la institución, ha dado lugar a incoherencias y contradicciones en la regulación del régimen adoptivo que se ponen de manifiesto en su aplicación práctica. A este hecho, se debe añadir la promulgación de la legislación autonómica en virtud de la competencia en asistencia social asumida por las comunidades autónomas conforme al artículo 148.1.20.^a de la Constitución española (en adelante, CE) que, básicamente, regula los aspectos administrativos de la actuación de los órganos públicos competentes en esta materia. Tampoco se puede olvidar aquellos territorios históricos con Derecho Civil especial o foral (País Vasco, Comunidad Foral de Navarra, Aragón, Cataluña, Comunidad Valenciana e Islas Baleares), que cuentan con legislación reguladora propia en lo concerniente a la adopción. Este contexto jurídico ha propiciado que, actualmente, exista un significativo desbarajuste normativo, así como importantes diferencias entre las regulaciones territoriales lo que ha provocado, entre otras consecuencias, que

los criterios sobre aspectos fundamentales de la adopción varíen de forma sustancial. Precisamente, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, Ley 26/2015) nació con vocación uniformadora como se proclama en su preámbulo *«la presente ley tiene como objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Además, y de modo recíproco, esta ley incorpora algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas estos años atrás»*.

En orden al instituto adoptivo, se puede afirmar que, sin producir una reforma completa del mismo, sí ha introducido modificaciones de relieve, creando nuevas figuras y reformando, con distinto grado de profundidad, otras ya existentes. Entre las novedades se pueden mencionar, la fijación, como regla general, de una edad máxima para adoptar (45 años), así como el incremento de la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptando (de 14 a 16 años). Se procede también, expresamente, a la equiparación entre los matrimonios y las parejas de hecho a efectos de adopción y se permite la adopción conjunta, cumpliendo ciertos requisitos, cuando exista separación, divorcio o ruptura de la relación *more uxorio*. Por otro lado, se ha desarrollado la declaración de idoneidad y debido a la reforma de la tutela por la Ley 8/2021, se ha modificado el sistema de prohibiciones para adoptar. Como figuras de nuevo cuño, se deben señalar la adopción abierta y la guarda con fines de adopción que, en esencia, sustituye al anterior acogimiento familiar preadoptivo. Por último, se han introducido modificaciones en el procedimiento para la constitución de la adopción, fundamentalmente, en relación a los consentimientos, asentimientos y audiencias requeridos. Tras la promulgación de esta norma, la regulación en vigor sobre esta institución se contiene en la sección segunda del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, en concreto, en los artículos 175 al 180.

II. CONCEPTUALIZACIÓN

En primer lugar, nos parece necesario definir esta institución jurídica porque el silencio del legislador al respecto ha obligado a la doctrina a su conceptualización. Se considera que es «un acto judicial, por el cual se hace efectiva la voluntad de una persona o pareja de que legalmente sea hijo suyo quien no lo es por naturaleza»¹. De esta definición se detrae que es necesario en todo caso una resolución judicial para la constitución de la adopción, cuyos efectos son² «integrar en una familia a alguien que no

pertenece a ella por razones de consanguinidad, de sangre o descendencia, creando pues un estado familiar, o, mejor, una relación de parentesco basada en el propio acto de la adopción, y por el cual se confiere a una persona un determinado estado civil de filiación».

En el mismo sentido, otro sector doctrinal³ expresa que el instituto adoptivo es un recurso que permite solucionar bien el problema de niños en situación de abandono, o de aquellos que carecen de padres ni de ninguna persona que pueda asumir su guarda. En la mayoría de los casos, estos menores se encuentran en ingresados en centros asistenciales por lo que al ser adoptados pueden abandonar el instituto y formar parte de una familia, creándose una nueva filiación equiparada en su totalidad a la de naturaleza.

Por último, se ha indicado que la adopción es «una institución de derecho del niño y adolescente de integración familiar, de orden público e interés social que se constituye en un proceso jurídico judicial o administrativo, por el cual, mediante la sentencia judicial o resolución administrativa, se creará el vínculo de filiación adoptiva»⁴.

III. LOS ELEMENTOS PERSONALES DE LA ADOPCIÓN

Nos centraremos en este punto en los sujetos intervinientes en el proceso adoptivo. Aunque pueden intervenir varias personas, únicamente son imprescindibles los adoptantes (o el adoptante) y el adoptado.

1. LOS ADOPTANTES O EL ADOPTANTE

La adopción puede realizarse por una sola persona o por dos, siempre que sean cónyuges o estén unidos por una relación de afectividad análoga a la conyugal⁵ como dispone el artículo 175.1 del Código Civil. La primera modificación operada es que se permite adoptar a las parejas de hecho, homosexuales y heterosexuales. Con anterioridad, el citado precepto solo mencionaba a los que estaban unidos por vínculo matrimonial, si bien es cierto que la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, declaraba que *«al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal la capacidad para adoptar simultáneamente a un menor»*. A tenor de la literalidad del precepto, quedaban excluidas las parejas del mismo género⁶ y a las de distinto sexo solo se les permitía la adopción simultánea, no la sucesiva. Actualmente no hay ninguna duda que la adopción puede realizarse por un matrimonio⁷ o bien por una pareja de hecho heterosexual u homosexual. Asimismo, la adopción puede producirse de forma conjunta o sucesiva. Este segundo caso tendrá

lugar cuando constante el matrimonio o la pareja, solo uno de ellos adopta y en un momento posterior, puede adoptar el otro, conforme a lo establecido en los artículos 177.2.1.º y 178.2. c) del Código Civil. O bien, cuando la adopción se lleve a cabo por una persona soltera, que después contrae matrimonio o se constituye en pareja de hecho; el artículo 175.4 del Código Civil permite que el cónyuge adopte a los hijos de su consorte o pareja⁸. En todos estos casos, no será necesario que el órgano administrativo competente eleve la propuesta de adopción, como indica el artículo 176.2.2.º del Código Civil y que analizaremos en el epígrafe correspondiente.

Respecto a las parejas de hecho, se ha planteado si es necesario que la unión esté o no inscrita en el correspondiente Registro. No se pronuncia sobre esta cuestión el artículo 175.4 del Código Civil⁹ por lo que se ha considerado que lo procedente es acudir a la normativa de las distintas comunidades autónomas¹⁰, aunque en nuestra opinión, significa ahondar en las diferencias reglamentarias entre los distintos ámbitos territoriales de nuestro país.

Por otro lado, una cuestión importante resuelta por la Ley 26/2015 es la relativa a la posibilidad de que en tanto se tramita el proceso adoptivo, la pareja o el matrimonio se separe o divorcie. Así se contempla en el apartado 5 del mencionado precepto: *«en caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción»*. Como se observa, su aplicación se limita a los supuestos en que exista un acogimiento permanente o guarda con fines de adopción durante dos años previos a la propuesta, provocando la incertidumbre en otros casos, por ejemplo, si se ha constituido una tutela. En nuestra opinión, sería adecuado, en interés del menor, la aplicación analógica del precepto a situaciones similares.

Sobre esta cuestión ha tenido oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia. Así, la SAP de Cádiz de 22 de enero de 2021 estima el recurso de apelación presentado por la Junta de Andalucía contra el fallo de primera instancia que desestimaba la solicitud de adopción del menor presentada por el citado ente, al declarar que no había lugar a la misma por los padres adoptantes seleccionados por la entidad en virtud del artículo 175.5 del Código Civil. Como se manifiesta en los fundamentos de derecho, la Sala considera que no concurren los presupuestos legales para la aplicación del citado precepto porque la resolución administrativa de formalización de

guarda con fines de adopción es de fecha 23 de agosto de 2017, y la propuesta de adopción se efectúa con fecha 12 de septiembre de 2017, «sin que en dicha fecha constara la separación de los acogedores, porque en toda la documentación obrante en el expediente y también en la propia resolución recurrida, consta dicha separación de hecho en febrero de 2018». Como indica el Tribunal, para aplicar el requisito de la convivencia del adoptado con los dos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción, se requiere que el adoptando se halle en situación de acogimiento permanente o guarda con fines de adopción y que la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción, circunstancia que no se ha producido en este caso porque la crisis matrimonial fue posterior a la presentación de la misma, por lo que resulta improcedente acudir al mencionado artículo.

Además, como se relata, el interés superior del menor exige la constitución de esta filiación por cuanto el acogimiento se produjo cuando el menor apenas tenía cinco meses de edad no esperando ni siquiera la entidad pública el transcurso de dos años para solicitar la adopción. En la toma de esta decisión se han tenido en cuenta, asimismo, los vínculos afectivos del adoptando con los acogedores y sus hijos, siendo la única familia que ha conocido, y valorando el informe final de propuesta de adopción favorable a su constitución, incluso tras haberse conocido la separación de los acogedores, «presentando el menor un vínculo de apego seguro hacia sus cuidadores, encontrándose feliz y sano en todos los ámbitos de la vida»¹¹.

Por último, debemos hacer referencia a un supuesto particular ya recogido en la Ley 21/1987 y reformado por la Ley 26/2015, relativo a la constitución de la adopción cuando el adoptante haya fallecido. Esta posibilidad queda limitada a ciertos casos recogidos en el artículo 176.4 del Código Civil, en concreto, cuando se cumplan las circunstancias establecidas en los apartados 1.^a, 2.^a y 3.^a, excluyéndose el 4.^a del punto 2.º del citado precepto. Se exige que el adoptante hubiese presentado el consentimiento ante el juez o que lo hubiese otorgado mediante documento público o testamento, siendo esta última posibilidad la novedad introducida por la citada norma. A nuestro entender, ha sido un acierto del legislador porque articula un procedimiento que permite continuar el proceso adoptivo aun cuando no se haya presentado el consentimiento ante la autoridad judicial; pensemos en los casos en los que la vida del adoptante peligre o se le haya diagnosticado una enfermedad grave y no se encuentre en condiciones de realizar este trámite. Como dispone el artículo, los efectos se retrotraen a la fecha en la que se haya emitido dicho consentimiento¹².

2. EL ADOPTANDO

Como regla general, el artículo 175.2 del Código Civil establece que solo podrán ser adoptados los menores de edad no emancipados. La emancipación se regula actualmente, tras la aprobación de la Ley 8/2021, en los artículos 239-248 del Código Civil. El contenido sustantivo no ha sufrido apenas modificaciones respecto a la regulación anterior, por lo que solo se podrán emancipar aquellos menores que hayan cumplido dieciséis años bien por concesión de los que ejerzan la patria potestad o por concesión judicial, siempre que cumplan determinados requisitos recogidos en los citados preceptos. De forma excepcional, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor de edad, si antes de la emancipación hubiese una convivencia o acogimiento estable como mínimo de un año. Se modifica así la regulación precedente que exigía que el acogimiento o convivencia debían existir ininterrumpidamente desde que el adoptando hubiese cumplido los catorce años. Dos son los aspectos modificados; en primer lugar, el requisito de la convivencia que de exigirse que fuese ininterrumpida, actualmente solo se requiere que sea estable. En opinión de la doctrina, y cuyo planteamiento compartimos, es compatible con separaciones físicas temporales, por distintos motivos¹³. Por otro lado, el requisito de la edad en que se ha iniciado la convivencia; nos mostramos conformes con este cambio legislativo porque facilita la adopción que a estas edades se torna muy compleja y, además, la edad de los adoptandos, permite que se les presuponga madurez suficiente para ser conscientes de los efectos de la adopción y, por lo tanto, que la emisión de su consentimiento tenga plena validez¹⁴.

En este sentido se manifiesta la SAP de La Rioja de 8 de julio de 2020 que resuelve sobre el recurso de apelación presentado a la resolución de primera instancia que deniega la adopción de dos hermanos, uno de ellos emancipado y otro mayor de edad por parte de sus tíos. En su parte dispositiva, el juez declaraba que, en virtud de las pruebas existentes en autos, en el primer caso, no se cumplía el requisito de que, inmediatamente antes de la emancipación, hubiese existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año y en el segundo, la convivencia había comenzado cuando el adoptando era mayor de edad.

No obstante, la Sala considera que, aunque se puede aceptar que la adopción de un mayor de edad se prevé legislativamente como una figura excepcional, es indudable que su fin es dar una estabilidad familiar a aquellos que carecen de padres o que no puedan cumplir adecuadamente sus funciones, por lo que no debe realizarse «una interpretación restrictiva de los requisitos legales para la adopción de mayores de edad, cuando no existe ninguna oposición de todas las personas que pueden verse afectadas por la adopción pretendida y no va en contra de normas imperativas o

prohibitivas». En consecuencia, concluye que, en el caso concreto, aunque la convivencia ha sufrido múltiples incidencias, nada impide interpretar de forma extensiva el requisito de la convivencia ininterrumpida y, por tanto, declarar procedente el instituto adoptivo.

IV. REQUISITOS DE LA ADOPCIÓN

1. EDAD MÍNIMA EXIGIDA AL ADOPTANTE

La Ley 26/2015 ha introducido ciertas novedades en este aspecto de la regulación. En el artículo 175.1 del Código Civil se establece que el adoptante debe ser mayor de 25 años, superando la anterior redacción del precepto introducida por la Ley 21/1987, que determinaba *«la adopción requiere que el adoptante tenga veinticinco años»*. Aunque doctrinalmente se había asumido que podía adoptar cualquier persona mayor de dicha edad, la técnica legislativa utilizada había sido objeto de críticas¹⁵.

Como se pone de manifiesto, no es suficiente alcanzar la mayoría de edad para poder adoptar contraviniendo, en cierta manera, lo señalado en el artículo 246 del Código Civil que permite al mayor de edad realizar todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas en el propio texto legal. Además, no se puede obviar que una persona puede tener descendencia biológica desde antes de esa edad. No obstante, la doctrina parece aceptar que la adopción requiere una madurez que es más factible alcanzar cuanto mayor sea la edad del adoptante, porque se trata de proporcionar un entorno familiar estable a un menor que, por diversas circunstancias, no ha podido vivir con sus padres biológicos y se encuentra en una situación especialmente vulnerable¹⁶. Por otro lado, se adecúa a lo dispuesto en el artículo 9.1 del Convenio europeo en materia de adopción: *«únicamente podrá ser adoptado un menor si el adoptante ha alcanzado la edad mínima prescrita por la ley a estos fines, sin que la misma pueda ser inferior a los 18 años ni exceder de los 30»*¹⁷. En el supuesto que la adopción se realice por una pareja¹⁸ o un matrimonio, es suficiente que una de ellas tenga veinticinco años, mientras que el otro habrá de ser al menos uno, menor emancipado o mayor de edad¹⁹.

2. DIFERENCIA DE EDAD ENTRE EL ADOPTANTE Y EL ADOPTANDO

De nuevo, la Ley 26/2015 ha introducido modificaciones significativas en este aspecto de la adopción recogidas en el citado precepto. Por un lado, ha elevado la edad mínima que debe existir entre el adoptante y el adoptado a dieciséis años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2 del Código

Civil que analizaremos en momentos posteriores. Esto supone un cambio con respecto a la anterior redacción de este artículo porque desde la Ley 21/1987 la diferencia era de catorce años. La *ratio legis* de esta premisa parece ser la asimilación, en interés del menor, de la filiación adoptiva a la biológica, como se manifestó en su momento el Consejo General del Poder Judicial que defendía que así «las diferencias de edad entre los padres e hijos de la familia por adopción sean similares a las de la familia biológica»²⁰. Asimismo, se adecúa a lo establecido en el citado Convenio europeo, aunque es verdad que en el mismo el carácter es preferente; *«deberá existir una diferencia de edad adecuada entre el adoptante y el menor, y en favor del interés superior del menor esta diferencia deberá ser preferentemente de al menos dieciséis años»*²¹.

No obstante, se permite que cuando sean dos los adoptantes solo uno de ellos cumpla esta diferencia máxima de edad. Asimismo, *«si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior»*. Como se ha afirmado doctrinalmente, se pretende no separar a los hermanos en garantía del cumplimiento de su interés superior²². En este sentido se manifiesta la STS de 18 de junio de 1998 al declarar que «indudablemente, el instituto de la adopción se encuentra inspirado en el interés del menor, al ser el más digno de protección, y debe evitarse que puedan perjudicarse las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales, por lo que es preciso examinar las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución justa y estable, especialmente, para el menor». Y es que, en un principio, la adopción se concebía como una figura destinada a satisfacer las necesidades y los intereses de continuidad patrimonial y familiar de los adoptantes, siendo concebido actualmente como un sistema en el que prima el interés del adoptado sobre el de sus progenitores y adoptantes²³.

En otro orden y de forma primigenia, se fija una diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado de cuarenta y cinco años; también se exonera del cumplimiento de este requisito en los casos previstos en el artículo 176.2 del Código Civil. Si bien se había discutido por la doctrina la conveniencia de establecer una edad máxima, con argumentos a favor²⁴ y en contra²⁵, hasta este momento el legislador había decidido abstenerse en su regulación, en el entendimiento de que esta circunstancia debería ser valorada en sede administrativa y aprobada, o no, por la autoridad judicial. Sin embargo, las discordancias existentes entre las distintas normativas autonómicas sobre esta cuestión, parecen haber sido uno de los motivos de su inclusión legislativa, porque se estaban produciendo efectos indeseados²⁶ como el cambio de residencia de una autonomía a otra de los ciudadanos para poder adoptar²⁷. A nuestro juicio, consideramos positivo el establecimiento de esta edad máxima en un intento de homogeneizar los criterios

entre las legislaciones de las comunidades autónomas. No obstante, no podemos dejar de apuntar que, en algunos casos en interés del menor, podría ser beneficioso la constitución de la adopción por personas que superasen esa edad y con la reforma realizada ya no será posible, a excepción de los supuestos contemplados en el artículo 176.2 del Código Civil.

V. PROHIBICIONES

Con anterioridad a la reforma, se concentraban en el artículo 175.3 del Código Civil. Actualmente, algunas se mantienen en este apartado, habiéndose incluido también en el apartado 1.º del citado precepto. Asimismo, es preciso señalar que existen prohibiciones absolutas, aquellas que afectan a todos los individuos y las relativas, que solo se aplican a determinadas personas en función de sus circunstancias. En las líneas siguientes, expondremos ambas.

1. PROHIBICIONES ABSOLUTAS

Se recogen en el último párrafo del artículo 175.1 del Código Civil. El tenor literal del artículo establece que no podrán adoptar quienes no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil. Tras la reciente reforma de la tutela por la Ley 8/2021, nos parece particularmente interesante exponer los supuestos en los que no se puede ejercer esta institución, que se recogen en los artículos 216 y 217 del Código Civil. Algunas de las prohibiciones ya se regulaban con anterioridad a la promulgación de la mencionada norma en los artículos 243, 244 y 245 del Código Civil y otras son de nuevo cuño. Son las siguientes:

- A) Los que por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección*

Esta causa ya era contemplada en el anterior artículo 243 del Código Civil, recogiendo en la actualidad en el artículo 216.1.º del Código Civil.

a) Privación de la patria potestad

Nos parece coherente que aquellos que estén privados de la patria potestad de sus propios hijos, no puedan adoptar a un menor, sobre todo teniendo

en cuenta que la privación, conforme a lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil, requiere resolución judicial *«fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial»*. Sin intentar abordar con profundidad en esta materia²⁸, debemos señalar que las causas que dan lugar a la privación son muy graves y, en esencia, suponen la falta de cumplimiento de las obligaciones de los progenitores o incluso la comisión de distintos delitos, que perjudican de forma manifiesta al menor.

El incumplimiento de los deberes de relación y prestación de alimentos a los hijos son los motivos más habituales, aunque no los únicos, en la que los Tribunales civiles se basan para decretar la privación de la patria potestad. A título ilustrativo, *vid.*, la STS de 23 de mayo de 2019²⁹ que desestima el recurso de casación presentado por un progenitor que se oponía a la privación de la patria potestad sobre su hijo decretada por la Audiencia Provincial. Como relata la Sala, no ha existido ningún tipo de comunicación entre el menor y su padre durante los últimos ocho años no habiendo, tampoco, abonado puntual y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas en favor del niño por lo que ha sido condenado penalmente como un autor de un delito de abandono de familia. Razona el Tribunal que «la total desatención personal que supone la falta de trato alguno entre un padre y su hijo durante su primera infancia, unido a la desatención patrimonial, únicamente corregida recurriendo a la vía ejecutiva, revelan objetivamente un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. La privación de la misma, y por lo tanto la exclusión del padre en la toma de decisiones en relación con el menor, además de reducir el riesgo de conflicto entre los progenitores asegura al niño una estabilidad y seguridad que ha de redundar en su beneficio y viene a formalizar una situación que de hecho es la que ha venido sucediendo durante la mayor parte de su vida».

Respecto a los demás supuestos en los que judicialmente se acuerda esta medida, debemos señalar que no existe una doctrina jurisprudencial unificada, lo que provoca una grave inseguridad jurídica. La lectura de las distintas resoluciones judiciales permite afirmar que son causas de privación de la patria potestad, entre otras, las siguientes: la incapacidad de los progenitores para ejercer la patria potestad³⁰; el abandono del menor³¹; la privación de la libertad de los padres³²; la adicción a los estupefacientes o al alcohol de los progenitores³³; las enfermedades mentales de los progenitores³⁴ y la situación de desamparo del hijo³⁵.

Asimismo, la privación de la patria potestad puede ser determinada en la resolución que decreta la finalización del vínculo matrimonial, cuando en el proceso se revele causa para ello, como indica el artículo 92.3 del Código Civil, tras la modificación operada en el citado precepto por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Es preciso señalar que esta causa se debe

basar en los incumplimientos de los deberes inherentes a la patria potestad recogidos en el artículo 170 del Código Civil. Por lo tanto, se mantendrán los mismos criterios expuestos en las líneas anteriores, variándose únicamente el procedimiento para dictar la citada medida³⁶.

Por otro lado y en relación a las dictadas en causa criminal, se puede afirmar que el legislador no ha contemplado en ninguna de las redacciones del Código Penal, la imposición automática de la pena de privación o inhabilitación de la patria potestad, quedando a discreción de la autoridad judicial su aplicación; circunstancia que no nos parece adecuada por cuanto la gravedad de la comisión de los delitos que conllevan dicha pena como accesoria, debería implicar la adopción automática de la misma. Sin embargo, nuestros Tribunales deben determinar si el condenado está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor.

No obstante lo expuesto, debemos indicar que la redacción actual del artículo 39 j del Código Penal, cuyo contenido ha sido modificado por el artículo único 27 de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, establece como pena privativa de derechos, la privación de la patria potestad. Por otro lado, la Ley Orgánica 8/2021 ha modificado el apartado b del mencionado precepto, incluyendo como penas privativas de derechos, la inhabilitación especial entre otras, «*de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela*».

Estas penas recogidas en el Código Penal tendrán carácter de principal para los supuestos recogidos en el artículo 192.3 del Código Penal, (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales), modificado por el artículo único 105 de la Ley Orgánica 1/2015 y por la disposición final 6.25 de la Ley Orgánica 8/2021, y de accesoria para los contemplados en los artículos 55 (penas superiores a 10 años) y 56 del Código Penal, (penas inferiores a 10 años). Es potestad del juez o Tribunal imponer la privación o inhabilitación absoluta o la especial para el ejercicio de la patria potestad, cuando la infracción de los derechos derivados de esta hubiera tenido relación directa con el delito cometido.

De forma esquemática, exponemos la comisión de los delitos que, en la actualidad y conforme a la doctrina jurisprudencial, pueden conllevar la privación o la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad: delitos contra la libertad e indemnidad sexuales³⁷; delitos de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar: la violencia doméstica³⁸ y de género³⁹; delito de asesinato de un progenitor cometido por el otro u homicidio en grado de tentativa⁴⁰; delito en grado de tentativa de asesinato respecto del hijo⁴¹; delito de suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor⁴²; delito de tráfico de menores⁴³; delito de corrupción de menores⁴⁴; delito de sustracción de menores⁴⁵ y el delito de abandono de menores⁴⁶.

b) Suspensión de la patria potestad

En relación a la suspensión de la patria potestad, pese a que esta figura es citada en distintos artículos del Código Civil, consideramos que únicamente se regula específicamente su régimen en los supuestos en que el menor es declarado en desamparo o se encuentre en una situación de guarda de hecho. De esta forma, el artículo 172.1 del Código Civil declara que la situación de desamparo se produce de hecho *«a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material»*. En estos casos, la entidad pública asumirá automáticamente la tutela *ope legis* sobre el menor, provocando la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria⁴⁷.

Asimismo, en el artículo 222 del Código Civil se reitera que la tutela de los menores en desamparo será ejercida por el órgano público competente. No obstante, si existen personas que puedan asumir su tutela, se procederá a su nombramiento conforme a las normas recogidas en el propio texto legal. Previo al nombramiento del tutor, o en la misma resolución, el juez deberá acordar la suspensión o privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, en su caso. Están legitimados para ejercer estas acciones el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los llamados a ejercer la tutela.

Respecto a la guarda de hecho, la Ley 8/2021 ha introducido modificaciones importantes sobre esta institución. En concreto, se recogen en el artículo 237 del Código Civil; en primer lugar, se señala que cuando el juez tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho de un menor, podrá requerirle para que le informe sobre la situación de este. De forma cautelar, se le podrán conferir facultades tutelares a los guardadores hasta la adopción de otra medida más estable. Asimismo, se contempla la posibilidad de que se formalice un acogimiento temporal, siendo los acogedores los guardadores. Por otro lado, si se considera que el menor, pese a esta circunstancia, está en situación de desamparo, se procederá a su declaración. Por último, se permite que el guardador de hecho promueva la suspensión o privación de la patria potestad, la remoción de la tutela o el nombramiento del tutor⁴⁸.

En otro orden, y en relación a esta prohibición, compartimos el posicionamiento de la doctrina⁴⁹, al considerar que el legislador ha utilizado una técnica no demasiado adecuada para su regulación, porque además de recogerla en el artículo 175.1 del Código Civil como hemos expuesto, la reproduce en el artículo 176.3 del Código Civil al determinar que no podrán ser declarados idóneos para adoptar aquellos *«que se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes*

tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad pública». En puridad, dada su gravedad debería ser considerada solo una prohibición y no un criterio para declarar la idoneidad.

Por último, y en referencia a la privación o suspensión de los derechos de guarda y protección, de nuevo nos encontramos ante un problema de interpretación referente a los supuestos en los que tiene lugar. La doctrina especializada⁵⁰ se inclina a su consideración en aquellos casos en los que el menor se encuentra bajo la tutela o guarda de la Administración. Respecto al primer supuesto, nos remitimos a lo expuesto anteriormente. En relación a la segunda, se debe afirmar que el artículo 172 bis 1 del Código Civil dispone que cuando los padres o tutores, por circunstancias graves y temporales debidamente acreditadas, no puedan cuidar de sus hijos podrán solicitar a la entidad pública que asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá superar los dos años, salvo que proceda una prórroga en interés del menor. En este caso, al contrario que en la tutela *ex lege*, no se procederá a la suspensión ni de la patria potestad ni de la tutela ordinaria.

B) Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior

La Ley 8/2021 ha reformado esta causa en dos sentidos, en concreto, en el artículo 216.2.º del Código Civil. En primer lugar, no solo ha incluido el hecho de haber sido removidos de una tutela, sino que ha añadido la remoción de una curatela o guarda anterior, circunstancia no contemplada en la redacción otorgada por la Ley 26/2015. Por otro lado, ha eliminado los supuestos de estar cumpliendo pena privativa de libertad, estar en quiebra o concurso para recogerlos, con alguna modificación, en los apartados 2.º y 4.º del artículo 217 del Código Civil.

El artículo 223 del Código Civil indica que las causas de remoción y excusa de la tutela, así como su procedimiento, serán los establecidos para la curatela, por lo que es necesaria la remisión al artículo 278 del Código Civil que dispone «*serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo*». La solicitud de la remoción de la tutela podrá realizarla el menor si tiene suficiente juicio debiendo tener en cuenta, en todo caso, su opinión para la que se le dará audiencia si fuera mayor de doce años.

- C) *A quien haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela*

Como señalamos en líneas anteriores, esta premisa era recogida en similares términos en el precedente artículo 243.4.º del Código Civil y, en la actualidad, se contempla en el artículo 217.1.º del Código Civil. Entendemos que los delitos cometidos serán aquellos que puedan afectar al adecuado desarrollo físico y psicológico del menor. A falta de mayor claridad por parte del legislador, podríamos considerar como tales los expuestos en líneas anteriores y que, como se manifestó, puedan dar lugar a la privación de la patria potestad o inhabilitación para su ejercicio.

- D) *Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal*

Regulado en el artículo 217.3.º del Código Civil. Este supuesto no existía en la anterior regulación y entendemos se refiere a aquella persona que siendo administradora y esté incurso en un procedimiento concursal, fuese procedente su sustitución por otra. Este apartado hace referencia a los efectos que el concurso genera sobre las facultades de disposición y administración del concursado, artículo 106 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC). Conforme a ese precepto, por disposición del juez en el auto de declaración de concurso, el concursado puede ser sustituido por la administración concursal, de modo que se suspenden sus facultades de administración y disposición sobre los bienes que integran la masa activa y la administración concursal le sustituye en el ejercicio de esas facultades; o bien, el concursado puede ser intervenido, en cuyo caso conserva las facultades de administración y disposición, pero necesitará la autorización o conformidad de la administración concursal.

- E) *A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la tutela lo sea solo de la persona*

Así lo dispone el artículo 217.4.º del Código Civil. De forma análoga, esta causa era contemplada en el artículo 244.5.º del Código Civil, aunque en este artículo se hacía referencia también a los quebrados y se limitaba su prohibición hasta que no estuviesen rehabilitados. Actualmente, parece que se prohibirá a todo aquel condenado en un concurso de acreedores, con la excepción de aquellos que solo ejerzan la tutela en la esfera personal

del menor y no en la patrimonial. En este caso, debe señalarse que está directamente relacionado con aquellos sujetos que la normativa concursal considera «*personas afectadas por la calificación*», *vid.*, artículo 455 TRLC. En estricta técnica jurídica, en la sección de calificación del concurso no hay «condenados». A estos efectos, además, habría que tener en cuenta lo previsto en el artículo 455.2-2.º TRLC, que recoge la posibilidad de «inhabilitar» a las personas afectadas por la calificación del concurso como culpable.

2. PROHIBICIONES RELATIVAS

Estas prohibiciones se aplican a ciertas personas respecto a la adopción de un menor en concreto por diversas circunstancias. Este hecho, sin embargo, no les impide que puedan adoptar a otros menores. Tras la modificación de la Ley 26/2015 se recogen en los artículos 175.3 y 217 del Código Civil.

A) No se puede adoptar a un descendiente

Esta prohibición fue introducida en el Código Civil mediante la Ley 21/1987 y ha sido mantenida por la Ley 26/2015 en el artículo 175.3.1.º del Código Civil. La doctrina aduce que no es necesario por cuanto ya existe un vínculo biológico⁵¹; en el caso de no estar determinada la filiación, puede ser instada judicial o extrajudicialmente. Asimismo, se ha alegado que se evita así la existencia de relaciones familiares complejas, como la que se produciría si el abuelo adopta a sus nietos, que pasan a ser sus hijos y los tíos, hermanos⁵². Como se observa, el legislador sí permite la adopción de los descendientes por afinidad⁵³.

B) No se puede adoptar a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad

No es posible la adopción entre hermanos ni cuñados, como indica el artículo 175.3.2.º del Código Civil. Se ha criticado⁵⁴ que no se haya incluido a los hermanos adoptivos, aunque la razón pudiera ser que al equipararse la filiación adoptiva a la biológica en todos los sentidos, existiría el citado vínculo, aunque hubiera sido conveniente su inclusión para evitar equívocos.

C) No se puede adoptar a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela

La aplicación de este deber recogido en el artículo 175.3.3.º del Código Civil implica su remisión al artículo 232 del Código Civil tras su modificación por la Ley 8/2021. En el mismo, se dispone la obligación del tutor de rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de la administración del patrimonio del menor, sin perjuicio de su deber de rendir cuentas anualmente, que deberá realizarse en el plazo de tres meses prorrogable por el tiempo necesario, si concurriese justa causa.

Como se observa, la prohibición solo afecta en tanto en cuanto el tutor no rinda la citada cuenta⁵⁵, con independencia de que el resultado de la misma sea negativo. En este caso, se entiende que esta circunstancia será valorada por el juez para constituir, o no, la adopción. Es importante señalar que solo afecta a la gestión del patrimonio, no a la esfera personal. En otro orden, conforme a lo indicado en el citado artículo 232 del Código Civil, la acción para exigir la rendición de esta cuenta es de cinco años, a contar desde la finalización de la misma. Previo a su resolución, el juez dará audiencia, en su caso, al nuevo tutor y al tutelado o sus herederos.

D) Los que hayan sido excluidos por los progenitores del tutelado

Esta causa se recogía anteriormente en el artículo 245 del Código Civil, aunque su redacción actual en el artículo 217.1.º del Código Civil ha sufrido ciertas variaciones. En aquel precepto se permitía que, a pesar de que los progenitores excluyesen expresamente en testamento o en documento notarial a una persona como tutora de su hijo, el juez podía proceder, de forma motivada, a su nombramiento, si consideraba que redundaba en beneficio del menor. En nuestra opinión, ha sido un acierto legislativo por cuanto si el padre y la madre excluyen como tutor a alguien en concreto por las razones que ellos consideran pertinentes, no parece ajustado a Derecho que la autoridad judicial pueda actuar en sentido contrario a los deseos de los padres. En relación a su aplicación a la institución de la adopción, mostramos nuestra plena conformidad porque esta figura crea una nueva filiación, superando ampliamente las funciones del tutor.

E) Aquellos que tengan conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela

La equivalencia del apartado 5.º del artículo 217 del Código Civil se corresponde con el antiguo artículo 244.2.º del Código Civil, aunque el

término utilizado era de «*enemistad manifiesta*». Parece razonable excluir a toda persona que tenga cualquier problema con el menor por cuanto no será la más idónea para ejercer una función de tanta significancia como su tutela y, aún si cabe menos, para ser su adoptante.

VI. CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

La adopción se constituye mediante resolución judicial como indica el artículo 176.1 del Código Civil; se tendrá en cuenta el interés del menor y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. En nuestro ordenamiento jurídico, la intervención de la Administración en el proceso adoptivo es significativa por cuanto el apartado segundo del citado precepto, establece que el inicio del mismo requerirá la propuesta previa del ente público competente a favor del adoptante o adoptantes y que previamente hayan sido declarados idóneos. Su actuación se regula por la legislación autonómica, provocando la existencia de una amalgama de normas sectoriales que ha contribuido al desbarajuste normativo sobre esta materia.

En las líneas siguientes expondremos las cuestiones más controvertidas del procedimiento regulado para constituir la adopción. En aras a su mayor clarificación, nos parece conveniente señalar en este punto, de forma abreviada, cómo se produce este proceso. En primer lugar, la entidad pública procede a la declaración de la idoneidad de los adoptantes, siendo seleccionados para la adopción de un menor o menores en concreto, pudiendo formalizar una guarda con fines de adopción. Posteriormente debe elevar la propuesta ante el juez, quien requerirá los consentimientos, asentimientos y los trámites de audiencia pertinentes y procederá si, en interés del menor y en virtud de la idoneidad de los adoptantes lo considera conveniente, a emitir la declaración constitutiva.

1. LA DECLARACIÓN DE IDONEIDAD

Una de las novedades introducidas por la Ley 26/2015 se concreta en el nuevo apartado tercero del artículo 176 del Código Civil que incluye una definición de la declaración de idoneidad. Si bien es cierto que antes de la reforma se exigía que los adoptantes o el adoptante fuesen idóneos para el ejercicio de la patria potestad, el desarrollo reglamentario efectuado por parte de las administraciones autonómicas provocó, como señalamos, la existencia de una diversidad de normas de distinto rango, en las que se podía apreciar una disparidad de criterios en aspectos fundamentales. Esta

circunstancia propició la reclamación por ciertos sectores doctrinales⁵⁶ de su conceptualización en aras a una homogenización de la misma que ha sido atendida por el legislador.

En concreto, se define como *«la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción»*. Se debe señalar que la redacción es idéntica a la contenida en el artículo 10.1 de la Ley 54/2007. Como se ha indicado⁵⁷, parece que la pretensión legal ha sido permitir que la declaración de idoneidad sea válida tanto para la adopción nacional como la internacional, circunstancia que nos parece muy positiva para evitar una duplicidad innecesaria sobre este aspecto de la institución.

En relación a la conceptualización, consideramos que los términos capacidad y aptitud deben ser entendidos en el sentido que los adoptantes tienen que cumplir los requisitos exigidos legalmente, expuestos con anterioridad y, además, no estar incurso en alguna de las prohibiciones reguladas. Por otro lado, se requiere una motivación adecuada para la adopción, porque no se puede obviar que es una situación que requiere unas cualidades específicas para atender las necesidades del menor y comprender sus circunstancias, así como su historia personal y familiar⁵⁸.

Una cuestión que se ha planteado la doctrina desde la Ley 21/1987 y que tampoco ha quedado clara tras la promulgación de la Ley 26/2015 es la relativa a si la aptitud y motivación deben ser referidas en general a los menores en situación de ser adoptados o a un menor en particular, como parece determinar el artículo 176.3 del Código Civil⁵⁹. En nuestra opinión, como indicamos en líneas anteriores, el procedimiento que se sigue es la declaración de idoneidad de los adoptantes y, con posterioridad, la entidad pública eleva la propuesta de adopción de un menor con aquellos que considere más adecuados para él, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Civil *«la declaración de idoneidad será previa a la propuesta»*. En el mismo sentido se manifiesta la SAP de Guipúzcoa de 17 de marzo de 2017 al concretar que las condiciones, por este orden, que deben cumplir los solicitantes de una adopción para ser finalmente adoptantes son: ser considerados capaces, ser declarados idóneos y ser elegidos. En virtud de lo expuesto, consideramos que ciertamente sería conveniente mejorar la técnica legislativa para evitar las incoherencias entre ambos preceptos e interpretaciones contradictorias⁶⁰.

Por último, se han incluido de forma novedosa en el segundo párrafo del artículo 176.3 del Código Civil, los criterios que han de cumplir los adoptantes para ser considerados idóneos para la adopción. Se indica que se deberá realizar *«una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para*

establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singularidades». Entendemos que, en la línea de lo expuesto con interioridad, la intención ha sido establecer unos criterios comunes en aras a la homogenización en el procedimiento de la declaración de idoneidad regulado en el ámbito autonómico. No obstante, se debe señalar que son en exceso generalistas para la consecución de tal fin⁶¹.

La lectura de las distintas resoluciones judiciales emitidas sobre la declaración de idoneidad, nos permiten afirmar que los requisitos fundamentales que deben cumplir los adoptantes son de diferente naturaleza. Como señala la SAP de Valencia de 3 de diciembre de 2015, es necesario que las expectativas de los solicitantes de la adopción sean serias y realistas, que tengan capacidad para atender a las necesidades educativas y emocionales del menor y que el horario laboral y los ingresos económicos sean adecuados para hacer frente a la filiación. Añade la SAP de Barcelona de 5 de noviembre de 2020 que se debe tener un patrón de personalidad funcional y adaptativo y presentar suficientes habilidades y recursos para proporcionar al menor en adopción un cuidado responsable y afectivo. Respecto a este último aspecto se debe concretar, según la SAP de Vizcaya de 22 de marzo de 2019, en la capacidad de dar cariño y amor a los adoptados. Por último, la comprensión de las posibles dificultades de adaptación que puede presentar el menor es valorada positivamente por la SAP de Badajoz de 1 de junio de 2016.

2. LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

Respecto a esta figura, se debe señalar que su regulación en el Código Civil ha sido una de las novedades más significativas introducidas por la Ley 26/2015. Mediante esta reforma, el legislador ha optado por suprimir la modalidad del acogimiento familiar preadoptivo⁶²; aquel que podía formalizar la entidad pública en dos supuestos: en el momento de elevar la propuesta de adopción del menor en tanto no recayese resolución judicial o previa a la presentación de la misma, si se consideraba conveniente establecer un período de adaptación del menor con la familia, y su sustitución por la citada medida que ha pasado a ser regulada en sede de adopción.

Así, en la actualidad, el artículo 176 bis 1 del Código Civil permite a la entidad pública la constitución de la mencionada medida respecto de un menor declarado en desamparo a favor de las personas que cumplan los requisitos para adoptar, que hayan sido declaradas idóneas y asignadas para su adopción. La dicción literal del precepto indica que el órgano

administrativo formalizará esta medida con anterioridad a la solicitud de la adopción y hasta que recaiga resolución judicial⁶³, que puede estimarla o desestimarla. Exige, asimismo, que dicha solicitud se realice en el plazo más breve posible, en todo caso, antes de que transcurran tres meses. No obstante, permite la prórroga temporal hasta un año si el ente territorial competente considera necesario, por la edad o circunstancias del menor, un periodo de adaptación entre él y la familia.

En nuestra opinión, nos parece un acierto legislativo la supresión del antiguo acogimiento preadoptivo porque, en realidad, su finalidad era la constitución de una adopción, y el acogimiento familiar es, por definición, una medida de protección temporal para el menor que, por diversas circunstancias, no puede estar con su familia de origen. Si bien la nueva denominación nos parece más adecuada, así como su actual ubicación⁶⁴, no se debe olvidar que todavía no se ha formalizado la adopción, es más, puede no llegar a constituirse si el juez no la considera conveniente para el interés del menor. Es, por tanto, una figura híbrida porque, por un lado, la convivencia es preadoptiva, por lo que los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos que los acogedores como indica el precepto. No obstante, su objetivo es que el menor sea adoptado por los que ostentan su guarda como se colige, además de lo indicado en las líneas precedentes, porque el artículo 176 bis.2 del Código Civil dispone expresamente que se suprimirá el régimen de visitas del menor con su familia de origen desde la formalización de la medida, a excepción de los supuestos recogidos en el artículo 178.4 del Código Civil.

De la lectura de las distintas resoluciones judiciales emitidas sobre la formalización de la guarda con fines de adopción, nos llama la atención que, en solo una de ellas, en concreto en la SAP de Córdoba de 17 de julio de 2018, se proceda a su constitución como fase previa a la solicitud de la adopción. En la citada resolución, se resuelve sobre el recurso de apelación interpuesto por la progenitora de un menor declarado en desamparo. Como se expone, debido a la situación constatada de grave riesgo de la integridad física y de salud y bienestar general del niño de pocos meses de vida, se decretó su acogimiento de urgencia y tras agotar el plazo de duración, se procedió a su acogida de forma temporal. Transcurridos nueve meses de la misma, se propuso y formalizó la medida de guarda con fines de adopción, en conformidad con los resultados de los seguimientos anteriores y del informe del Equipo Técnico de Menores, con la familia considerada idónea por la Administración. Las impresiones favorables del estado del menor sirven de base para la propuesta de adopción contando el niño cinco años de edad, por lo que la Sala desestima el citado recurso.

Por el contrario, en las restantes sentencias encontradas parece que los Tribunales conciben esta medida como un modo de proporcionar un núcleo

familiar estable a los menores en situación de desprotección porque no es posible el retorno a su familia de origen, lo que nos hace pensar que se considera esta figura más como un acogimiento familiar que como una fase previa de la adopción lo que, a nuestro juicio, desvirtúa su esencia. En este sentido se manifiesta la SAP de Jaén de 17 de diciembre de 2020⁶⁵, que también desestima el recurso de apelación presentado por la madre contra la decisión de la entidad pública de formalizar la guarda con fines de adopción de su hijo en fecha de 7 de septiembre de 2017. Como se expone en sus fundamentos jurídicos, «la decisión administrativa de guarda con fines de adopción atiende al interés del menor, de doce años de edad, que precisa de un entorno familiar estable y normalizado para su desarrollo íntegro, bienestar psíquico y equilibrio emocional. La prueba que se ha practicado no garantiza un cambio estable en su progenitora, en quien persiste su inestabilidad personal, carencia de ingresos (pues debe procurárselos ella, no la pareja con la que comporta su vida, dado que ese tipo de situaciones son las generadoras de dependencia y sumisión) falta de una residencia habitable, y de un empleo estable. La vida laboral presentada refleja que ha trabajado 4 meses y 17 días, y consta que no se encuentra trabajando, ni percibiendo ningún subsidio ni prestación por desempleo, habiendo finalizado su último empleo en fecha 13 de septiembre de 2019».

En ningún momento en la resolución se hace referencia a la posible presentación de la propuesta de adopción del menor por parte del ente público —quizá no había lugar a la misma en esta resolución—. En cualquier caso, este hecho nos sorprende porque el menor lleva desde el año 2017 en esta situación y contraviene, a nuestro entender, lo dispuesto en el artículo 176 bis.2 referente a la obligación del ente público de presentarla en el plazo más breve posible, en todo caso, antes de los tres meses, salvo que considere necesario un periodo de adaptación que permitiría su prórroga hasta un año, circunstancia a la que tampoco se hace alusión. Es más, incluso el Tribunal considera que «si realmente [la madre] cambiase tendría oportunidad de recuperar a sus hijos, pero está dañada por su historia vital y no posee voluntad de cambios en su vida, por lo que no goza de estabilidad emocional, económica, social y laboral en estos momentos», aunque también aclara que si se estimase la pretensión de la actora el menor no se reintegraría con ella, porque es firme la declaración de desamparo, lo que llevaría «al absurdo de volver al acogimiento residencial». A nuestro entender, conforme al artículo 176.1.3.^a, sería posible que fuesen los propios guardadores quienes solicitasen al Juez la constitución de la adopción, tras el transcurso del primer año, porque es uno de los supuestos en los que no se requiere propuesta del ente público, como expondremos en las líneas siguientes.

3. LA PROPUESTA PREVIA DE LA ENTIDAD PÚBLICA

Como hemos indicado, conforme a lo dispuesto por el artículo 176.2 del Código Civil el inicio del procedimiento de adopción de un menor requiere la propuesta previa del órgano público competente a favor de los adoptantes declarados idóneos.

No obstante, no se requerirá tal propuesta en los supuestos expresamente recogidos en el 176.2 del Código Civil en su segundo párrafo. En estos supuestos, serán los adoptantes los que presenten la solicitud de adopción a la autoridad judicial. No debemos olvidar que cuando concurren las circunstancias contempladas, tampoco se exigirá la diferencia de edad recogida en el artículo 175.1 del Código Civil por lo que se puede afirmar que el legislador parece apostar por la constitución de la adopción cuando se dé alguna de las situaciones siguientes que, en todo caso, requerirán concorra resolución judicial favorable en interés del adoptando:

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

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

3.ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo⁶⁶.

4.ª Ser mayor de edad o menor emancipado».

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse respecto al contenido del segundo apartado, no habiendo encontrado ninguna resolución sobre los demás casos. En concreto, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Tudela (Provincia de Navarra) de 2020⁶⁷ en su auto de 18 de junio acuerda la constitución de la adopción de los menores a favor del cónyuge de la madre biológica (el progenitor había fallecido). En su parte dispositiva, la resolución considera que es conveniente al interés de aquellos y, además, el solicitante es idóneo para el ejercicio de la patria potestad. De esta forma, se procede a la extinción de los vínculos legales con la familia paterna y los niños adquieren los apellidos del adoptante.

4. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE LA ADOPCIÓN

Conforme a lo señalado, presentada ante la autoridad judicial la propuesta de la entidad pública, se inicia el procedimiento para proceder, o no, a su constitución. Conforme a lo dispuesto por el artículo 177 del Código Civil, existen tres tipos de declaraciones de voluntad diferenciados en virtud

de si los sujetos implicados son parte o no del proceso: consentimientos, asentimientos y audiencia. Expondremos, a continuación, sus aspectos más importantes y la posible problemática que puedan generar.

A) *Consentimientos*

En primer lugar, el apartado primero del citado precepto, determina que deben consentir a la adopción el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años⁶⁸, a los que el legislador considera partes de la misma porque se va a crear una relación de filiación entre ellos, no determinada biológicamente, sino por una resolución judicial y por la voluntad de las personas⁶⁹. Estos consentimientos son imprescindibles para que se pueda formalizar la adopción; sin embargo, no son vinculantes para el juez porque, aunque no puede constituirla sin los mismos, puede denegarla si no la considera conveniente para el interés del menor o, si a su juicio, los adoptantes no son idóneos para el ejercicio de la patria potestad⁷⁰, como declara el artículo 176.1 del Código Civil.

Por otro lado, es preciso añadir que el consentimiento se debe realizar ante la autoridad judicial competente, no pudiendo ser suplido su otorgamiento por cualquier otro medio⁷¹. En este sentido se manifiesta la SAP de Castellón de 4 de octubre de 2012 que indica que no es posible prescindir del consentimiento prestado por los adoptantes personalmente ante el juez en el procedimiento de constitución de la adopción. Asimismo, determina que no puede ser suplido por el hecho de que los pretendidos adoptantes se hubieran hecho cargo del apelante como si se tratara de su hijo, ni de la circunstancia de que en el testamento notarial abierto le instituyeran heredero universal, refiriéndose a él como hijo adoptivo.

Por último, respecto del consentimiento del adoptando se ha optado legislativamente por el criterio objetivo de establecer una edad, superior a doce años, para que su emisión sea válida. Se presupone, por tanto, que a partir de esa edad tiene la capacidad y el raciocinio suficiente para emitir un consentimiento válido, ajustándose a lo establecido en el artículo 5.1.b) del Convenio Europeo en materia de adopción de menores de 2008, en el que se exige *«el consentimiento del menor, siempre que la ley considere que tiene el suficiente discernimiento para ello; se considerará que un menor posee suficiente discernimiento cuando hubiere alcanzado la edad prevista por la ley, que no deberá exceder de 14 años»*. En este sentido, debemos señalar que la Ley 26/2015 sí permite que la entidad pública valore si el menor de doce años tiene el discernimiento necesario para prestar su consentimiento para la formalización del acogimiento, como se recoge en el artículo 173 del Código Civil. Sin embargo, en sede de adopción nos parece ajustada a

Derecho la decisión del legislador porque los efectos de la adopción y su carácter irrevocable, requieren la máxima seguridad jurídica y evitar, en lo posible, dudas sobre su validez que podrían presentarse si la resolución se basa en apreciaciones subjetivas. Además, para salvar el rigor derivado de la aplicación de la norma, el apartado 3.º del citado precepto, establece que los menores de esa edad con madurez suficiente deberán ser escuchados por el juez.

B) Asentimientos

Desde la promulgación de la Ley 21/1987 se ha regulado en nuestro ordenamiento jurídico la necesidad de prestar el asentimiento a la adopción por aquellas personas que no son parte activa de la misma (adoptante/s y adoptado), pero que su constitución les afecta de alguna forma. En relación a su definición, la SAP de Alicante de 13 de diciembre de 2017, indica que «no es más que el admitir como cierto o conveniente algo que otro ha afirmado o propuesto antes, esto es, el asentimiento es prestado por persona ajena a la relación obligacional complementando o dando fuerza operativa a aquella, pero en ningún caso constituyéndola»⁷².

Tradicionalmente, se ha planteado si la exigencia del asentimiento es un requisito fundamental para la constitución de la adopción y si este debe ser favorable. Si bien han existido minoritarios posicionamientos doctrinales⁷³ y jurisprudenciales⁷⁴ (haciendo referencia la mayoría de ellos al asentimiento de los progenitores por ser el más habitual en la práctica) que negaban este carácter vinculante, actualmente existe un amplio consenso que aboga por la superación de esta concepción⁷⁵. El legislador es claro al respecto cuando indica, en el artículo 177.2.º del Código Civil que «*deberán asentir*». No obstante, debemos añadir que en el segundo párrafo del citado precepto flexibiliza este criterio cuando permite que los sujetos obligados no asientan si se encuentran imposibilitados para tal efecto, debiendo el juez motivar en la resolución judicial esta imposibilidad. Asimismo, se debe mencionar que esta ausencia de asentimiento no se establece como presupuesto para la extinción de la adopción, como sí lo es la petición de los progenitores que no hayan asentido si no intervinieron en el expediente sin culpa suya, conforme a lo dispuesto en el artículo 180.2.º del Código Civil.

En nuestra opinión, en el análisis de los supuestos en los que el legislador exige esta declaración de voluntad, está la solución. Con independencia de su examen más detallado, debemos señalar que se requiere cuando existe matrimonio o relación marital entre el adoptante y su cónyuge o pareja y, de otro lado, el de los padres que no están privados de la patria potestad, incurso en causa de privación o suspendidos de sus facultades por haber

sido su hijo declarado en desamparo y hubiesen transcurridos dos años sin oposición o, en caso de haber presentado recurso, hubiese sido desestimado⁷⁶. La propia lógica parece considerar que, en el primer supuesto, no parece viable que se pueda constituir una adopción sin la aquiescencia de la persona que va a convivir con el menor. Respecto al segundo, es claro que el Código Civil solo exige el asentimiento de los progenitores que no hayan incumplido en sus funciones parentales, de forma voluntaria o involuntaria. En estos casos, no parece ajustado a Derecho presuponer que se pueda extinguir la relación de filiación con su hijo y constituir una nueva con los adoptantes sin tener en cuenta su voluntad⁷⁷. Así pues, mostramos nuestra conformidad con el posicionamiento doctrinal que considera que «puede haber adopción válida sin esa voluntad, pero no contra esa voluntad»⁷⁸.

a) Asentimiento del cónyuge o pareja de hecho

Respecto a este supuesto, la Ley 26/2015 ha introducido varias modificaciones otorgándole su redacción actual⁷⁹. La primera de ellas, es la relativa a la inclusión de las parejas de hecho que, como hemos indicado, es un acierto legislativo porque equipara las relaciones *more uxorio* al matrimonio. Sin embargo, respecto a la expresión «*separación o divorcio legal*» debemos realizar las siguientes consideraciones. Por un lado, consideramos innecesaria la inclusión del divorcio porque este provoca la disolución del vínculo matrimonial, convirtiéndose en excónyuges⁸⁰. Además, el término legal es redundante por cuanto todo divorcio lo es. Entendemos que con el mismo se ha querido hacer referencia únicamente a la separación legal, para diferenciarla de la de hecho sobre la que no existe constancia documental. Actualmente, tras la promulgación de la Ley 15/2015, la denominada separación legal incluye tanto la judicial como la notarial, pero a efectos de adopción no ha habido una modificación formal por cuanto antes de la reforma sí se exigía que la separación de hecho de mutuo acuerdo debía constar fehacientemente⁸¹. En otro orden y, en coherencia, no será necesario el asentimiento cuando exista ruptura de la relación no marital que conste de forma fehaciente. No se aclaran los requisitos exigidos que acrediten la finalización de la misma, lo que implica que deban ser especificados por las distintas normas autonómicas, con la consecuente disparidad de criterios que este hecho puede provocar.

En relación a la *ratio legis* de la exigencia del asentimiento a estas personas, como hemos señalado, la doctrina ha puesto de manifiesto que, aunque la relación de filiación no se establezca respecto del cónyuge o pareja del adoptante, es indudable que el éxito de la misma repercutirá en virtud de su aceptación⁸². Por último, como se indica no se precisará el asentimiento

cuando la adopción sea conjunta debido a que, como se ha afirmado⁸³, en este caso se aplica el artículo 177 del Código Civil porque ambos deben consentir dado que los dos son adoptantes.

b) Asentimiento de los progenitores

En relación a este caso, no se ha producido a una reforma en profundidad, aunque sí se ha procedido a la modificación de ciertos aspectos de su regulación. Se debe señalar que es una de las cuestiones más controvertidas durante la tramitación judicial de la adopción y que más demandas judiciales provoca. Por otro lado, es preciso señalar que el adoptando no debe estar emancipado porque, en este caso, no será necesario que los progenitores asientan a su adopción.

a') Progenitores privados de la patria potestad

En primer lugar, se debe señalar que se mantiene la exclusión del asentimiento de los progenitores que se encuentren privados de la patria potestad. Respecto a esta situación, nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe correspondiente. Es importante señalar que la declaración ha de ser firme, por lo que si los padres recuperan sus potestades⁸⁴, como permite el artículo 170 del Código Civil, deberán asentir a la adopción. No obstante, debemos añadir que son muy escasos los supuestos en que este hecho tiene lugar⁸⁵.

b') Progenitores incurso en causa de privación de la patria potestad

Este supuesto es, quizá, el que más controversias ha generado por su indeterminación legal que ha requerido su interpretación. En este sentido, la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2001 indicó que «la expresión «incursos en causa legal» no ha de ser interpretada en términos procesales, es decir, como existencia de un procedimiento incoado y en el que se esté ejercitando la acción para privarles de la patria potestad, sino en términos meramente materiales, es decir, como constatación de la concurrencia de un motivo que con arreglo a la ley sea causa para privarles de la patria potestad». Como se ha señalado, el artículo 170 del Código Civil no establece las causas concretas para decretar la privación de la patria potestad, pero los postulados doctrinales y jurisprudenciales han ido concretando dichos motivos que, básicamente, se fundamentan en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad⁸⁶.

La lectura de las numerosas resoluciones judiciales emitidas sobre esta cuestión nos permite afirmar que nuestros Tribunales consideran que los progenitores están en esta situación si sus hijos han sido declarados en desamparo, precisamente por no haber cumplido de forma adecuada sus facultades parentales⁸⁷. En esta línea se manifiesta la STS de 29 de noviembre de 2012 en la que se relata que de las relaciones entre una pareja nació un niño, del que no se inscribió la filiación paterna. La madre declaró su voluntad de entregar la tutela del menor a la entidad pública para su posterior adopción. El órgano público declaró el desamparo y asumió su tutela *ope legis*. El progenitor fue condenado por un delito de maltrato con atenuante de drogadicción, contra la progenitora, al conocer el embarazo. Tras el nacimiento del niño, interpuso una demanda de reclamación de paternidad, que se resolvió de forma positiva. A pesar de todo ello, no llegó a tener contacto con el menor. La Administración formalizó un acogimiento familiar preadoptivo e inició los trámites de la adopción. El padre solicitó la suspensión del procedimiento y prestar su asentimiento conforme al artículo 177.2 del Código Civil. El ente público se opuso alegando que estaba incurso en causa de privación de la patria potestad, por lo que no podía prestar tal asentimiento.

El Alto Tribunal considera que «desde su nacimiento hasta el momento de la determinación de la filiación paterna, el niño se encontró en una completa situación de desamparo, porque sus progenitores no cumplieron con las obligaciones inherentes a la patria potestad, por lo que estaban incurso en causa de privación. El padre podría haber reconocido al niño inmediatamente del nacimiento, por otros medios más rápidos que la acción judicial, por lo que este retraso produjo que el actor no estuviese en condiciones de cumplir los deberes de la patria potestad durante al menos un año y en concreto, en el momento en que tuvo lugar la declaración de desamparo del menor». Por otro lado, aclara que la doctrina del Tribunal Supremo es unánime cuando considera que el momento en que debe estimarse si los progenitores están o no incurso en causa de privación de la patria potestad, es el de la declaración de desamparo.

La jurisprudencia menor ha seguido esta doctrina consolidada equiparando, a efectos de la exigencia del asentimiento de los progenitores para la adopción, la declaración de desamparo a estar incurso en causa de privación. En este sentido se manifiesta, entre otras muchas, la SAP de Asturias de 9 de marzo de 2015, cuando declara que la madre biológica se encuentra incurso en causa de privación de la patria potestad, por lo que se acuerda la continuación del expediente de adopción de la menor, bastando la audiencia de la progenitora. Como consta en autos, la menor fue declarada en desamparo⁸⁸ desde el momento de su nacimiento, hallándose desde entonces separada de su madre biológica, con la que no ha convivido nunca.

En otro orden, y atendiendo a la dicción del precepto, que iguala los efectos de la sentencia firme de privación de la patria potestad con estar en causa de privación de la misma, se ha razonado que, en estos últimos casos, se podría considerar que se vulneran los derechos de los progenitores⁸⁹. Precisamente, para salvaguardar los mismos, que nunca deben ser superiores a los del menor, el legislador establece que *«esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil»*, introduciendo una ligera modificación respecto a la redacción anterior, en la que se hacía referencia expresa al artículo 1827 de la LEC. Actualmente, se debe acudir al artículo 781 LEC.

c') Progenitores suspendidos de la patria potestad por declaración de desamparo

Otra de las novedades más significativas es la relativa a que desde la reforma operada por la Ley 26/2015, se puede prescindir del asentimiento de los padres cuando sus hijos hayan sido declarados en desamparo y no hayan recurrido en el plazo de dos años tal decisión o, de haberlo hecho, su petición haya sido desestimada.

La conceptualización del desamparo se recoge en el artículo 172.1 del Código Civil, que no difiere de la establecida con anterioridad a la reforma *«(…) la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material»*. De esta premisa se infiere la necesaria relación causal entre el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes legales de la guarda de los menores y la privación de la asistencia moral o material sufrida por el menor para proceder a declarar su desamparo, cuestión que ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia desde la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996⁹⁰.

Asimismo, indica el artículo 172.1 del Código Civil que la declaración de desamparo implica la automática asunción de la tutela *ex lege* por parte de la entidad pública, suspendiendo la patria potestad o tutela siendo solo válidos los actos de contenido patrimonial realizados por los progenitores y tutores si redundan en beneficio del menor⁹¹. La reforma añade, en el citado artículo, que el órgano público o el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela ordinaria. La inclusión de esta premisa nos parece acertada, dado que cuando los incumplimientos de los progenitores o tutores en sus funciones de guarda son muy graves, se debe instar la privación de la patria potestad o tutela y no la declaración de desamparo.

Como novedad, en el apartado 2 del artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996 se declara también que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la declaración de desamparo⁹²; asimismo, sigue disponiendo el citado precepto que, en ningún caso, se procederá a la separación del menor de sus progenitores por causa de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos⁹³. Además, añade, en el mismo sentido que lo dispuesto respecto a la declaración de riesgo, que se considerará un indicador de desamparo el que un hermano esté en esta situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente⁹⁴. Respecto a las situaciones indicadoras de una situación de riesgo se ha debido esperar a la aprobación de la citada Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, para que hayan sido incluidas en el ordenamiento jurídico, hecho que nos merece un juicio positivo. Por el contrario, la Ley 26/2015 en el apartado 2 del artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, estableció, de forma primigenia en una normativa de rango estatal, las circunstancias que determinan la declaración de desamparo, siendo considerado una de las mayores novedades de la citada reforma⁹⁵ y dando respuesta a una de las observaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño/a a España⁹⁶.

Tras la notificación de la resolución administrativa, los progenitores o tutores que continúen ostentando la patria potestad o tutela, pero se encuentren suspendidos en sus funciones, en el plazo de dos años *«podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela»* y, además, podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor, como señala el artículo 172 del Código Civil. Transcurrido este plazo, los progenitores o tutores ya no podrán solicitar el cese de la suspensión y la revocación de la declaración de situación de desamparo, pero sí facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo, únicamente este último, pasados los dos años, estará legitimado en exclusiva para oponerse a la resolución de la Entidad Pública.

Asimismo, el nuevo apartado 5 del artículo 172 del Código Civil permite a la entidad pública que durante estos dos años *«ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen»*.

En nuestra opinión, en la aplicación práctica se observa una incoherencia entre estos dos últimos supuestos del artículo 177.2 del Código Civil. Como

hemos puesto de manifiesto en líneas anteriores, la consideración de estar en causa de privación de la patria potestad se ha equiparado jurisprudencialmente a la declaración de desamparo. Por lo tanto, si la entidad pública eleva la propuesta de adopción de un menor en situación de desamparo, será suficiente que la autoridad judicial considere a los progenitores en causa de privación de patria potestad para que no sea necesario su asentimiento. Este hecho colisiona con lo dispuesto en el párrafo segundo del citado precepto; cuando el menor es declarado en desamparo, los progenitores tienen un plazo de dos años para recurrir dicha decisión. Solo en el caso de que fuese denegada o no presentasen el recurso pertinente en el plazo señalado, se prescindiría de su asentimiento.

Así que nos preguntamos, ¿la declaración del desamparo del menor es causa suficiente para obviar el trámite del asentimiento de los progenitores, o deben transcurrir dos años desde la misma o que su petición de revocación sea desestimada? La respuesta no está clara porque, como hemos observado, existe una doctrina judicial consolidada que aboga por la equiparación entre ambas figuras con las consecuencias expuestas. Así, si el menor está en desamparo simplemente es necesario que judicialmente se declare a los padres incurso en causa de privación de la patria potestad. Sin embargo, una aplicación rigurosa de la norma exige que, tras la declaración de desamparo, se respeten los requisitos establecidos para prescindir del citado trámite. La jurisprudencia, aunque de forma minoritaria, ha tenido en cuenta esta circunstancia y ha declarado la falta de legitimidad de los progenitores para asentir a la adopción de su hijo, por haber transcurrido dos años sin ejercitar las acciones de revocación de la declaración de desamparo⁹⁷. Es indudable que esta situación genera una grave inseguridad jurídica que requeriría una solución legislativa para evitar que, ante la declaración de desamparo del menor, los efectos sobre la posibilidad de asentir por parte de los padres o tutores a la adopción, o no, a la adopción sean diametralmente diferentes, pudiendo provocar una vulneración de sus derechos.

c) Asentimiento de la madre

Particular interés tiene el asentimiento de la progenitora por lo que ha sido objeto de atención del legislador desde la Ley 21/1987 en coherencia con los distintos Convenios Internacionales aprobados sobre esta materia. La Ley 26/2015 ha procedido a ampliar el plazo en el que la madre debe asentir a la adopción de los treinta días desde el parto a las seis semanas. Este cambio normativo nos parece acertado porque es necesario que la progenitora se encuentre en las mejores condiciones físicas y psicológicas para meditar sobre la decisión a tomar, dados los efectos irreversibles de la adopción⁹⁸.

En aplicación de este precepto, la SAP de Asturias de 10 de marzo de 2016 declara la reintegración de una menor a su familia biológica por no estar los padres incurso en causa de privación de la patria potestad. Como se señala, la Administración separó a la niña de su madre el mismo día del parto, debido a su minoría de edad. Entiende el Tribunal que ha faltado una labor preventiva por parte del ente público que debió establecer las medidas oportunas para la superación de las circunstancias adversas y no iniciar el proceso de adopción tras el nacimiento de la menor. En el mismo sentido, se pronuncia la SAP de Teruel de 22 de octubre de 2020 al estimar el recurso presentado por los padres del adoptando al considerar que el asentimiento de la progenitora pudo ser fruto de su estado de ánimo porque como, consta en autos, estaba en tratamiento psicológico debido a una posible depresión postparto. Asimismo, señala que no había transcurrido el plazo del artículo 177.2 del Código Civil, por lo que el proceso de adopción queda sin efecto.

C) *El trámite de audiencia*

Por último, dispone el apartado 3.º del artículo 177 del Código Civil que el juez deberá oír a determinadas personas que no deben consentir ni asentir a la adopción. Tradicionalmente, se ha entendido que su opinión ofrecerá al juez los elementos necesarios para adoptar la decisión más adecuada en interés del menor. Como ha resaltado la doctrina⁹⁹, su declaración no será vinculante ni en sentido positivo ni negativo. Es decir, que la autoridad judicial podrá constituir la adopción aún en contra de su criterio o, por el contrario, podrá no proceder a su formalización, aunque su valoración sea favorable. La reforma ha introducido ciertas variaciones en su contenido. En primer lugar, ha querido enfatizar la importancia de este trámite al suprimir el término «*simplemente*», vigente desde la Ley 21/1987, de la oración «*deberán ser oídos por el Juez*». Así pues, actualmente no existe ninguna duda sobre la preceptividad de este trámite. Los sujetos que deben ser oídos son los siguientes:

- a) Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción

Los supuestos en los que los padres no deben asentir a la adopción, son los expuestos en el epígrafe anterior al que nos remitimos: si el adoptante se halla emancipado, si los progenitores están incurso en causa de privación de la patria potestad o si el menor ha sido declarado en desamparo y han

transcurrido dos años desde su notificación sin oposición por su parte o, en su caso, ha sido desestimada. En relación a este supuesto, se pronuncia la SAP de Segovia de 16 de noviembre de 2015, cuando considera improcedente la audiencia al padre de la menor por ser ignorado su paradero, que se presume en otro Estado. El Tribunal alega desconocer si mantiene la patria potestad sobre su hija, pero si fuese el caso, estaría incurso en causa de privación de la misma por ser un maltratador de su pareja e hijas, con las que no ha mantenido contacto alguno desde hace siete años.

- b) El tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores

En este apartado se ha incluido a la familia de acogida, lo que nos parece oportuno porque son personas que, en tanto se mantenga el acogimiento, ostentan de facto las funciones inherentes a la patria potestad, aunque limitadas al ámbito personal.

- c) El adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez

Así como el mayor de dicha edad debe consentir a la adopción, el legislador ha considerado oportuno que el menor de doce años sea escuchado. Antes de la reforma, el artículo 177.3.3.º del Código Civil establecía que solo era posible la audiencia si aquel *«tuviera suficiente juicio»*. Con la nueva redacción, *«el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez»*, el legislador ha optado por un criterio mixto, en el que se debe tener en cuenta tanto la edad biológica como el grado de discernimiento.

La tendencia legislativa imperante en los últimos años en nuestro ordenamiento jurídico y en el Derecho comparado, se basa en la concesión a los menores de edad de una cada vez mayor autonomía en la toma de decisiones que conciernen a su vida¹⁰⁰. En concreto, se recoge en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, tras su reforma por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, que desarrolla con mayor detalle esta facultad, incluyendo no solo el ámbito familiar, sino cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación que le afecte. En síntesis, sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta, siempre que tenga suficiente juicio. Eso no significa que deban ser vinculantes para el juez u órgano que tenga que adoptar cualquier medida en su interés, pero sí que su criterio deberá ser valorado. Este derecho tiene, asimismo, sustantividad en diversos preceptos del Código Civil, tanto en los procesos judiciales como en los extrajudiciales¹⁰¹.

Para finalizar, se debe mencionar que se ha eliminado la audiencia a la entidad pública sí recogida en la norma anterior¹⁰². En concreto, el artículo 177.3.4.º del Código Civil disponía que debía ser simplemente oída *«la entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquel»*. La finalidad de este trámite era valorar la opinión del órgano público porque en estos casos no era necesaria su intervención. La introducción de la guarda con fines de adopción en la regulación actual, que exige su formalización con aquellas personas que hayan sido declaradas idóneas para la adopción por parte de la Administración, hace innecesario su mantenimiento. Además, se debe tener en cuenta que en los casos en los no es necesaria la propuesta de la entidad pública, recogidos en el artículo 176.2 del Código Civil que incluye, como se expuso, *«llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo»*, el legislador parece querer facilitar la adopción por lo que este hecho podría causar dilaciones excesivas en el proceso.

VII. CONCLUSIONES

I. Las modificaciones introducidas en los requisitos exigidos para ser adoptantes nos merecen, en líneas generales, un juicio positivo. Particularmente, la referida a la total equiparación a efectos de adopción entre las parejas de hecho y los matrimonios. En relación al nuevo límite de edad máxima para adoptar exigido, si bien estamos de acuerdo con la necesidad de asimilar las filiaciones adoptivas a las biológicas y homogenizar los criterios administrativos entre las diferentes legislaciones autonómicas, puede provocar que ciertos casos no se pueda formalizar esta filiación pese a ser conveniente para el interés del menor. Hubiera sido conveniente que el legislador hubiese permitido a los entes públicos su valoración en cada circunstancia concreta.

II. La declaración de idoneidad es un procedimiento administrativo que en virtud de la distribución competencial recogida en el artículo 148.1.20.ª CE es regulado por las distintas normativas de las comunidades autónomas. Es adecuado, a nuestro entender, que el legislador estatal haya incluido unos criterios básicos en una norma estatal, pero nos parecen claramente insuficientes. En nuestra opinión, se debería proceder al desarrollo reglamentario de este aspecto de la institución para que sirviese como marco de referencia para las distintas normas territoriales.

III. Nos parece un acierto legislativo la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la guarda con fines de adopción, tanto por la denominación utilizada (sustituyendo al anterior acogimiento familiar preadoptivo)

como por su ubicación actual en el Código Civil. La finalidad sigue siendo la misma que la citada medida de protección; es un recurso utilizado por la Administración para evitar el ingreso de aquellos menores que van a ser adoptados en tanto se tramita el procedimiento judicial de constitución de la adopción. Asimismo, estamos de acuerdo con que se hayan establecido plazos máximos para elevar la propuesta al juez; tres meses como norma general o un año en caso de que sea necesaria una convivencia preadoptiva. Sería necesario revisar el tratamiento que se está haciendo de esta institución tanto por los órganos administrativos como por los judiciales, porque parecen considerarla más una medida para proporcionar un núcleo familiar estable a los menores en situación de desprotección por no ser posible el retorno a su familia de origen, que una fase previa de la adopción, lo que desvirtúa su esencia.

IV. En la aplicación práctica se observa una incoherencia entre los dos últimos apartados del artículo 177.2 del Código Civil. Se ha equiparado jurisprudencialmente la declaración de desamparo del menor a que los progenitores estén en causa de privación de la patria potestad. Según este posicionamiento judicial, si los menores están en aquella situación los progenitores no deberán asentir a la adopción. No obstante, este hecho colisiona con lo dispuesto en el segundo párrafo del citado precepto; cuando el menor es declarado en desamparo, los progenitores tienen un plazo de dos años para recurrir dicha decisión. Solo en el caso de que fuese denegada o no presentasen el recurso pertinente en el plazo señalado, se prescindiría de su asentimiento. Esta circunstancia genera una grave inseguridad jurídica que, a nuestro entender, requeriría un cambio jurisprudencial para evitar que, ante la declaración de desamparo del menor, los efectos sobre la posibilidad de asentir por parte de los padres o tutores se vea restringida o suprimida, lo que puede provocar una vulneración de sus derechos.

VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 1 de octubre de 2019.
- STS de 23 de mayo de 2019.
- STS de 23 de abril de 2018.
- STS de 13 de enero de 2017.
- STS de 25 de noviembre de 2016.
- STS de 9 de noviembre de 2015.
- STS de 13 de febrero de 2015.
- STS de 19 de enero de 2015.
- STS de 27 de octubre de 2014.
- STS de 6 de junio de 2014.

- STS de 20 de noviembre de 2013.
- STS de 29 de noviembre de 2012.
- STS de 14 de noviembre de 2011.
- STS de 31 de julio de 2009.
- STS de 13 de julio de 2006.
- STS de 23 de mayo de 2005.
- STS de 2 de octubre de 2003.
- STS de 7 de noviembre de 2001.
- STS de 9 de abril de 2001.
- STS de 7 de junio de 2000.
- STS de 24 de abril de 2000.
- STS de 21 de septiembre de 1999.
- STS de 23 febrero de 1999.
- STS de 26 de enero de 1999.
- STS de 6 de octubre de 1998.
- STS de 1 de abril de 1997.
- STS de 4 de febrero de 1997.
- STS de 31 de diciembre de 1996.
- STS de 20 de diciembre de 1993.
- STS de 20 de enero de 1993.

- SAN de 23 de octubre de 2008.

- STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2021.

- SAP de Cádiz de 22 de enero de 2021.
- SAP de Vizcaya de 19 de enero de 2021.
- SAP de Cádiz de 18 de enero de 2021.
- SAP de Jaén de 17 de diciembre de 2020.
- SAP de Jaén de 26 de noviembre de 2020.
- SAP de Granada de 22 de noviembre de 2020.
- SAP de Granada de 6 de noviembre de 2020.
- SAP de Barcelona de 5 de noviembre de 2020.
- SAP de Teruel de 22 de octubre de 2020.
- SAP de León de 8 de octubre de 2020.
- SAP de Granada de 24 de julio de 2020.
- SAP de La Rioja de 8 de julio de 2020.
- SAP de Granada de 26 de junio de 2020.
- SAP de Granada de 29 de mayo de 2020.
- SAP de Málaga de 23 de abril de 2020.
- SAP de La Coruña de 3 de marzo de 2020.
- SAP de Soria de 25 de febrero de 2020.

- SAP de Madrid de 24 de febrero de 2020.
- SAP de Málaga de 31 de enero de 2020.
- SAP de Barcelona de 16 de enero de 2020.
- SAP de Málaga de 7 de octubre de 2019.
- SAP de León de 13 de septiembre de 2019.
- SAP de Vizcaya de 30 de julio de 2019.
- SAP de Jaén de 3 de julio de 2019.
- SAP de Cádiz de 17 de junio de 2019.
- SAP de Granada de 14 de junio de 2019.
- SAP de Jaén de 13 de junio de 2019.
- SAP de Burgos de 18 de mayo de 2019.
- SAP de Vizcaya de 7 de mayo de 2019.
- SAP de La Coruña de 25 de marzo de 2019.
- SAP de Vizcaya de 22 de marzo de 2019.
- SAP de Granada de 7 de marzo de 2019.
- SAP de Burgos de 19 de febrero de 2019.
- SAP de Asturias de 24 de noviembre de 2018.
- SAP de Lugo de 10 de octubre de 2018.
- SAP de Pontevedra de 19 de septiembre de 2018.
- SAP de Córdoba de 17 de julio de 2018.
- SAP de Córdoba de 5 de abril de 2018.
- SAP de Alicante de 13 de diciembre de 2017.
- SAP de León de 10 de noviembre de 2017.
- SAP de Soria de 26 de octubre de 2017.
- SAP de León de 21 de junio de 2017.
- SAP de Jaén de 22 de mayo de 2017.
- SAP de Guipúzcoa de 17 de marzo de 2017.
- SAP de Zaragoza de 21 de febrero de 2017.
- SAP de Palencia de 19 de diciembre de 2016.
- SAP de Burgos de 13 de diciembre de 2016.
- SAP de Granada de 27 de noviembre de 2016.
- SAP de Ourense de 25 de noviembre de 2016.
- SAP de Córdoba de 14 de noviembre de 2016.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 2016.
- SAP de Badajoz de 1 de junio de 2016.
- SAP de Asturias de 10 de marzo de 2016.
- SAP de La Coruña de 9 de marzo de 2016.
- SAP de Cádiz de 26 de enero de 2016.
- SAP de Castellón de 19 de enero de 2016.
- SAP de Jaén de 8 de enero de 2016.
- SAP de Murcia de 23 de diciembre de 2015.
- SAP de Elche de 22 de diciembre de 2015.

- SAP de Málaga de 18 de diciembre de 2015.
- SAP de Valencia de 3 de diciembre de 2015.
- SAP de Lérida de 2 de diciembre de 2015.
- SAP de Zaragoza de 1 de diciembre de 2015.
- SAP de Granada de 27 de noviembre de 2015.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 2015.
- SAP de Cantabria de 22 de septiembre de 2015.
- SAP de Barcelona de 14 de septiembre de 2015.
- SAP de Jaén de 1 de julio de 2015.
- SAP de Lugo de 9 de junio de 2015.
- SAP de Lérida de 18 de mayo de 2015.
- SAP de Cádiz de 11 de mayo de 2015.
- SAP de Toledo de 21 de abril de 2015.
- SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2015.
- SAP de Asturias de 9 de marzo de 2015.
- SAP de Cádiz de 26 de febrero de 2015.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de febrero de 2015.
- SAP de Pontevedra de 29 de enero de 2015.
- SAP de Murcia de 16 de octubre de 2014.
- SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2014.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de abril de 2014.
- SAP de Málaga de 7 de abril de 2014.
- SAP de Vizcaya de 27 de marzo de 2014.
- SAP de Almería de 29 de enero de 2014.
- SAP de Cantabria de 18 de abril de 2013.
- SAP de Vizcaya de 27 de febrero de 2013.
- SAP de Murcia de 22 de noviembre de 2012.
- SAP de Valencia de 31 de octubre de 2012.
- SAP de Pontevedra de 18 de octubre de 2012.
- SAP de Vizcaya de 17 de octubre de 2012.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 8 de octubre de 2012.
- SAP de Castellón de 4 de octubre de 2012.
- SAP de Valencia de 18 de septiembre de 2012.
- SAP de Pontevedra de 24 de julio de 2012.
- SAP de Murcia de 17 de mayo de 2012.
- SAP de Murcia de 4 de mayo de 2012.
- SAP de Murcia de 23 de febrero de 2012.
- SAP de Alicante de 17 de octubre de 2011.
- SAP de La Coruña de 30 de septiembre de 2011.
- SAP de Vizcaya de 20 de septiembre de 2011.
- SAP de Barcelona de 30 de mayo de 2011.
- SAP de Málaga de 6 de abril de 2011.

- SAP de Valencia de 30 de marzo de 2011.
- SAP de Valencia de 23 de marzo de 2011.
- SAP de Murcia de 3 de marzo de 2011.
- SAP de Gerona de 2 de diciembre de 2010.
- SAP de Burgos de 8 de octubre de 2010.
- SAP de Castellón de 23 de septiembre de 2010.
- SAP de Alicante de 21 de septiembre 2010.
- SAP de Salamanca de 14 de julio de 2010.
- SAP de Murcia de 25 de febrero de 2010.
- SAP de Barcelona de 20 de enero de 2009.
- SAP de Murcia de 26 de noviembre de 2008.
- SAP de Madrid de 15 de octubre de 2008.
- SAP de Guipúzcoa de 4 de octubre de 2008.
- SAP de Barcelona de 9 de julio de 2008.
- SAP de Sevilla de 13 de marzo de 2008.
- SAP de La Rioja de 2 de julio de 2007.
- SAP de Vizcaya de 27 de junio de 2007.
- SAP de Navarra de 2 abril de 2007.
- SAP de Murcia de 19 de diciembre de 2006.
- SAP de Lugo de 16 de abril de 2006.
- SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2006.
- SAP de Burgos de 15 de julio de 2005.
- SAP de Madrid de 12 de julio de 2005.
- SAP de Asturias de 9 de junio de 2005.
- SAP de Valencia de 13 de abril de 2005.
- SAP de Cádiz de 11 de abril de 2005.
- SAP de Lugo de 4 de marzo de 2005.
- SAP de Almería de 24 de febrero de 2005.
- SAP de Alicante de 7 de febrero de 2005.
- SAP de Álava de 29 de diciembre de 2004.
- SAP de Teruel de 20 de julio de 2004.
- SAP de Lugo de 24 de septiembre de 2003.
- SAP de Murcia de 12 de junio de 2003.
- SAP de Málaga de 28 de abril de 2003.
- SAP de Guadalajara de 8 de marzo de 2003.
- SAP de Badajoz de 31 de diciembre de 2002.
- SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2002.
- SAP de Málaga de 2 octubre de 2002.
- SAP de Cantabria de 27 de junio de 2002.
- SAP de Cádiz de 10 de junio de 2002.
- SAP de Sevilla de 15 de abril de 2002.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de marzo de 2002.

- SAP de Alicante de 26 de febrero de 2002.
- SAP de Vizcaya de 11 de enero de 2002.
- SAP de Almería de 4 enero de 2002.
- SAP de Cantabria de 24 de septiembre de 2001.
- SAP de Palencia de 18 de junio de 2001.
- SAP de Cantabria de 30 de mayo de 2001.
- SAP de Jaén de 16 de mayo de 2001.
- SAP de Asturias de 9 de abril de 2001.
- SAP de Córdoba 2 de marzo de 2001.
- SAP de Zaragoza de 19 de enero de 2001.
- SAP de Sevilla de 30 de septiembre de 1999.
- SAP de Sevilla de 2 de octubre de 1998.
- SAP de Palencia de 6 de julio de 1998.
- SAP de Cuenca de 18 de septiembre de 1997.
- SAP de Soria de 2 de septiembre de 1996.
- SAP de Albacete de 8 de mayo de 1996.
- SAP de Guadalajara de 7 de marzo de 1996.
- SAP de León de 29 de noviembre de 1995.
- SAP de Granada de 30 de abril de 1993.
- SAP de Pamplona de 22 de junio de 1992.

- AAP de Barcelona de 9 de febrero de 1998.
- AAP de Badajoz de 4 de julio de 1996.

- AJPI de Tudela (Provincia de Navarra) de 7 de enero de 2021.
- AJPI de Tudela (Provincia de Navarra) de 18 de junio de 2020.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, S. (2007). Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 949-1004.
- ALBACAR, J.L.; MARTÍN GRANIZO, M. (1995). *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid: Trivium.
- ALONSO CRESPO, E. (2004). *Adopción nacional e internacional. (Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos. Formularios. Anexos)*. Madrid: Dykinson.
- ALVÁREZ OLALLA, P. (2014). Modificaciones de Derecho Civil en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 37-91.
- ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, J. (1987). El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5, noviembre, 743-784.

- ARTERO FELIPE, J.L. (2001). El elemento volitivo en la adopción, *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 12, 53-75.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2011). La filiación adoptiva. En: M.Yzquierdo Tolsada, M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*. Pamplona: Aranzadi, 509-562.
- BENAVENTE MOREDA, P. (2011). Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15 (El menor ante el Derecho en el Siglo XXI), 15-62.
- BO JANÉ, M.; CABALLERO RIBERA, M. (1996). El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de sus intereses?, *La Ley*, núm. 6, 1485-1498.
- CABEDO MALLOL, V. (2016). Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia: luces y sombras. En: V. Cabedo Mallol, I. Ravetllat Ballesté (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 49-86.
- CALAZA LÓPEZ, S. (2015). Proceso para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, 1-40.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2015). Recientes reformas legislativas en materia de capacidad para adoptar y ser adoptado, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 207-228.
- (2017). Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 6, 29-70.
- CARRASCO PERERA, A. (2003). Desamparados, *Actualidad Jurídica. Aranzadi*, núm. 583 (Tribuna), 25-60.
- CARRIÓN OLMOS, S. (2016). La adopción en el Derecho Español tras las reformas de 2015, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana (IBIDE)*, núm. 5, 52-75.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*. Madrid: La Ley.
- CASTÓN BOYER, P.; OCÓN DOMINGO, J. (2002). Historia y sociología de la adopción en España, *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, núm. 33, 173-209.
- CORTADO CORTIJO, N. (1999). La adopción: presupuestos y requisitos legales. En: S. Espiau Espiau, A. Vaquer Aloy (coords.). *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Barcelona: Marcial Pons, 147-178.
- DE LA IGLESIA MONJE, I. (2005). Privación de la patria potestad. Incumplimiento de los deberes familiares (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2004), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 690, 1433-1439.
- DE LOS RÍOS GONZÁLEZ, M. (2006). La idoneidad de la adopción nacional. Problemas que plantea en la práctica, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 32, 287-291.
- DE PAÚL OCHOTERRENA, J.; ARRUABARRENA MADARIAGA, M.I. (2005). *Manual de Protección Infantil*. Barcelona: Masson.
- DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 177 del Código Civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Comentarios al Código Civil*, t. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1898-1907.

- (2004). *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*. Madrid: Ministerio de Trabajo.
- FELIÚ REY, M.I. (1989). *Comentarios a la Ley de Adopción*. Madrid: Tecnos.
- GARCÍA CANTERO, G. (1971). El nuevo régimen de la adopción, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 789-861.
- GARCÍA PASTOR, M. (2000). El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 8, 55-86.
- GARCIMARTÍN MONTERO, R. (2017). El trámite judicial de la adopción. En: M.V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*. Pamplona: Aranzadi, 351-364.
- GESTO ALONSO, B. (2013). *El procedimiento de la adopción*. Pamplona: Aranzadi.
- GRANDE SEARA, P. (2020). El asentimiento de los progenitores en el expediente de adopción. Problemática sustantiva y procesal. En: E. Pillado González (dir.), L. Noriega Rodríguez (coord.), *Los conflictos de Derecho de Familia desde la Justicia terapéutica*. Madrid: Bosch, 231-255.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2000). *Constitución de la adopción: Declaraciones relevantes*. Pamplona: Aranzadi.
- GUZMÁN PECES, M. (2016). Exégesis de las reformas introducidas por la Ley 26/2015 en el ámbito de la adopción internacional, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 9, 155-182.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*. Madrid: Marcial Pons.
- LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Personas que pueden adoptar y ser adoptadas, *Actualidad civil*, núm. 1, 75-90.
- LLEBARÍA SAMPER, S. (1990). *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, de 11 de noviembre. Barcelona: Bosch.
- LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, 1-89.
- LÓPEZ MAZA, S. (2016). Comentario al artículo 176 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 647-672.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2017). La historia interminable: una nueva reforma de la adopción. En: M.V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*. Pamplona: Aranzadi, 321-350.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, J. (2005) *La intervención ante el maltrato infantil. Una revisión del sistema de protección*. Madrid: Psicología Pirámide.
- MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentarios a los artículos 169 a 71 del Código Civil. En VVAA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 2.º. Madrid: Tecnos, 1128-1146.
- NORIEGA RODRÍGUEZ, L. (2021). *El régimen jurídico de la privación de la patria potestad*. Pamplona: Aranzadi.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*. Universidad Complutense de Madrid.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989). *La nueva adopción*. Madrid: Civitas.
- (2016). Comentario al artículo 176 del Código Civil. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Código Civil comentado*. Madrid: Civitas, 910-942.
- PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2018). El control ¿judicial? de la adopción, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 12, 64-81.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (1998). *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*. Valladolid: Lex Nova.
- QUESADA PÁEZ, A. (2018). Las reformas introducidas por la Ley 26/2015, del 28 de Julio, en materia de adopción en el Código Civil español, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 151, 395-410.
- RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*. Barcelona: Atelier.
- RUIZ RICO-RUIZ, J.M. (1989). *Acogimiento y delegación de la patria potestad*. Granada: Comares.
- SALAZAR BLANCO, G. (2004). La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: una visión desde los Derechos Humanos específicos del niño, *Revista Foro Jurídico*, núm. 3, 234-243.
- SAN LUIS LÓPEZ, R.; BASTANTE GRANELL, V. (2019). *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*. Granada: Comares.
- SERRANO GARCÍA, I. (1997). La adopción según las leyes 21/1987, de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero. En: I. Serrano García (dir.), *La protección jurídica del menor*. Salamanca: Junta de Castilla y León, Consejería de Sanidad y Bienestar Social, 77-101.
- VARGAS CABRERA, B. (1994). *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Granada: Comares.

NOTAS

¹ CARRIÓN OLMOS, S. (2016). La adopción en el Derecho Español tras las reformas de 2015, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana (IBIDE)*, núm. 5, 53-54.

² *Ibidem*, 62.

³ CASTÓN BOYER, P.; OCÓN DOMINGO, J. (2002). Historia y sociología de la adopción en España, *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, núm. 33, 174.

⁴ SALAZAR BLANCO, G. (2004). La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: una visión desde los Derechos Humanos específicos del niño, *Revista Foro Jurídico*, núm. 3, 239.

⁵ La doctrina las ha clasificado como adopción unipersonal y adopción dual. Véase, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989). *La nueva adopción*. Madrid: Civitas, 159 y 168; MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 29.

⁶ En este sentido, BARBER CÁRCAMO, R. (2011). La filiación adoptiva. En: M.Yzquierdo Tolsada, M. Cuenca Casas, *Tratado de Derecho de Familia*. Pamplona: Aranzadi, 541. Defendía la posición contraria, ALVÁREZ OLALLA, P. (2014). Modificaciones de Derecho Civil en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 37.

⁷ La promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio que, entre otros, reformó el artículo 44 del Código Civil, igualando los requisitos y efectos del matrimonio para los contrayentes del mismo o diferente sexo, lo que posibilitó la adopción por matrimonios homosexuales.

⁸ MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, *ob. cit.*, 31.

⁹ En este sentido, debemos mencionar que el Instrumento de ratificación del Convenio europeo en materia de adopción de menores, en su artículo 7. 1 a. ii) determina que los matrimonios y parejas deberán estar registrados, en el segundo párrafo del citado precepto establece que «igualmente tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas heterosexuales y homosexuales que vivan juntas en el marco de una relación estable».

¹⁰ PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2018). El control judicial? de la adopción, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 12, 67.

¹¹ Por el contrario, en la SAP de Asturias de 24 de noviembre de 2018 se desestima el recurso de apelación presentado por la demandante sobre la petición de adopción. Como se expone, la solicitante contrajo matrimonio con el demandado el 25 de junio de 2016 y mediante un procedimiento de gestación subrogada realizado en Ucrania, a iniciativa de ambos cónyuges, nacieron en Kiev el 20 de septiembre de 2017 dos niños que fueron inscritos como hijos del demandado —como padre biológico— y de la gestante. Los menores fueron empadronados en Oviedo, donde estaba empadronada la recurrente, aunque el domicilio conyugal se había establecido en Alemania. El 31 de octubre de 2017 el progenitor, mediante escritura pública, prestó anticipadamente y con carácter irrevocable su asentimiento y consentimiento para que sus hijos fuesen adoptados por su esposa.

Presentada la solicitud de adopción el 20 de noviembre de 2017, el día 30 de ese mismo mes el padre abandonó el domicilio familiar en Alemania acompañado por sus hijos, cesando a partir de entonces la convivencia matrimonial que no se ha vuelto a reanudar y no habiendo tenido desde entonces la actora relación con los niños, al no habérselo permitido su padre, quien ha declarado su intención de instar los trámites de divorcio para continuar la relación sentimental que, afirma, viene manteniendo con otra pareja desde hace más de dos años.

Tanto en Primera Instancia y como posteriormente confirmó la Audiencia, se desestimó la petición de la demandante porque existía oposición del progenitor a la adopción y por la crisis matrimonial y la interrupción de la convivencia desde la fecha indicada.

Como se señala, la adopción que no requiere propuesta previa de la entidad pública ni declaración de idoneidad, «es la consolidación legal de una unidad familiar que existe en la práctica o que, como mínimo, ha existido durante un lapso de tiempo importante y cualitativo». En este caso, este hecho no se produce porque los escasos seis meses de convivencia desde el nacimiento, «no permite considerar que se hayan establecido esos lazos afectivos y esos vínculos familiares que pudieran llevar a considerar la adopción solicitada como beneficiosa para los menores y favorecedora de su futuro desarrollo persona».

¹² En este sentido se manifiesta la SAP de Barcelona de 16 de enero de 2020, que decreta la adopción del menor por la solicitante que falleció durante el procedimiento, con la que había convivido catorce años y había ejercido de madre. La Sala concluye que, en interés del menor en el ámbito de su bienestar psíquico y por interés económico, la acción debe perdurar «en favor del único adoptante vivo en beneficio del menor adoptando, extendiéndose su legitimación a reclamar los efectos de la adopción en relación con la madre de intención ya fallecida».

¹³ PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2018). El control ¿judicial? de la adopción, *ob. cit.*, 66.

¹⁴ Sin embargo, MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, *ob. cit.*, 117, critica este hecho por considerar que supone una flexibilización en los requisitos para adoptar a un mayor o menor emancipado, al exigir solo un año de convivencia, eludiendo «los controles que el legislador de 1987 quiso instaurar y, como ya se ha indicado, debilita, en cierto modo, a la adopción como institución de protección de menores».

¹⁵ ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, J. (1987). El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5, noviembre, 766.

¹⁶ *Vid.*, MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, *ob. cit.*, 56; CORTADO CORTIJO, N. (1999). La adopción: presupuestos y requisitos legales. En: S. Espiau Espiau, A. Vaquer Aloy (coords.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Barcelona: Marcial Pons, 155.

¹⁷ CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2015). Recientes reformas legislativas en materia de capacidad para adoptar y ser adoptado, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 215-216.

¹⁸ La anterior redacción del artículo 175.1 del Código Civil hacía referencia solo a los cónyuges. El nuevo contenido permite su aplicación a los miembros de las relaciones *more uxorio*.

¹⁹ PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2018). «El control ¿judicial? de la adopción, *ob. cit.*, 66.

²⁰ Informe del Consejo del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, p. 78.

²¹ QUESADA PÁEZ, A. (2018). Las reformas introducidas por la Ley 26/2015, del 28 de Julio, en materia de adopción en el Código Civil español, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 151, 399.

²² PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2018). El control ¿judicial? de la adopción, *ob. cit.*, 66.

²³ SAN LUIS LÓPEZ, R.; BASTANTE GRANELL, V. (2019). *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*. Granada: Comares, 307.

²⁴ GARCÍA CANTERO, G. (1971). El nuevo régimen de la adopción, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 827.

²⁵ LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Personas que pueden adoptar y ser adoptadas, *Actualidad civil*, núm. 1, 79.

²⁶ GUZMÁN PECES, M. (2016). Exégesis de las reformas introducidas por la Ley 26/2015 en el ámbito de la adopción internacional, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 9, 158.

²⁷ ADROHER BIOSCA, S. (2007). Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 954 y sigs.

²⁸ Sobre esta cuestión, *vid.*, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2006). *La privación de la patria potestad*. Barcelona: Atelier; CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*. Madrid: La Ley; NORIEGA RODRÍGUEZ, L. (2021). *El régimen jurídico de la privación de la patria potestad*. Pamplona: Aranzadi.

²⁹ En el mismo sentido se manifiestan las STSS de 1 de octubre de 2019; de 9 de noviembre de 2015; de 24 de abril de 2000; de 23 de febrero de 1999 y de 31 de diciembre de 1996.

³⁰ SAP de Vizcaya de 30 de julio de 2019; SAP de Murcia de 16 de octubre de 2014; SAP de Vizcaya de 20 de septiembre de 2011; SAP de Murcia de 3 de marzo de 2011 y la SAP de Salamanca de 14 de julio de 2010.

³¹ STS de 23 de febrero de 1999; SAP de Murcia de 17 de mayo de 2012; SAP de Madrid de 12 de julio de 2005; SAP de Soria de 2 de septiembre de 1996; SAP de Guadalajara de 7 de marzo de 1996 y la SAP de León de 29 de noviembre de 1995.

³² Es preciso indicar que son minoritarias las resoluciones que decretan la privación en este supuesto. Se pronuncian en este sentido, SAP de Cádiz de 17 de junio de 2019; SAP de Álava de 29 de diciembre de 2004 y la SAP de Sevilla de 13 de marzo de 2008.

³³ A tenor de las resoluciones judiciales analizadas, parece que nuestros Tribunales no parecen considerar la drogodependencia o alcoholismo por sí solas como causa de privación de la patria potestad, sino que solo se adopta esta medida cuando estas situaciones afectan gravemente el cumplimiento de los deberes parentales. Se descartan, pues, aquellos supuestos de embriaguez esporádicos o pasajeros siendo, por el contrario, relevantes los supuestos en que estas adicciones se cronifican en el tiempo y no existe atisbo alguno de recuperación. En este sentido se manifiestan la SAP de La Coruña de 25 de marzo de 2019; SAP de La Coruña de 9 de marzo de 2016; SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2015; SAP de Guipúzcoa de 4 de octubre de 2008; SAP de Málaga de 7 de abril de 2014; SAP de Lugo de 16 de abril de 2006; SAP de Asturias de 9 de junio de 2005 y la SAP de Sevilla de 2 de octubre de 1998.

³⁴ En estos casos, no solo es preciso que se acredite de forma fehaciente la enfermedad mental grave de los progenitores, sino que la misma les impida atender adecuadamente a sus hijos. Cuando se produce esta situación, los Tribunales adoptan de forma unánime la privación de la patria potestad. Véase, la SAP de Lérida de 2 de diciembre de 2015; SAP de Vizcaya de 27 de marzo de 2014; SAP de Vizcaya de 27 de febrero de 2013; SAP de Murcia de 23 de febrero de 2012; SAP de Murcia de 26 de noviembre de 2008; SAP de Burgos de 15 de julio de 2005; SAP de Palencia de 6 de julio de 1998; SAP de Cuenca de 18 de septiembre de 1997 y SAP de Granada de 30 de abril de 1993.

³⁵ STS de 6 de junio de 2014; STS de 23 de mayo de 2005; SAP de Castellón de 19 de enero de 2016; SAP de Burgos de 13 de diciembre de 2016; SAP de Palencia de 19 de diciembre de 2016; SAP de Cantabria de 18 de abril de 2013; SAP de Vizcaya de 17 de octubre de 2012 y la SAP de Madrid de 15 de octubre de 2008.

³⁶ CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, *ob. cit.*, 257-258.

³⁷ STS de 13 de enero de 2017; STS de 7 de junio de 2000; STS de 7 de noviembre de 2001; STS de 9 de abril de 2001; STS de 26 de enero de 1999; STS de 6 de octubre de 1998; STS de 1 de abril de 1997; STS de 4 de febrero de 1997; SAP de Pontevedra de 19 de septiembre de 2018; SAP de Barcelona de 20 de enero de 2009 y la SAP de La Rioja de 2 de julio de 2007.

³⁸ STS de 21 de noviembre de 2005; SAP de Córdoba de 5 de abril de 2018; SAP de Barcelona de 14 de septiembre de 2015; SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2014; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de abril de 2014; SAP de Murcia de 22 de noviembre de 2012 y la SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2006.

³⁹ SAP de Murcia de 4 de mayo de 2012; SAP de Barcelona de 30 de mayo de 2011; SAP de Almería de 24 de febrero de 2005.

⁴⁰ STS de 25 de noviembre de 2016; STS de 2 de octubre de 2003; STS de 31 de diciembre de 1996; STS de 20 de enero de 1993; SAP de Lugo de 9 de junio de 2015; SAP de Valencia de 31 de octubre de 2012; SAP de Valencia de 18 de septiembre de 2012; SAP de Vizcaya de 27 de junio de 2007; SAP de Teruel de 20 de julio de 2004; SAP de Guadalajara de 8 de marzo de 2003 y la SAP de Sevilla de 30 de septiembre de 1999.

⁴¹ STS de 20 de diciembre de 1993; STS de 13 de julio de 2006; SAP de Cantabria de 24 de septiembre de 2001.

⁴² A *sensu* contrario, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 8 de octubre de 2012.

⁴³ SAN de 23 de octubre de 2008; SAP de Elche de 22 de diciembre de 2015; SAP de La Coruña de 30 de septiembre de 2011.

⁴⁴ SAP de Lérida de 18 de mayo de 2015.

⁴⁵ STS de 19 de enero de 2015; SAP de Madrid de 24 de febrero de 2020; SAP de Madrid de 24 de febrero de 2020; SAP de Granada de 7 de marzo de 2019.

⁴⁶ STS de 23 de abril de 2018; SAP de Málaga de 7 de octubre de 2019; SAP de Cádiz de 26 de enero de 2016.

⁴⁷ A título ilustrativo, traemos a colación la STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2021. Como se expone, ante la falta de cumplimiento de sus obligaciones por parte de los titulares de la patria potestad, la administración encargada de la protección de los menores tiene dos posibilidades, bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, adoptando medidas para permitir que el niño se reinsera en la familia, cuando no sea contrario a su interés, o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración.

En la resolución se pone de manifiesto que ambos padres han desarrollado de forma incorrecta sus funciones, teniendo la familia expediente abierto en los servicios sociales desde el año 2008, estando incluidos desde el año 2014 en el Programa de Educación Familiar del Ayuntamiento. En el año 2018, se interrumpe dicha intervención por falta de colaboración familiar, además, la familia había ocultado información a los servicios sociales. La madre es inestable emocionalmente y el padre, superado por las circunstancias, presenta una problemática encubierta de consumo de alcohol. Existe, asimismo, conflictividad crónica entre los padres del menor, habiéndose presentado denuncias en materia de violencia de género y doméstica. Por otro lado, el menor ha sido testigo de episodios violentos; el padre intentó agredir a la madre con un cuchillo, siguiendo una tentativa de agresión de la madre a la hija, hermana del menor, quien relata que su madre la intentó asfixiar a los once años, dañándola con un tenedor en la mano. El último de los incidentes fue protagonizado por la progenitora que intentó autolesionarse con un cuchillo y que impidió el propio hijo. En este contexto, la Sala no duda en calificar la situación de insostenible y peligrosa por lo que existe una evidente situación de desprotección, no existiendo otra alternativa que separar al niño de su grupo familiar.

⁴⁸ Con anterioridad a la entrada en vigor de la citada norma, era habitual que nuestros tribunales otorgasen en estas situaciones, la guarda y custodia del menor a su guardador de hecho. Así, la STS de 14 de septiembre de 2018 procede a su concesión a la tía paterna de una menor, con quien lleva conviviendo de hecho y de forma continuada desde el fallecimiento de su madre desestimando la petición del padre de decretar el fin de la misma para pasar a asumirla él. Como se expone la menor ha tenido y sigue teniendo un entorno estable y seguro con su tía lo que ha posibilitado la creación de unos vínculos afectivos muy distintos de los que existen con su padre. Asimismo, se pone de manifiesto la falta de capacidad del progenitor para atender adecuadamente a la niña, dada su edad, su trabajo y demás cargas familiares. Considera la Sala que los derechos del padre están debidamente protegidos con el régimen de visitas establecido judicialmente, cuya finalidad es conseguir la plena adaptación de la hija al entorno paterno y, acordar, en su caso, el posible reintegro bajo la custodia del padre. En el mismo sentido, se pronuncian la STSS de 13 de febrero de 2015; de 27 de octubre de 2014 y de 20 de noviembre de 2013.

⁴⁹ En concreto, se pronuncia en este sentido, MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, ob. cit., 88.

⁵⁰ *Ibidem*, 90.

⁵¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989). *La nueva adopción*, ob. cit., 166.

⁵² MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, ob. cit., 78.

⁵³ Así lo considera VARGAS CABRERA, B. (1994). *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Granada: Comares, 181 y sigs.

⁵⁴ MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, ob. cit., 80.

⁵⁵ Sobre esta cuestión, véase PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2018). El control ¿judicial? de la adopción, ob. cit., 67.

⁵⁶ ADROHER BIOSCA, S. (2007). Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I), ob. cit., 962-963.

⁵⁷ MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, ob. cit., 124; ADROHER BIOSCA, S. (2007). Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I), ob. cit., 960.

⁵⁸ Como crítica al procedimiento de idoneidad llevado a cabo por las entidades públicas, véase el interesante estudio de DE LOS RÍOS GONZÁLEZ, M. (2006). La idoneidad de la adopción nacional. Problemas que plantea en la práctica, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 32, 287-291.

⁵⁹ Así lo considera PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2016). Comentario al artículo 176 del Código Civil. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Código Civil comentado*. Madrid: Civitas, 924. En sentido opuesto, se manifiesta LÓPEZ MAZA, S. (2016). Comentario al artículo 176 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 659.

⁶⁰ Como ha puesto de manifiesto, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 6, 10.

⁶¹ Compartimos el posicionamiento de MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, ob. cit., 129; si la finalidad «era establecer unos mínimos comunes, quizás hubiera sido más apropiado hacerlo fuera del Código Civil: en la LOPJM».

⁶² Como indica la disposición adicional segunda de la Ley 26/2015 «...todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del Código Civil».

⁶³ Conforme a lo dispuesto en el preámbulo de la Ley 26/2015, la finalidad de esta medida es evitar que el menor tenga que permanecer en un centro de protección o con otra familia durante la tramitación judicial de la adopción.

⁶⁴ Se muestra conforme con dicho cambio, LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, 61. MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, ob. cit., 143, considera que no se ha logrado evitar la confusión que provocaba el acogimiento familiar preadoptivo. Tampoco parece verlo claro, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2017). La historia interminable: una nueva reforma de la adopción. En: M.V. Mayor del Hoyo (coord.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*. Pamplona: Aranzadi, 338. Por último, se muestra disconforme CABEDO MALLOL, V. (2016). Principales novedades incorporadas por las leyes de

reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia: luces y sombras. En: V. Cabedo Mallol, I. Ravetllat Ballesté (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 69.

⁶⁵ El mismo posicionamiento mantienen la SAP de Cádiz de 18 de enero de 2021; SAP de Granada de 24 de julio de 2020; SAP de Jaén de 26 de noviembre de 2020.

⁶⁶ Como señalamos en el epígrafe anterior, la inclusión de este apartado nos parece particularmente interesante porque permite solventar la inacción de la Administración cuando, transcurrido el tiempo de duración de la medida establecido legalmente que en todo caso no puede superar el año, no haya elevado la propuesta de adopción al juez.

⁶⁷ Los mismos argumentos son esgrimidos por el citado Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Tudela (Provincia de Navarra) en su auto de 7 de enero de 2021, para formalizar la adopción a favor del marido del padre biológico de su hija.

⁶⁸ Se debe señalar que hasta la promulgación de la Ley 21/1987, no se exigía para la formalización de la adopción el consentimiento, sino que como indica ARTERO FELIPE, J.L. (2001). El elemento volitivo en la adopción, *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 12, 62, «el expediente de adopción únicamente podía comenzar a iniciativa del adoptante, no era preciso señalar la necesidad de consentimiento: el adoptante lo daba con el escrito de solicitud que promovía».

⁶⁹ Son definidos por VARGAS CABRERAS, B. (1994). *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, ob. cit., 220, como «declaraciones de voluntad de las partes entre las que se va a constituir el vínculo adoptivo y en virtud de las cuales asumen libre y conscientemente el contenido de la relación jurídica adoptiva con determinada persona».

⁷⁰ CALAZA LÓPEZ, S. (2015). Proceso para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, 15.

⁷¹ Véase, entre otros, ARTERO FELIPE, J.L. (2001). El elemento volitivo en la adopción, ob. cit., 59; Díez GARCÍA, H. (2013). Comentario al artículo 177 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Comentarios al Código Civil*, t. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1905; FELIÚ REY, M.I. (1989). *Comentarios a la Ley de Adopción*. Madrid: Tecnos, 148.

⁷² En similar sentido se manifiestan, la SAP de Pamplona de 22 de junio de 1992, «el asentimiento es definido como aquella declaración unilateral recepticia o no de la voluntad, encaminada a facilitar la realización o producir la validez de un negocio jurídico en el que quien la expresa no ha tomado parte en el concepto constituyente, pues es prestado por una persona ajena a la relación obligacional, pero que la completa o le da fuerza operativa, pero nunca constituyéndola» y el AAP de Barcelona de 5 de junio de 1991.

La doctrina también se ha posicionado en la misma línea. Así, PÉREZ MARTÍN, A.J. (1998). *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*. Valladolid: Lex Nova, 602; ALONSO CRESPO, E. (2004). *Adopción nacional e internacional. (Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos. Formularios. Anexos)*. Madrid: Dykinson, 160 y 161; SERRANO GARCÍA, I. (1997). La adopción según las leyes 21/1987, de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero. En: I. Serrano García (coord.), *La protección jurídica del menor*. Salamanca: Junta de Castilla y León, Consejería de Sanidad y Bienestar Social, 80.

⁷³ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2000). *Constitución de la adopción: Declaraciones relevantes*. Pamplona: Aranzadi, 150 y sigs.; GESTO ALONSO, B. (2013). *El procedimiento de la adopción*. Pamplona: Aranzadi, 72 y sigs.

⁷⁴ A título ilustrativo, vid., SAP de Gerona de 2 de diciembre de 2010; SAP de Albacete de 8 de mayo de 1996; AAP de Badajoz de 4 de julio de 1996; AAP de Barcelona de 9 de febrero de 1998; SAP de Cádiz de 11 de abril de 2005.

⁷⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989). *La nueva adopción*, ob. cit., 190-191; VARGAS CABRERA, B. (1994). *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, ob. cit., 227-228; GARCÍA PASTOR, M. (2000). El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 8, 55; GESTO ALONSO,

B. (2013). *El procedimiento de la adopción*, ob. cit., 72; GARCIMARTÍN MONTERO, R. (2017). El trámite judicial de la adopción. En: M.V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*. Pamplona: Aranzadi, 358-359.

Igualmente, en el ámbito judicial. Véase, entre, otras, SAP de Córdoba 2 de marzo de 2001; SAP de Alicante de 7 de febrero de 2005; SAP de Murcia de 25 de febrero de 2010; SAP de Málaga de 28 de abril de 2003; SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2002; SAP de Málaga de 2 de octubre de 2002; SAP de Cádiz de 10 de junio de 2002; SAP de Sevilla de 15 de abril de 2002; SAP de Almería de 4 de enero de 2002; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de marzo de 2002; SAP de Lugo de 24 de septiembre de 2003; SAP de Jaén de 16 de mayo de 2001; SAP de Burgos de 8 de octubre de 2010; SAP de Valencia de 30 de marzo de 2011; SAP de Lugo de 4 de marzo de 2005; SAP de Murcia de 12 de junio de 2003; SAP de Badajoz de 31 de diciembre de 2002; SAP de Cantabria de 30 de mayo de 2001; SAP de Zaragoza de 19 de enero de 2001; SAP de Pontevedra de 24 de julio de 2012; SAP de Alicante de 17 de octubre de 2011; SAP de Málaga de 6 de abril de 2011; SAP de Valencia de 23 de marzo de 2011; SAP de Castellón de 23 de septiembre de 2010; SAP de Alicante de 21 de septiembre 2010.

⁷⁶ «1.º El cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta.

2.º Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil».

⁷⁷ GARCÍA PASTOR, M. (2000). El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción, ob. cit., 61.

⁷⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*. Universidad Complutense de Madrid, 475.

⁷⁹ Se debe señalar que la disposición final primera, apartado 34 LJV, reformó el contenido del citado precepto establecido por la Ley 1/1996, equiparando a las parejas no casadas con los matrimonios, requiriendo la necesidad de que asintiese la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, «siempre que no sea adoptante, salvo que medie separación legal». Además, respecto al cónyuge del adoptante, se exceptuó únicamente en los supuestos en que existiese separación legal, eliminando la excepción de la separación de hecho por mutuo acuerdo que constase fehacientemente. Sin embargo, la vigencia de esta reforma fue muy breve, del 23 de julio hasta el 17 de agosto de 2015, en el que entró el texto definitivo conferido por la citada Ley 26/2015.

⁸⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., (2017). La historia interminable: una nueva reforma de la adopción, ob. cit., 342; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia», ob. cit. 15.

Sin embargo, antes de la reforma de 2015, abogaban por la inclusión del divorcio, ALBACAR, J.L.; MARTÍN GRANIZO, M. (1995). *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid: Trivium, 1716 y ARTERO FELIPE, J.L. (2001). El elemento volitivo en la adopción, ob. cit., 64.

⁸¹ MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, ob. cit., 225.

⁸² MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, ob. cit., 213; GRANDE SEARA, P. (2020). El asentimiento de los progenitores en el expediente de adopción. Problemática sustantiva y procesal. En: E. Pillado González (dir.), L. Noriega Rodríguez (coord.), *Los conflictos de Derecho de Familia desde la Justicia terapéutica*. Madrid: Bosch, 233.

⁸³ LÓPEZ MAZA, S. (2016). Comentario al artículo 176 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, ob. cit., 679. Sin embargo, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia», ob. cit., 15, considera que la citada excepción se refiere al supuesto del artículo 175.5 del Código Civil porque «en la anterior redacción, que no comprendía a la pareja de hecho del adoptante pero sí a su cónyuge, no se recogía esta excepción por ser obvia, pues del párrafo 1 del artículo 177 se deriva con total claridad que deben consentir los adoptantes cuando la adopción es conjunta. Por ello, consideramos que no parece adecuado entender que la introducción de este nuevo inciso aclare algo sobre una cuestión que no plantea ninguna duda, y que el legislador de 2015 no pretende reformar.

⁸⁴ Véase, DE LA IGLESIA MONJE, I. (2005). Privación de la patria potestad. Incumplimiento de los deberes familiares (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2004), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 690, 1437-1439; MONTES PENEDÉS, V.L. (1984). Comentarios a los artículos 169 a 71 del Código Civil. En VVAA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol.2.º. Madrid: Tecnos, 1138.

⁸⁵ Así se detrae de la lectura de las distintas resoluciones judiciales. En concreto, la SAP de Valencia de 19 de noviembre de 2008, la Audiencia resuelve sobre el recurso de apelación interpuesto por la progenitora. Como se relata en la sentencia, el menor fue abandonado por su madre tras su alumbramiento, pudiendo salvar su vida gracias la intervención de unos viandantes. Desde ese momento, fue tutelado por la Administración, encontrándose actualmente en situación de acogimiento familiar. La madre fue condenada a cuatro años de prisión y privación por dicho tiempo de la patria potestad, además de tenerla suspendida por la asunción por parte del ente público de la tutela *ex lege* de su hijo. Tras la liquidación de su condena, pretende la actora la recuperación de la patria potestad, habiendo sido desestimado en Primera Instancia en base a la práctica del informe psicosocial elaborado por los profesionales en la materia adscritos a los Juzgados, que concluyen claramente en contra del retorno del menor a su familia de origen, decisión ratificada por la Audiencia. En similar sentido se manifiestan, entre otras, la SAP de Barcelona de 9 de julio de 2008; SAP de Palencia de 18 de junio de 2001; SAP de Navarra de 2 abril de 2007, SAP de Vizcaya de 11 de enero de 2002; SAP de Alicante de 26 de febrero de 2002; SAP de Cantabria de 27 de junio de 2002; SAP de Valencia de 13 de abril de 2005; SAP de Murcia de 19 de diciembre de 2006.

Uno de los escasos supuestos en los que se procede a la recuperación de la patria potestad, se recoge en la SAP de Murcia de 26 de noviembre de 2008. Como se expone, el progenitor fue privado de la patria potestad por padecer su hijo síndrome de alienación parental (SAP), en su modalidad más grave. Quedó acreditado que la conducta del padre había sido de constante y reiterada manipulación de su hijo, disponiéndolo en contra de la madre y del resto de la familia materna. Asimismo, se afirmó que el menor había sido víctima de malos tratos psíquicos por su padre. Estos hechos, así como la existencia de otros comportamientos alienadores o manipuladores que el Tribunal consideró que pudieron haber sido calificados como posiblemente merecedores de un hipotético reproche penal, determinaron que se declarase la incompatibilidad de esas conductas del progenitor con el mantenimiento de la patria potestad sobre su hijo. No obstante, la Sala reconoce que, tras el seguimiento por parte del padre de la terapia de referencia, se encuentra recuperado de su trastorno, por lo que procede dejar sin efecto la medida de privación de la patria potestad y la recuperación de la misma, porque ya no responde a los fundamentos en los que se sustentaba.

⁸⁶ Vid., MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La regulación de la adopción nacional*, ob. cit., 236. Aunque también, considera la SAP de Cantabria de 22 de septiembre de 2015, que los padres están incurso en causa de privación de la patria potestad porque han

transcurrido más de dos años desde la adopción, sin que hayan hecho uso del derecho a que se reconociera su derecho a consentir o no la adopción.

⁸⁷ Como declara la SAP de Granada de 27 de noviembre de 2016, «cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue».

⁸⁸ En la misma línea, véase SAP de Granada de 27 de noviembre de 2015; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 2016; SAP de Jaén de 1 de julio de 2015; SAP de Cádiz de 11 de mayo de 2015; SAP de Cádiz de 26 de febrero de 2015; SAP de Pontevedra de 29 de enero de 2015; SAP de Málaga de 31 de enero de 2020; SAP de Jaén de 13 de junio de 2019; SAP de León de 10 de noviembre de 2017; SAP de Zaragoza de 21 de febrero de 2017; SAP de Ourense de 25 de noviembre de 2016; SAP de Córdoba de 14 de noviembre de 2016; SAP de Soria de 26 de octubre de 2017; SAP de León de 21 de junio de 2017; SAP de Jaén de 22 de mayo de 2017; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de febrero de 2015; SAP de Granada de 6 de noviembre de 2020; SAP de León de 8 de octubre de 2020; SAP de Granada de 22 de noviembre de 2020; SAP de León de 13 de septiembre de 2019; SAP de Jaén de 3 de julio de 2019; SAP de Burgos de 18 de mayo de 2019; SAP de Vizcaya de 7 de mayo de 2019; SAP de Jaén de 8 de enero de 2016; SAP de Murcia de 23 de diciembre de 2015; SAP de Málaga de 18 de diciembre de 2015; SAP de Zaragoza de 1 de diciembre de 2015; SAP de Granada de 29 de mayo de 2020; SAP de Málaga de 23 de abril de 2020; SAP de La Coruña de 3 de marzo de 2020; SAP de Soria de 25 de febrero 2020; SAP de Lugo de 10 de octubre de 2018.

⁸⁹ MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, ob. cit., 236.

⁹⁰ En este sentido se manifiesta la STS de 27 de octubre de 2014, al señalar que la existencia de un guardador de hecho que realice las funciones inherentes a los progenitores en la guarda del menor, determina que no sea procedente su declaración de desamparo. Asimismo, entre otras, la SAP de Pontevedra de 18 de octubre de 2012 y la SAP de Almería de 29 de enero de 2014.

Entre otras, véase, STS de 27 de octubre de 2014; SAP de Pontevedra de 18 de octubre de 2012; SAP de Almería de 29 de enero de 2014.

⁹¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*. Madrid: Marcial Pons, 375 y sigs., destaca que «(...) la tutela automática se encuentra regulada en el número 1 del artículo 172, pasaje normativo bastante extenso del que conviene destacar que se trata de una norma de carácter imperativo que tiene por objeto procurar la inmediata tutela del menor desamparado por parte de la entidad pública correspondiente (...)». Añade que la consecuencia fundamental de la denominada tutela automática «(...) es determinar la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria que en su caso se hubiere constituido, vista la desatención de que es objeto el menor en cuestión y la situación de desamparo en que se encuentra (...)», postulado que sigue teniendo plena vigencia. En el mismo sentido, LLEBARIA SAMPER, S. (1990). *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, de 11 de noviembre. Barcelona: Bosch, 102.

⁹² Con anterioridad a la reforma, los pronunciamientos jurisprudenciales eran contradictorios sobre esta cuestión. Por un lado, en algunas resoluciones judiciales no se consideraba la única circunstancia para proceder a dicha declaración; así, entre otras, la SAP de Toledo de 21 de abril de 2015. Por el contrario, otras resoluciones judiciales sí entendían como factores que imposibilitaban la reunificación familiar, la inexistencia de recursos económicos suficientes, como se recoge en la SAP de Asturias de 9 de abril de 2001.

Como crítica a este último criterio jurisprudencial, *vid.* el interesante estudio de CARRASCO PERERA, A. (2003). Desamparados, *Actualidad Jurídica. Aranzadi*, núm. 583 (Tribuna), 48, cuando considera que «(...) el supremo interés del niño eleva cada día

más el nivel de exigencias materiales, sociales, espirituales, cuya carencia se acredita como desamparo. Y hay una clase social que normalmente no podrá satisfacer esa exigencia. Como tampoco hay un mercado de niños (¡y con qué frivolidad se maldice a la mujer hindú que vendió a su hija por unas piastras!), estos acaban siendo transferidos, en un procedimiento sinuoso y opaco, de las clases miserables a las acomodadas. Defendámonos de esta dictadura de la buena conciencia social. Dejad a los pobres en su pobreza; dejad a los niños con sus padres. ¡O dejad al menos que sean ellos quien los vendan! (...)».

⁹³ En este sentido, ya se había manifestado el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de noviembre de 2011.

⁹⁴ Esta circunstancia había sido contemplada en la importante STS de 31 de julio de 2009 que estableció los criterios que deben regir para decidir sobre el retorno del menor a su familia de origen cuando está en acogimiento familiar, y que fueron reproducidos por el legislador del año 2015 en las mencionadas normas.

⁹⁵ Como se establece en el preámbulo de la Ley 26/2015, se pretende así la clarificación y unificación de criterios para su declaración. Sobre esta cuestión, véase el estudio de BENAVENTE MOREDA, P. (2011). Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15 (El menor ante el Derecho en el Siglo XXI), 15-62.

⁹⁶ Se requería que el Estado español adoptase todas las medidas necesarias para asegurar que la legislación y las regulaciones administrativas en todas las comunidades autónomas fuesen completamente acordes con los principios y disposiciones de la Convención y con sus dos Protocolos Facultativos.

⁹⁷ SAP de Vizcaya de 19 de enero de 2021; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 2015; SAP de Granada de 14 de junio de 2019; SAP de Burgos de 19 de febrero de 2019; SAP de Granada de 26 de junio de 2020.

⁹⁸ Así lo ha manifestado la STS de 21 de septiembre de 1999: las razones de esta cautela legal se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia de la madre biológica, para que pueda calibrar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño.

⁹⁹ MAYOR DEL HOYO, M.V. (2019). *La adopción en el Derecho común español*, ob. cit., 266; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1989). *La nueva adopción*, ob. cit., 196.

¹⁰⁰ Díez GARCÍA, H. (2004). *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*. Madrid: Ministerio de Trabajo, 413; RUÍZ RICO-RUIZ, J.M. (1989). *Acogimiento y delegación de la patria potestad*. Granada: Comares, 168.

¹⁰¹ BO JANÉ, M.; CABALLERO RIBERA, M. (1996). El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de sus intereses?, *La Ley*, núm. 6, 1490.

¹⁰² En concreto, el artículo 177.3. 4.º disponía que deberá ser simplemente oída «la entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquel».

*(Trabajo recibido el 30 de junio de 2022 y aceptado
para su publicación el 17 de octubre de 2022)*